
Robert Avon *Appellant;*

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1970: December 3; 1971: February 1.

Present: Fauteux C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH,
APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

Criminal law—Non-capital murder—Jury trial—Judge's instruction to the jury—Comments on accused failure to testify—Testimony of accomplice—Substantial wrong or miscarriage of justice—Canada Evidence Act, R.S.C. 1952, c. 307, s. 4(5)—Criminal Code, 1953-54 (Can.), c. 51, ss. 202A(3), 206(2), 592(1)(b)(iii).

The appellant was found guilty by a jury of non-capital murder. His appeal was dismissed by a unanimous decision of the Court of Appeal. He was granted leave to appeal to this Court and limited his grounds of appeal to the two grievances concerning the judge's address to the jury to which the Court of Appeal devoted its attention, namely: (a) comments on the accused's failure to testify, and (b) failure to give the necessary instructions regarding testimony by an accomplice.

Held (Hall and Spence JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Fauteux C.J. and Martland, Judson, Ritchie and Pigeon JJ.: The language used by the trial judge was a statement of an accused's right not to testify, rather than a comment on his failure to do so. The instructions cannot be construed as prejudicial to the accused or such as to suggest to the jurors that his silence was used to cloak his guilt.

Robert Avon *Appelant;*

et

Sa Majesté la Reine *Intimée.*

1970: le 3 décembre; 1971: le 1^{er} février.

Présents: Le Juge en Chef Fauteux et les Juges Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence et Pigeon.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE,
PROVINCE DE QUÉBEC

Droit criminel—Meurtre non qualifié—Procès par jury—Adresse du juge au jury—Commentaires sur l'abstention du prévenu de rendre témoignage—Témoignage d'un complice—Tort important ou erreur judiciaire—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1952, c. 307, art. 4(5)—Code criminel, 1953-54 (Can.), c. 51, art. 202A(3), 206(2), 592(1)(b)(iii).

L'appelant a été trouvé coupable, par un jury, de meurtre non qualifié. Son appel fut rejeté par une décision unanime de la Cour d'appel. Il a obtenu la permission d'appeler à cette Cour, et a restreint ses moyens d'appel aux deux griefs afférents à l'adresse du juge au jury à la considération desquels la Cour d'appel s'est arrêtée, savoir: (a) commentaires sur l'abstention du prévenu de rendre témoignage et (b) omission de donner les directives requises en ce qui concerne le témoignage d'un complice.

Arrêt: L'appel doit être rejeté, les Juges Hall et Spence étant dissidents.

Le Juge en Chef Fauteux et les Juges Martland, Judson, Ritchie et Pigeon: Le langage employé par le juge de première instance est plutôt un énoncé du droit d'un prévenu de s'abstenir de témoigner qu'un commentaire sur son abstention de ce faire. Les instructions ne sont pas susceptibles d'une interprétation préjudiciable à l'accusé ou aptes à suggérer

Even if the remarks may be construed in a manner contrary to the provisions of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred, and the verdict would necessarily have been the same had the judge not made them. In view of the record this is a case where the provisions of s. 592(1) may validly be applied.

As to the trial judge's failure to instruct the jury on an accomplice's testimony, the Court of Appeal has rightly found that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.

Per Hall and Spence JJ., *dissenting*: The trial judge was in breach of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* and the provisions of s. 592(1)(b)(iii) cannot be used to dismiss the appeal. The decision of *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802, does not apply on either point. It could not be said that a jury properly instructed could reasonably come to no other conclusion than that the appellant was guilty.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, province of Quebec¹, affirming the appellant's conviction for non-capital murder. Appeal dismissed, Hall and Spence JJ. dissenting.

J. P. Ste-Marie, Q.C., for the appellant.

Bruno Pateras, for the respondent.

The judgment of Fauteux C. J. and of Martland, Judson, Ritchie and Pigeon JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant was found guilty by a jury presided by Cousineau J., of having, in Montreal, on November 25, 1965, unlawfully caused the death of Madeleine Legault, thereby committing the crime of non-capital murder described in the provisions of ss. 202A(3) and 206(2) of the *Criminal Code*.

Avon appealed from this verdict, and his appeal was dismissed by a unanimous decision of the Court of Appeal¹, then composed of Tremblay C.J. and Casey, Rinfret, Owen and Montgomery JJ. The Court, stating that all other

aux jurés que son silence fut utilisé pour masquer sa culpabilité. Même si les remarques peuvent être susceptibles d'une interprétation offensant les dispositions de l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, aucun tort important ou erreur judiciaire grave ne s'est produite, et le verdict eut nécessairement été le même dans le cas où le juge se serait abstenu de les faire. Au regard du dossier, il s'agit d'un cas où les dispositions de l'art. 592(1) peuvent valablement recevoir leur application.

Quant à l'omission du juge de première instance d'instruire le jury sur le témoignage d'un complice, la Cour d'appel a eu raison de déclarer qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'était produite.

Les Juges Hall et Spence, dissidents: Le juge de première instance a enfreint l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'appel ne peut pas être rejeté en vertu de l'art. 592(1)(b)(iii). L'arrêt dans *McConnell et Beer c. La Reine*, [1968] R.C.S. 802, ne s'applique pas à aucun des griefs. On ne peut pas dire que des jurés instruits comme il convient ne pourraient raisonnablement faire autrement que de conclure à la culpabilité de l'appellant.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec¹, confirmant un verdict de culpabilité pour meurtre non qualifié. Appel rejeté.

J. P. Ste-Marie, c.r., pour l'appellant.

Bruno Pateras, pour l'intimée.

Le jugement du Juge en Chef Fauteux et des Juges Martland, Judson, Ritchie et Pigeon a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appellant a été trouvé coupable, par un jury présidé par M. le juge Cousineau, d'avoir, à Montréal, le 25 novembre 1965, illégalement causé la mort de Madeleine Legault, commettant alors le crime de meurtre non qualifié décrit aux dispositions des art. 202A(3) et 206(2) du *Code criminel*.

Avon appela de ce verdict et son appel fut rejeté par une décision unanime de la Cour d'appel¹, alors composée de M. le juge en chef Tremblay et de MM. les juges Casey, Rinfret, Owen et Montgomery. La Cour, déclarant que tous autres

¹ [1969] Que. Q.B. 749.

¹ [1969] B.R. 749.

grounds of appeal were ill-founded, devoted its attention to two grievances concerning the judge's address to the jury, namely: (i) comments on the accused's failure to testify, and (ii) failure to give the necessary instructions regarding testimony by an accomplice. It was decided, on the one hand, that the remarks by the trial judge complained of did not violate the provisions of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, and that they could not be taken as a prejudicial comment, such as to justify an order for a new trial. On the other hand, it was considered that the judge erred in law in omitting to instruct the jury as to the testimony of an accomplice; judging, however, that on the record, a reasonable jury legally instructed on this point would necessarily have found the accused guilty of non-capital murder and pointing out that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred, the appeal was dismissed as authorized by the provisions of s. 592(1)(b)(iii).

The appellant was later granted leave to appeal from this judgment to this Court.

Let us summarize the evidence as to the facts surrounding the death of Madeleine Legault. Early in the afternoon of November 25, 1965, the appellant, Robert Avon, accompanied by Henri Latulipe, went to Madeleine Legault's apartment. They found her there, with a friend, Nelson Laliberté. The four spent part of the afternoon there drinking, in large quantity, some of them wine and the others beer. A dispute eventually broke out between Avon and the victim. Words were exchanged: Avon accused Madeleine Legault of being a "stool", and she called him a "bastard." Laliberté told her to shut up and, as she continued, he slapped her. Avon hit her and punched her to the floor. He bent over her and continued to strike her with his fists and feet.—According to Latulipe, Laliberté, who denies this, was also striking the victim at this point.—The latter, who was bleeding from the lower part of her face and her nose, begged Avon to stop; Laliberté and Latulipe asked Avon to stop, but he continued. When he finally ceased hitting her, Laliberté and Latulipe put the victim on her bed, where the three men eventually abandoned her and left the apartment. According to Latulipe, she was no longer speaking and was gasping. At

moyens d'appel étaient mal fondés, s'arrêta à considérer deux griefs afférents à l'adresse du juge au jury, savoir: (i) commentaires sur l'abstention du prévenu de rendre témoignage et (ii) omission de donner les directives requises en ce qui concerne le témoignage d'un complice. On jugea, d'une part, que les remarques reprochées au juge de première instance n'enfreignaient pas les dispositions de l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* et qu'on ne pouvait y voir un commentaire préjudiciable apte à justifier une ordonnance de nouveau procès. On considéra, d'autre part, que le juge avait erré en droit en omettant d'instruire les jurés relativement au témoignage d'un complice; jugeant cependant qu'au regard du dossier, un jury raisonnable et légalement instruit sur ce point aurait nécessairement trouvé l'accusé coupable de meurtre non qualifié et précisant qu'aucun tort important ou erreur judiciaire ne s'était produit, on rejeta l'appel comme l'autorisent les dispositions de l'art. 592(1)(b)(iii).

L'appelant obtint par la suite la permission d'appeler de ce jugement à cette Cour.

Résumons la preuve sur les faits entourant la mort de Madeleine Legault. Au début de l'après-midi du 25 novembre 1965, l'appelant, Robert Avon, accompagné de Henri Latulipe, se rend à l'appartement de Madeleine Legault. Ils y trouvent cette dernière en compagnie d'un de ses amis, Nelson Laliberté. Les quatre y passent une partie de l'après-midi à consommer, en bonne quantité, les uns du vin, les autres de la bière. Éventuellement, une dispute s'engage entre Avon et la victime. On échange des mots; Avon accuse Madeleine Legault d'être une «stool» et celle-ci le traite de «bâtard». Laliberté lui dit de se taire et comme elle continue, il la gifle. Avon la frappe et d'un coup de poing, la projette au plancher. Il se penche vers elle et continue de la frapper avec ses poings et ses pieds.—Selon Latulipe, Laliberté, qui le nie, aurait aussi à ce moment porté des coups à la victime.—Celle-ci supplie Avon d'arrêter. Elle saigne au bas du visage et du nez. Laliberté et Latulipe demandent à Avon de cesser, mais il continue. Lorsque, finalement, il met fin à ses coups, Laliberté et Latulipe transportent la victime sur son lit où les trois hommes l'abandonnent éventuellement et quittent l'appartement. Suivant Latulipe, elle ne parlait plus et râlait.

six o'clock that afternoon, police officers found her dead in her bed. At about seven o'clock, Dr. Valcourt, a pathologist, went to the apartment and certified the death, which he put at between 3 and 4 o'clock that afternoon. The nature of the recent wounds observed by him on the victim's body confirms the evidence that she had been savagely beaten that afternoon. The doctor attributed death to the fact that she inhaled blood while she was unconscious due to a meningeal hemorrhage caused by blows inflicted on her head.

At the outset of the hearing before this Court, counsel for the appellant stated that he would limit his grounds of appeal to the two grievances to which the Court of Appeal devoted its attention.

As to the first, based on s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, these are the passages complained of in appellant's factum, and reported at pages 126 and 136 of the joint case:

[TRANSLATION] The accused did not testify. Evidently, he could have done so. He is not obliged to do so. I must tell you immediately, because it is better to say it, it is not because the accused did not testify that you should believe that he could be guilty. His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial. Because you will have to come to your decision only on the well-established principle that the Crown must prove and establish the guilt of the accused.

* * *

Actually, you have merely the Crown's evidence. The defense did not call witnesses, and the accused did not testify: he did not have to. It is up to the Crown to prove its case.

Section 4(5) of the *Canada Evidence Act* provides that:

4. (5) The failure of the person charged, or of the wife or husband of such person, to testify, shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution.

As is known, there is a similar provision, applying to counsel for the prosecution and not the judge, contained in s. 1(b) of the imperial statute *The*

Le même après-midi, à 6 heures, des officiers de police la trouvent morte dans son lit. Le docteur Valcourt, pathologiste, se rend à l'appartement vers les 7 heures et constate le décès dont il estime le moment entre 3 et 4 heures de cet après-midi-là. Le détail des blessures récentes qu'il constate sur le corps de la victime, confirme la preuve que celle-ci a été sauvagement battue l'après-midi même. Le docteur attribue la mort au fait qu'elle a respiré du sang pendant qu'elle était dans un état d'inconscience due à une hémorragie méningée survenue à la suite de coups infligés à la tête.

Au début de l'audition devant nous, le procureur de l'appellant déclara restreindre ses moyens d'appel aux deux griefs à la considération desquels la Cour d'appel s'était arrêtée.

En ce qui concerne le premier, fondé sur l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, voici les passages reprochés au factum de l'appellant et rapportés aux pages 126 et 136 du dossier conjoint:

L'accusé n'a pas témoigné. Évidemment, il aurait pu le faire. Il n'est pas obligé de le faire. Je dois vous dire tout de suite, parce que c'est mieux de le dire, ce n'est pas parce que l'accusé n'a pas témoigné que vous devez croire qu'il pourrait être coupable. Son absence dans la boîte des témoins, le fait qu'il n'a pas témoigné et qu'il n'a pas fait témoigner qui que ce soit, cela n'a rien à voir avec le procès. Parce que vous aurez à décider que sur le principe bien établi que la Couronne doit prouver et établir la culpabilité de l'accusé.

* * *

Actuellement, vous avez simplement la preuve de la Couronne. La défense n'a pas fait entendre de témoins et l'accusé n'a pas témoigné; il n'était pas obligé. C'est à la Couronne à faire la preuve.

L'article 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* statue que:

4. (5) L'abstention de la personne accusée, ou de la femme ou du mari de cette personne, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat de la poursuite.

L'on sait qu'une disposition similaire, applicable à l'avocat de la poursuite et non au juge, apparaît à l'art. 1(b) du statut impérial *The Criminal*

Criminal Evidence Act (1898), 61-62 Vict., c. 36. In *Ross v. Boyd*², it was held regarding this provision that:

The object of the *Criminal Evidence Act* was, while conferring on the accused the right to give evidence, to prevent his suffering prejudice—if he did not choose to exercise the right—by the prosecutor commenting upon his failure to give evidence.

and the judge added:

... there was no authority for the proposition that such comment was in all cases a reason for quashing the conviction.

The real meaning, intention and spirit of the provisions of s. 4(5) of our *Evidence Act* were recently considered by this Court in *McConnell and Beer v. Her Majesty the Queen*³. Expressing the views of the majority, Ritchie J. stated, as set out in the headnote to the decision:

This section was enacted for the protection of accused persons against the danger of having their right not to testify presented to the jury in such fashion as to suggest that their silence is being used as a cloak for their guilt. It would be "most naive" to ignore the fact that when an accused fails to testify, there must be at least some jurors who say to themselves, "if he didn't do it, why didn't he say so." It is for this reason that it is of the greatest importance that a trial judge should remain unhampered in his right to point out to the jury that there is no onus on the accused to prove his innocence by going into the witness box. To construe s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* as interfering with that right not to testify would be contrary to the purpose of the section itself.

I do not think I should add to our colleague's comments, regarding the cases *The King v. McLean*⁴, *Kelly v. The King*⁵, *Bigaouette v. The King*⁶ and *Wright v. The King*⁷. However, relying on the concise and accurate distinction made

Evidence Act, (1898) 61-62 Vict., c. 36. Référant à cette disposition, on a jugé dans *Ross v. Boyd*², que:

[TRADUCTION] Tout en conférant à l'accusé le droit de témoigner, l'objet de la *Criminal Evidence Act* était d'empêcher que celui-ci ne subisse un préjudice, s'il choisissait de ne pas exercer son droit, du fait de commentaires du poursuivant sur son abstention de rendre témoignage.

et on a ajouté:

[TRADUCTION] ... il n'y avait rien à l'appui de la proposition que ces commentaires constituent toujours un motif pour annuler la déclaration de culpabilité.

Le sens, l'intention et l'esprit véritables des dispositions de l'art. 4(5) de notre Loi sur la preuve, ont été récemment considérés par cette Cour dans *McConnell et Beer c. Sa Majesté la Reine*³. Exprimant les vues de la majorité, M. le juge Ritchie déclara, ainsi qu'il appert au sommaire de la décision:

[TRADUCTION] Le but de cet article est de protéger les accusés contre le danger d'avoir leur droit de ne pas témoigner présenté au jury de manière à suggérer que leur silence est utilisé pour masquer leur culpabilité. On serait des plus naïfs si on mettait de côté le fait que lorsqu'un accusé ne témoigne pas il y a au moins quelques-uns des jurés qui se disent «s'il ne l'a pas fait, pourquoi ne le dit-il pas». C'est pour cette raison qu'il est de la plus grande importance que le juge au procès soit libre de signaler au jury que l'accusé n'a pas le fardeau d'établir son innocence en témoignant. Interpréter l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* comme portant atteinte à ce droit de ne pas témoigner irait à l'encontre du but de l'article lui-même.

Je ne crois pas devoir ajouter aux observations de notre collègue, relativement aux causes de *Le Roi c. McLean*⁴, *Kelly c. Le Roi*⁵, *Bigaouette c. Le Roi*⁶ et *Wright c. Le Roi*⁷. M'inspirant cependant de la juste et concise distinction faite par M.

² (1903), 10 Sc. L.T.R. 750.

³ [1968] S.C.R. 802, 4 C.R.N.S. 269, [1968] 4 C.C.C. 257, 69 D.L.R. (2d) 149.

⁴ (1906), 39 N.S.R. 147.

⁵ (1916), 54 S.C.R. 220.

⁶ [1927] S.C.R. 112, 47 C.C.C. 271, [1927] 1 D.L.R. 1147.

⁷ [1945] S.C.R. 319, 83 C.C.C. 225, [1945] 2 D.L.R. 523.

² (1903), 10 Sc. L.T.R. 750.

³ [1968] R.C.S. 802, 4 C.R.N.S. 269, [1968] 4 C.C.C. 257, 69 D.L.R. (2d) 149.

⁴ (1906), 39 N.S.R. 147.

⁵ (1916), 54 R.C.S. 220.

⁶ [1927] R.C.S. 112, 47 C.C.C. 271, [1927] 1 D.L.R. 1147.

⁷ [1945] R.C.S. 319, 83 C.C.C. 225, [1945] 2 D.L.R. 523.

by Ritchie J. in *McConnell and Beer, supra*, I would say that the language used by Cousineau J. is a "statement" of an accused's right not to testify, rather than a "comment" on his failure to do so. In my opinion, the instructions complained of cannot be construed as prejudicial to the accused or such as to suggest to the jurors that his silence was used to cloak his guilt. On the contrary, by telling them, as stated above: "His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial," the learned judge, in a manner favourable to the accused, set aside the acknowledged right of any judge of the fact—judge or jury—to consider whether the evidence produced by the prosecution is such that, in the absence of explanation or contradiction, it can validly justify a conviction. Undoubtedly, the Crown retains the burden of proof at all times, right to the end of the trial. It does not follow, however, that one should confuse the two meanings and the significance which doctrine and jurisprudence (see especially *Latour v. The King*⁸) assign to the expression "burden of proof," and which *Phipson on Evidence*, 8th ed., explains as follows, at page 27:

As applied to judicial proceedings, the phrase "burden of proof" has two distinct and frequently confused meanings: (1) The burden of proof as a matter of law and pleading—the burden, as it has been called, or *establishing a case*, whether by preponderance of evidence, or beyond a reasonable doubt; and (2) The burden of proof in the sense of *introducing evidence* . . . So in criminal cases, even where the second, or the minor burden of introducing evidence is cast upon or shifted to the accused, yet the major one of satisfying the jury of his guilt beyond a reasonable doubt is always upon the prosecution and never changes; and if, on the whole case, they have such a doubt, the accused is entitled to the benefit of it and must be acquitted.

Even if the remarks complained of by appellant may be construed in a manner contrary to the provisions of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, I would say that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred, and that the

le juge Ritchie dans *McConnell et Beer, supra*, je dirais que le langage employé par M. le juge Cousineau est plutôt un «énoncé» du droit d'un prévenu de s'abstenir de témoigner qu'un «commentaire» sur son abstention de ce faire. A mon avis, les instructions reprochées ne sont pas susceptibles d'une interprétation préjudiciable à l'accusé ou aptes à suggérer aux jurés que son silence fut utilisé pour masquer sa culpabilité. Au contraire, en leur disant, comme ci-dessus relaté: «Son absence dans la boîte aux témoins, le fait qu'il n'a pas témoigné et qu'il n'a pas fait témoigner qui que ce soit, cela n'a rien à voir avec le procès», le savant juge écartait, de façon favorable à l'accusé, le droit qu'on reconnaît à tout juge du fait,—juge ou juré—de considérer si la preuve faite par la poursuite est telle qu'elle peut, en l'absence d'explication ou contradiction, valablement justifier une déclaration de culpabilité. Sans doute, la Couronne garde-t-elle toujours et jusqu'à la fin du procès le fardeau de la preuve. Il ne s'ensuit pas, cependant, que doivent être confondus les deux sens et portée qu'attribuent la doctrine et la jurisprudence (voir notamment *Latour c. Le Roi*⁸) à l'expression «fardeau de la preuve» et que *Phipson on Evidence*, 8^e éd., précise ainsi à la page 27:

[TRADUCTION] Les termes «fardeau de la preuve», tels qu'employés pour les procédures judiciaires, ont deux sens distincts, souvent confondus: (1) le fardeau de la preuve, question de droit et de plaidoirie, le fardeau de justifier la poursuite, comme on l'a appelé, soit par une preuve prépondérante, soit hors de tout doute raisonnable; et (2) le fardeau de présenter une preuve . . . Dans les causes criminelles, même si ce deuxième fardeau, qui est moindre, de présenter une preuve incombe à l'accusé ou est rejeté sur lui, le fardeau le plus lourd, celui de convaincre le jury hors de tout doute raisonnable, incombe toujours à la poursuite et n'est jamais renversé; si, eu égard à l'ensemble de la preuve, ils ont un tel doute, l'accusé a le droit d'en tirer bénéfice et doit être acquitté.

Même si les remarques reprochées par l'appellant peuvent être susceptibles d'une interprétation offensant les dispositions de l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, je dirais qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave ne s'est pro-

⁸ [1951] S.C.R. 19 at 24, 11 C.R. 1, 98 C.C.C. 258, [1951] 1 D.L.R. 834.

⁸ [1951] R.C.S. 19 à 24, 11 C.R. 1, 98 C.C.C. 258, [1951] 1 D.L.R. 834.

verdict would necessarily have been the same had the judge not made them. In view of the record, I am of the opinion, as was held by the Court of Appeal, that this is a case where the provisions of s. 592(1) may validly be applied. While it must be admitted that the applicability of these provisions to cases of an infringement of s. 4(5) may have in the past given rise to a jurisprudence somehow lacking in uniformity, that should no longer be so. Indeed, we are bound by the judgment of this Court in *McConnell and Beer, supra*, where at the end of his reasons, Ritchie J. said:

As I do not consider that the remarks made by the learned trial judge concerning the accused's right to keep silent were obnoxious to the statutory direction contained in s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, I would dismiss this appeal on that ground, but I am in any event satisfied that even if they could have been so construed, they could not have had any effect upon the outcome in the present case.

This conclusion contains the two reasons on which dismissal of the appeal was based, and the second of these necessarily involves application of the provisions of s. 592(1) in cases where there is a breach of s. 4(5). With all due respect for the contrary opinion, the second reason should not be held as *obiter dictum*. On this aspect of the matter, the principle stated in *London Jewellers, Ltd. v. Attenborough*⁹ is to be applied:

We are not entitled to pick out the first reason as the *ratio decidendi* of the case and neglect the second, or to pick out the second reason as the *ratio decidendi* and neglect the first; we must take both as forming the ground of the judgment.

As far as the second grievance raised by appellant is concerned, namely the trial judge's failure to instruct the jury on an accomplice's testimony, Owen J. speaking on behalf of all his colleagues on the Court of Appeal, stated:

However, after considering the record I am of the opinion that a reasonable jury, after being properly

duite et que le verdict eut nécessairement été le même dans le cas où le juge se serait abstenu de les faire. Au regard du dossier, je suis d'opinion, comme en a jugé la Cour d'appel, qu'il s'agit ici d'un cas où les dispositions de l'art. 592(1) peuvent valablement recevoir leur application. S'il faut reconnaître que l'applicabilité de ces dispositions dans le cas d'une infraction à l'art. 4(5) a pu, dans le passé, donner lieu à une jurisprudence quelque peu dépourvue d'uniformité, tel ne saurait être le cas désormais. Nous sommes, en effet, liés par le jugement de cette Cour dans *McConnell et Beer, supra*, où, en fin de ses motifs, M. le juge Ritchie disait:

[TRADUCTION] Comme je ne considère pas les remarques du savant juge de première instance sur le droit de l'accusé de ne rien dire comme violant les directives de l'article 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour ce motif, mais, de toute façon, je suis convaincu que même si elles avaient pu être interprétées de cette façon, elles n'auraient pu influencer sur le résultat en l'espèce.

Dans cette conclusion apparaissent les deux raisons sur lesquelles fut fondé le rejet de l'appel, dont la seconde de ces raisons implique nécessairement l'application des dispositions de l'art. 592(1) dans le cas d'une violation de celles de l'art. 4(5). En tout respect pour l'opinion contraire, on ne saurait tenir la seconde raison comme *obiter dictum*. Sur cet aspect de la question, le principe énoncé, à la page 222, dans *London Jewellers, Ltd. v. Attenborough*⁹, trouve son application:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas le droit de choisir le premier motif comme la *ratio decidendi* en l'espèce et de négliger le second, ou de choisir le second motif comme la *ratio decidendi* et de négliger le premier; nous devons considérer les deux comme fondement du jugement.

En ce qui concerne le second grief soulevé par l'appellant, soit l'omission du juge de première instance d'instruire le jury sur le témoignage d'un complice, M. le juge Owen, parlant pour tous ses collègues de la Cour d'appel, déclara:

[TRADUCTION] Toutefois, après examen du dossier, je suis d'avis qu'un jury raisonnable auquel de

⁹ [1934] 2 K.B. 206 at 222, 103 L.J.K.B. 429, 151 L.T. 124

⁹ [1934] 2 K.B. 206 à 222, 103 L.J.K.B. 429, 151 L.T. 124.

directed, would necessarily have found the Appellant guilty of non-capital murder. Therefore, I think this is a case for the application of the provisions of Section 592(1)(b)(iii) Cr. C. In my opinion no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred by reason of the defective charge with respect to accomplices.

I respectfully agree with these views, and would only add this passage taken from the reasons of Sloan C.J. in *The Queen v. Pavlukoff*¹⁰:

... the fact that accused did not testify in the face of inculpatory facts was a matter which the Court of Appeal could place on the scale in applying s. 1014(2).

For all these reasons, I would dismiss the appeal.

The judgment of Hall and Spence JJ. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal of the Province of Quebec¹¹ pronounced on March 28, 1969. The Court of Appeal of the Province of Quebec affirmed the conviction of the appellant on a charge of non-capital murder contrary to s. 202A(3) of the *Criminal Code*.

In his notice of appeal to the Court of Appeal, the appellant raised a large number of grounds of appeal and in this Court pursued two of them. I find it necessary to deal with only one ground and I express no opinion on the other ground of appeal urged.

It was submitted for the appellant that on two occasions in his charge to the jury the learned trial judge commented on the fact that the appellant had not testified in his defence and that that comment is, therefore, a breach of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1952, c. 307. That subsection is very brief. I quote it in full:

4. (5) The failure of the person charged, or of the wife or husband of such person, to testify, shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution.

¹⁰ (1953), 106 C.C.C. 249, 17 C.R. 215, 10 W.W.R. (N.S.) 26.

¹¹ [1969] Que. Q.B. 749.

bonnes directives ont été données aurait nécessairement conclu que l'appellant était coupable de meurtre non qualifié. Par conséquent, à mon avis, il y a lieu en l'espèce d'appliquer l'article 592(1)(b)(iii) C. Cr. A mon avis, aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produite par suite de directives insuffisantes en ce qui concerne les complices.

Avec ces vues, je suis respectueusement d'accord et me contenterai d'ajouter ce passage extrait des motifs de jugement de M. le juge en chef Sloan dans *Regina v. Pavlukoff*¹⁰:

[TRADUCTION] ... que l'accusé n'ait pas témoigné quand des faits l'inculpaient, c'est une question que la Cour d'appel pouvait faire entrer en ligne de compte lorsqu'il s'est agi d'appliquer l'art. 1014(2).

Pour toutes ces raisons, je rejetterais l'appel.

Le jugement des Juges Hall et Spence a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—Le présent pourvoi est à l'encontre d'un arrêt que la Cour d'appel de la province de Québec¹¹ a rendu le 28 mars 1969 et qui confirme la déclaration de culpabilité de l'appellant, accusé de meurtre non qualifié commis en violation de l'art. 202A(3) du *Code criminel*.

L'appellant a soulevé de nombreux griefs dans son avis d'appel à la Cour d'appel, et il en a maintenu deux en cette Cour. J'estime nécessaire de n'en examiner qu'un et je ne me prononce pas sur l'autre.

On a prétendu au nom de l'appellant qu'à deux reprises dans son exposé au jury, le savant juge de première instance a commenté le fait que l'appellant n'avait pas témoigné en défense et, par conséquent, que pareils commentaires enfreignent l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1952, c. 307. Je cite en entier ce paragraphe, qui est très bref:

4. (5) L'abstention de la personne accusée, ou de la femme ou du mari de cette personne, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat de la poursuite.

¹⁰ (1953), 106 C.C.C. 249, 17 C.R. 215, 10 W.W.R. (N.S.) 26.

¹¹ [1969] B.R. 749.

Almost at the beginning of the charge delivered by the learned trial judge, he said in paragraph 4:

[TRANSLATION] There is also one principle which you must keep before you, an essential principle, that it is always up to the Crown to establish the guilt of the accused. This means that when the accused comes before his peers, namely before you, he is presumed innocent. It was up to the Crown to adduce evidence to substantiate the crime with which he is charged, to establish that it was committed by him. In other words, the Crown always has the burden of proof, never the accused; and this leads me to embark upon an immediate digression. The accused did not testify. Evidently, he could have done so. He is not obliged to do so. I must tell you immediately, because it is better to say it, it is not because the accused did not testify that you should believe that he could be guilty. His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial. Because you will have to come to your decision only on the well-established principle that the Crown must prove and establish the guilt of the accused.

Again, almost at the end of the charge, the learned trial judge said:

[TRANSLATION] Gentlemen, you have heard two witnesses. There were three persons in this adventure. I am not saying in the adventure of the beating, but there were three persons in on the drinking. The Crown stresses that to be fair to all concerned, I think the defence would agree, this is a question which may be of interest in their evidence on the question of the witnesses' credibility. This means that if by taking account of the fact that these persons were there, you can decide whether their evidence is interested—could they have an interest in telling or not telling the truth? You will have to consider this. On the other hand, the fact that a person was on the scene of the crime does not mean that he has a reason for not telling the truth. There again, I stress that you are free to believe them or not. That is your privilege. Before disbelieving someone, however, you must reflect carefully and consider whether the witness in question had an interest in lying. Actually, you have merely the Crown's evidence. The defence did not call witnesses, and the accused did not testify: he did not have to. It is up to the Crown to prove its case. You have what evidence there is; you must accept it. If you come to the conclusion that the witnesses were not speak-

Presque au début de l'exposé qu'il a fait au jury, le savant juge de première instance dit, à l'alinéa 4:

Il y a aussi un principe que vous devez retenir, qui est essentiel, c'est que c'est toujours à la Couronne d'établir la culpabilité de l'accusé. Ce qui veut dire que quand l'accusé comparaît devant ses pairs, devant vous, il est présumé innocent. C'était à la Couronne de faire la preuve pour établir le crime qu'on lui reproche, qu'il a été commis par lui. En d'autres termes, la Couronne a toujours le fardeau de la preuve et jamais l'accusé. Et ceci m'amène à ouvrir une parenthèse immédiatement. L'accusé n'a pas témoigné. Évidemment, il aurait pu le faire. Il n'est pas obligé de le faire. Je dois vous dire tout de suite, parce que c'est mieux de le dire, ce n'est pas parce que l'accusé n'a pas témoigné que vous devez croire qu'il pourrait être coupable. Son absence dans la boîte des témoins, le fait qu'il n'a pas témoigné et qu'il n'a pas fait témoigner qui que ce soit, cela n'a rien à voir avec le procès. Parce que vous aurez à décider que sur le principe bien établi que la Couronne doit prouver et établir la culpabilité de l'accusé.

Et, presque à la fin de l'exposé, il a dit:

Messieurs, vous avez entendu deux témoins. Ils étaient trois dans cette aventure. Je ne dis pas dans l'aventure de ces coups, ils étaient trois à prendre de la boisson. La Couronne souligne qu'en toute justice pour tout le monde, je pense bien que la défense est d'accord, c'est une question qui peut avoir de l'intérêt dans leur témoignage sur la question de crédibilité des témoins. Ceci veut dire que si en tenant compte que ces gens-là étaient là, vous pouvez décider si leur témoignage est intéressé, est-ce qu'ils pourraient être intéressés à dire ou à ne pas dire la vérité. Vous aurez cela à considérer. Par contre, ce n'est pas parce que quelqu'un était sur les lieux du crime qu'il a une raison de ne pas dire la vérité. Encore là, je vous souligne que vous êtes libres de les croire ou de ne pas les croire. C'est votre privilège. Mais, avant de ne pas croire quelqu'un, il faut bien réfléchir et vous demander si ce témoin avait un intérêt à venir mentir. Actuellement, vous avez simplement la preuve de la Couronne. La défense n'a pas fait entendre de témoins et l'accusé n'a pas témoigné; il n'était pas obligé. C'est à la Couronne à faire la preuve. Vous avez tout de même la preuve qui est là. Vous devez l'accepter. Si vous arrivez à la conclusion que les témoins n'ont pas dit la vérité, c'est une autre chose. Il faut que vous

ing the truth, that is another matter. You must be convinced, the evidence must prove to you that the accused struck the blow. If you don't believe the witnesses—there were two witnesses, Laliberté and Latulippe—do you have any reason to reject them? That will be up to you to decide. Personally, I do not see any reason. The decision rests with you. Are they interested? Finally, did they have any reason for not telling the truth? That will be for you to decide. I do not see any special reason. It is well to point this out to you, it has been brought to your attention. This is not a case of a witness passing by on the street, who is totally independent. You can ask yourselves, "Did they have any special reason for lying, for not telling the truth?"

The question with which I am concerned is whether the learned trial judge in either of the portions of the charge which I have quoted above was in breach of the said s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* and if he were so in breach then may the provisions of s. 592(1)(b)(iii) be used to dismiss the appeal despite such error in law.

Counsel for the respondent Attorney General urges the decision of this court in *McConnell and Beer v. The Queen*¹², where, again, both of the issues were considered. There is, however, considerable question as to whether the decision in *McConnell and Beer v. The Queen* may be applied to the facts in the present case and it is necessary, in order to come to a conclusion thereon, to examine very carefully the circumstances both in that case and in the present one. In the former case, the two accused men had been arrested under most incriminating circumstances. The accused Beer gave to the police, at the time of his arrest, a statement in which he sought to explain the presence in the automobile at the wheel of which he sat of various instruments which were, no doubt, instruments of housebreaking and the accused McConnell similarly explained his presence outside the car under an open window of a nearby dry cleaning establishment. Neither accused gave evidence but their counsel during cross-examination of the constable who was called as a Crown witness elicited these statements from the constable. After the learned trial

soyez convaincus, que la preuve vous démontre que c'est l'accusé qui a frappé. Si vous ne croyez pas les témoins, il y a deux témoins: Laliberté et Latulippe; avez-vous des raisons pour les mettre de côté? Ca sera alors à vous de le décider. Personnellement, je n'en vois pas. C'est vous qui êtes les maîtres. Sont-ils intéressés? Enfin, avaient-ils des raisons de ne pas dire la vérité. Ca sera à vous de le décider. Je ne vois pas de raison particulière. Il est bon de vous souligner, cela a été porté à votre attention. Cela n'est pas le cas d'un témoin qui passe sur la rue, qui est absolument indépendant. Vous pouvez vous demander: «Avaient-ils des raisons spéciales de venir mentir, de ne pas dire la vérité?».

Le problème à résoudre, c'est de savoir si, dans l'un ou l'autre des deux extraits précités de l'exposé, le savant juge de première instance a enfreint ledit art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* et si, dans le cas de l'affirmative, le pourvoi peut être rejeté en vertu de l'art. 592(1)b)(iii) nonobstant une telle erreur de droit.

L'avocat du Procureur général intimé invoque l'arrêt de cette Cour dans *McConnell et Beer c. La Reine*¹², affaire où les deux questions étaient en jeu. Il est loin d'être certain, cependant, que la décision rendue dans l'affaire *McConnell et Beer c. La Reine* s'applique aux faits de l'espèce; pour en arriver à une conclusion à ce sujet, il est nécessaire d'examiner très attentivement les circonstances de cette affaire-là et de celle qui nous occupe. Dans l'affaire *McConnell et Beer*, les deux accusés avaient été appréhendés dans des circonstances qui tendaient fortement à les incriminer. Au moment de son arrestation, l'accusé Beer avait fait à la police une déclaration dans laquelle il cherchait à expliquer la présence, dans l'automobile au volant de laquelle il était, de divers instruments, indubitablement des instruments d'effraction; l'accusé McConnell avait également cherché à expliquer ce qu'il faisait en dehors de la voiture, sous la fenêtre ouverte d'une teinturerie voisine. Ni l'un ni l'autre n'avaient témoigné mais leur procureur, en contre-interrogatoire, avait amené l'agent assigné comme témoin par le ministère public à divulguer ces déclarations. Après que le

¹² [1968] S.C.R. 802, 4 C.R.N.S. 269, [1968] 4 C.C.C. 257, 69 D.L.R. (2d) 149.

¹² [1968] R.C.S. 802, 4 C.R.N.S. 269, [1968] 4 C.C.C. 257, 69 D.L.R. (2d) 149.

judge had delivered his charge to the jury to which no exception could be taken on the issue presently under consideration, counsel for the accused submitted:

Your Honour, you said when referring to the explanation of Mr. McConnell that the statement was not made under oath, and you said it is up to you to decide, was he there for that reason only. I believe it is not incumbent upon the accused to prove that was the only reason. The onus would be on the Crown to prove that that was not the only reason.

The objection of counsel as stated to the learned trial judge was based on a sentence in the charge of the learned trial judge which sentence was as follows:

The explanations of Mr. Beer were not made under oath and you do not have to accept them. Consider the circumstances under which they were made and then decide. If you have any reasonable doubt, then you must give the accused the benefit of the doubt.

It will be seen that neither the sentence in the charge to which counsel for the accused objected nor the actual objection submitted by that counsel dealt with any statement as to the failure of the accused to give evidence.

The learned trial judge, however, then re-charged the jury in these words:

Gentlemen of the jury, it was pointed out that in the course of my charge to you I stated that you did not have to accept the explanations of the accused because those explanations were not made under oath. You are not to take it from that that there is any onus upon the accused to prove their innocence by going into the witness box and testifying in their defence. There is no such onus on these or any accused persons in any criminal trial of proving their innocence by going into the witness box and testifying in their own defence. You are not to be influenced in your decision by either of the accused not going into the witness box and testifying, but the Court does point out that these explanations were given and when made were not made under oath and it is not only for that reason alone, but for any number of reasons that may occur to you, to decide if you will accept those explanations.

savant juge de première instance eut fait aux jurés un exposé qui ne pouvait soulever d'objection sur la question examinée ici, le procureur des accusés avait dit:

[TRADUCTION] Votre Seigneurie, vous avez dit au sujet de l'explication donnée par M. McConnell que cette déclaration n'avait pas été faite sous serment; vous avez dit aussi: c'est à vous de décider s'il était là uniquement pour cette raison. Je ne crois pas qu'il incombe à l'accusé de prouver que c'était la seule raison. C'est au ministère public de prouver que ce n'était pas la seule raison.

L'objection que le procureur avait formulée au savant juge de première instance portait sur la phrase suivante de l'exposé de ce dernier:

[TRADUCTION] Les explications de M. Beer n'ont pas été données sous serment et vous n'êtes pas tenus de les accepter. Considérez les circonstances dans lesquelles elles ont été données et décidez ensuite. Si vous avez un doute raisonnable, vous devez en faire bénéficier l'accusé.

On constate que ni la phrase à laquelle l'avocat de l'accusé s'était opposé, ni l'objection elle-même, ne portaient sur des observations qui auraient été formulées à propos de l'abstention de l'accusé de témoigner.

Cependant, le savant juge de première instance avait ensuite repris ses directives au jury en ces termes:

[TRADUCTION] Messieurs les jurés, on a signalé qu'au cours de mon exposé je vous ai dit que vous n'étiez pas tenus d'accepter les explications des accusés parce qu'elles n'avaient pas été données sous serment. Vous ne devez pas en déduire que les accusés ont, de quelque façon que ce soit, le fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. Ni les accusés ici ni aucun autre accusé dans une affaire criminelle n'ont ce fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. L'abstention de l'un ou l'autre des accusés de venir témoigner ne doit pas influencer sur votre décision; cependant, la Cour tient à signaler que ces explications ont été données et que lorsqu'elles ont été données, elles ne l'ont pas été sous serment, et que ce n'est pas seulement pour cette raison-là mais pour toutes les autres qui pourront vous venir à l'esprit que vous devez décider d'accepter ou non les explications en question.

Mr. Justice Ritchie, in giving judgment for the majority of this Court, was of the opinion that the paragraph last above quoted did not amount to a comment contrary to the provisions of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. This was the conclusion reached by the majority of the Court of Appeal for Ontario and expressed in the reasons of Mr. Justice Evans for that Court. Mr. Justice Ritchie said at p. 809:

Here the language used by the trial judge to which objection is taken was not so much a "comment" on the failure of the persons charged to testify as a statement of their right to refrain from doing so, and it does not appear to me that it should be taken to have been the intention of Parliament in enacting s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* to preclude judges from explaining to juries the law with respect to the rights of accused persons in this regard.

It must be remembered that what the learned trial judge was commenting on in both his original charge and in the recharge was not the failure of the accused to give evidence but that the counsel for the accused was advancing as the defence of that accused a statement made by the accused persons not under oath and made to the constable at the time of their arrest. It is true that perhaps by accident there slipped into his recharge on three occasions the phrase "by going into the witness box and testifying in their defence". The whole purport of both the charge and the recharge, however, was not a comment on failure to testify but rather a comment on the urging of a defence not supported by sworn testimony given either on behalf of the Crown or the accused. Mr. Justice Ritchie, in coming to his conclusion, in my opinion, relied on two previous decisions of this Court: firstly, *Kelly v. The King*¹³ and secondly, *Wright v. The King*¹⁴.

In the *Kelly* case, again the accused had not given evidence but he had been permitted to address that jury after the end of the Crown's case and in doing so made a number of state-

M. le Juge Ritchie, en rendant le jugement majoritaire de cette Cour, s'était dit d'avis que le dernier alinéa cité ne constituait pas un commentaire fait en violation de l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Telle était la conclusion à laquelle la majorité de la Cour d'appel d'Ontario était arrivée, et qu'elle avait exprimée dans les motifs du Juge Evans. Le Juge Ritchie avait dit, à la p. 809:

[TRADUCTION] Ici, les termes dans lesquels le Juge de première instance s'est exprimé, et qu'on lui reproche, ne sont pas tant un «commentaire» sur l'abstention des accusés de rendre témoignage qu'un énoncé de leur droit de s'en abstenir; je ne crois pas qu'on puisse conclure qu'en édictant l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le Parlement a eu l'intention d'empêcher les juges d'expliquer aux jurés les règles de droit quant aux droits des accusés sur ce point.

Il ne faut pas oublier que les commentaires du savant Juge de première instance, tant dans son exposé initial que dans ses directives supplémentaires, ne portaient pas sur l'abstention de l'accusé de témoigner, mais sur le fait que le procureur de l'accusé avait présenté à la décharge de celui-ci une déclaration faite par les accusés à la police lors de leur arrestation, déclaration qui n'avait pas été faite sous serment. Il est vrai que l'expression «de venir témoigner en défense» s'était glissée trois fois, peut-être accidentellement, dans les directives supplémentaires. Cependant, l'objet tant de l'exposé initial que des directives supplémentaires n'était pas de commenter l'abstention de témoigner, mais plutôt de commenter la présentation d'un moyen de défense qui ne s'appuyait sur aucune déposition sous serment faite pour le compte du ministère public ou pour celui de la défense. Pour arriver à cette conclusion, M. le Juge Ritchie s'était fondé, à mon avis, sur deux arrêts antérieurs de cette Cour: d'abord *Kelly c. Le Roi*¹³, puis *Wright c. Le Roi*¹⁴.

Dans l'affaire *Kelly*, l'accusé, là encore, n'avait pas témoigné; toutefois, on lui avait permis de s'adresser au jury quand le ministère public eut présenté sa preuve et, ce faisant, il avait formulé

¹³ (1916), 54 S.C.R. 220.

¹⁴ [1945] S.C.R. 319, 83 C.C.C. 225, [1945] 2 D.L.R. 523.

¹³ (1916), 54 R.C.S. 220.

¹⁴ [1945] R.C.S. 319, 83 C.C.C. 225, [1945] 2 D.L.R. 523.

ments of fact. The trial judge, in his charge, had pointed out that such a method was not the one by which a defence could be adduced but that the jury was entitled to the guarantee of an oath before they should consider the statements made by the accused in such a fashion. *Kelly v. The King* came to this Court on an appeal from the judgment of the Court of Appeal of Manitoba upon a case reserved by Mr. Justice Prendergast, the presiding judge at the trial. The fifteenth question submitted upon such reserved case was:

15. Was I right in my comments upon the statement of the accused to the jury, with respect to it not being made under oath, and, if so, was this prejudicial to a fair trial of the accused or a violation of the "Canada Evidence Act?"

Idington J. said at p. 246:

As I gather from the learned judge's charge he felt he had erred and tried to rectify it by pointing out that statements of the accused in an address are not evidence and are not to be treated as such. He would have erred if he had failed under such circumstances in making plain as he did the law on the subject.

Duff J., as he then was, said at p. 259:

As to the first of these grounds I can find nothing which, when fairly construed, amounts to such comment within the meaning of the statutory prohibition.

And Anglin J., as he then was, said at p. 263:

There was no comment whatever on the failure of the accused to testify. His right to do so was not mentioned during the trial. The learned judge merely discharged his duty in warning the jury against treating the statement which he had allowed the accused to make as the equivalent of sworn testimony.

I am, therefore, of the opinion that *Kelly v. The King* falls within exactly the same class as *McConnell and Beer v. The Queen*. Both hold that a warning to the jury that they should not consider as evidence unsworn statements made by the accused person, in the former in his address following the Crown's case and in the latter

un certain nombre de déclarations exposant des faits. Le Juge avait signalé dans son exposé qu'on ne pouvait présenter une défense de cette façon et qu'avant de devoir tenir compte des déclarations faites ainsi par l'accusé, le jury avait droit à la caution du serment. Cette Cour avait été saisie de l'affaire *Kelly c. Le Roi* par un appel interjeté à l'encontre du jugement rendu par la Cour d'appel du Manitoba sur des questions réservées par M. le Juge Prendergast, juge qui avait présidé le procès. La 15^e question soumise était la suivante:

[TRADUCTION] 15. Mes commentaires sur le fait que la déclaration de l'accusé au jury n'a pas été faite sous serment étaient-ils exacts; si oui, pouvaient-ils empêcher que le procès soit juste ou enfreignaient-ils la *Loi sur la preuve au Canada*?

Le Juge Idington avait dit, à la p. 246:

[TRADUCTION] Je déduis de l'examen de l'exposé du savant juge que ce dernier a cru avoir commis une erreur et qu'il a tenté de la rectifier en signalant que les déclarations de l'accusé, lorsqu'il s'adresse au jury, ne constituent pas une preuve et qu'il ne faut pas les traiter comme telles. Le juge aurait fait erreur si, dans ces conditions, il s'était abstenu d'expliquer clairement la loi sur ce point.

Le Juge Duff, alors juge puîné, avait dit, à la p. 259:

[TRADUCTION] Quant au premier de ces moyens, je n'ai rien trouvé qu'une interprétation juste permettrait d'assimiler aux commentaires visés par la prohibition prévue par la loi.

Et le Juge Anglin (alors juge puîné) avait dit, à la p. 263:

[TRADUCTION] Il n'y a absolument aucun commentaire sur l'abstention de l'accusé de témoigner. Il n'a pas été fait mention pendant le procès de son droit d'agir ainsi. Le savant juge n'a fait que son devoir en avertissant le jury de ne pas traiter la déclaration que l'accusé a faite avec sa permission comme une déposition sous serment.

Je suis donc d'avis que l'arrêt *Kelly c. Le Roi* est exactement dans la même catégorie que *McConnell et Beer c. Le Roi*. Dans les deux cas, il a été décidé qu'avertir le jury qu'il ne devait pas considérer comme preuve ce qui avait été dit par un accusé non assermenté dans l'exposé qu'il avait fait après que le ministère public eut pré-

in statements made to a constable at the time of arrest, was not a breach of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. In my view, warnings to the jury that they must depend, in arriving at their verdict, upon sworn evidence are very different from a statement to the jury that the accused has not given evidence in his own defence.

In *Wright v. The King*, Chief Justice Rinfret, referring to *Rex v. Gallagher*¹⁵, said at p. 326:

We have nothing of the kind here. The accused appellant was nowhere mentioned in those portions of the charge which are objected to. In the last two paragraphs above mentioned the only statement in the charge is that the evidence of the victim is "the only evidence we have"; and, as to the first statement: "her evidence is not denied", the learned Judge no doubt was referring there to the fact that, in the course of Mrs. Bosma's evidence, she said that on her way back to Halifax she had told Mr. Bell that she had been attacked and Mr. Bell confirmed that; also that when she reached her house she had told Mrs. Marriott that she had been mistreated and had described such mistreatment by saying that the appellant "had tried to rape her" and "she said that he did". Not only was that not denied, but it was confirmed by Mrs. Marriott.

We think the *Bigaouette* case, [1927] S.C.R. 112, certainly goes as far on that subject as this Court would care to go and, like the majority of the Court of Appeal, we are unable to find that the remarks here complained of could have any effect on the jury as being a comment "obnoxious to the statutory direction".

Again, what was being considered was not a direct statement by the trial judge that the accused had not testified in his own defence but statements made by the trial judge that certain evidence was not denied when at least part of that evidence could have been denied by others than the accused. As to the comments of the Chief Justice, "we think the *Bigaouette* case certainly goes as far on that subject as this court would care to go . . .", it must be pointed out that Chief Justice Rinfret was a member of the Court

senté sa preuve, comme ce fut le cas dans l'affaire *Kelly*, ou dans des déclarations faites à un agent lors de son arrestation, comme ce fut le cas dans l'affaire *McConnell et Beer*, ne constituait pas une infraction à l'art. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. A mon avis, prévenir le jury qu'il ne doit tenir compte, dans son verdict, que des dépositions sous serment, est bien autre chose que de lui rappeler que l'accusé n'a pas témoigné en sa propre défense.

Dans *Wright c. Le Roi*, le Juge en chef Rinfret, se reportant à *Le Roi c. Gallagher*¹⁵, dit (à la p. 326):

[TRADUCTION] Il n'y a rien de semblable ici. Les passages contestés de l'exposé ne font aucunement mention de l'accusé appellant. La seule remarque que renferme l'exposé, dans les deux derniers alinéas que je viens de citer, est que le témoignage de la victime est «la seule preuve que nous ayons»; et, quant à la première remarque: «son témoignage n'a pas été nié», le savant Juge rappelait sans doute qu'au cours de sa déposition, M^{me} Bosma a dit avoir déclaré à M. Bell, en revenant à Halifax, qu'elle avait été attaquée, et M. Bell l'a confirmé; et aussi qu'en arrivant chez elle, elle a dit à M^{me} Marriott qu'elle avait été maltraitée, et que l'appellant «avait essayé de la violer», et qu'elle a dit qu'il l'avait fait. Non seulement, cela n'a pas été contredit, mais ce fut confirmé par M^{me} Marriott.

Nous croyons que, sur cette question, l'arrêt *Bigaouette*, (1927) R.C.S. 112, est allé certainement aussi loin que le voudrait cette Cour et, à l'instar de la majorité de la Cour d'appel, il nous est impossible de conclure que les remarques auxquelles on s'oppose ici ont pu influencer le jury comme commentaires «contraires à la prescription édictée par la loi».

Là encore, le juge de première instance n'avait pas dit directement que l'accusé s'était abstenu de témoigner en sa propre défense, mais bien qu'une preuve n'était pas niée alors qu'au moins une partie de cette preuve aurait pu l'être par d'autres que l'accusé. Quant aux commentaires du Juge en chef: (*Traduction*) «nous croyons que sur cette question, l'arrêt *Bigaouette* est allé certainement aussi loin que le voudrait cette Cour . . .», il y a lieu de signaler que le Juge en chef Rinfret était l'un des juges de cette Cour qui avaient entendu

¹⁵ (1922), 37 C.C.C. 83, 17 Alta. L.R. 519, [1922] 1 W.W.R. 1183, 63 D.L.R. 629.

¹⁵ (1922), 37 C.C.C. 83, 17 Alta. L.R. 519, [1922] 1 W.W.R. 1183, 63 D.L.R. 629.

in the *Bigaouette* case and that he concurred in the judgment given for the Court by Duff J., as he then was.

My personal view is that the comments of the Chief Justice in the *Wright* case in reference to the *Bigaouette* case may be applied with equal force to decisions in both the *Wright* case and the *McConnell and Beer* case so that neither of those cases should be extended to apply to such situations as the present one where there was a direct and repeated statement by the learned trial judge that the accused had failed to testify. I am of the opinion, on the other hand, that that situation is covered by the decision of this Court in *Bigaouette v. The King*¹⁶, where Duff J., as he then was, gave a very short judgment dealing with a charge in which the learned trial judge had said. I here translate and summarize: Doctor Marois has made an autopsy and he has declared that death occurred by six or seven o'clock in the morning. You see the circumstances which surrounded the death of the deceased. If the death, my friends, occurred at six o'clock or seven o'clock in the morning, the accused was at that moment present in the house for, by his own statement, he had not left until eight o'clock in the morning. He was alone with his mother in the house when death came and if the accused were alone with his mother when she was killed the defence would be able to explain by whom this murder had been committed.

Duff J. said at p. 114:

It seems to be reasonably clear that, according to the interpretation which would appear to the jury as the more natural and probable one, the comment implied in this passage upon the failure of la défense to explain who committed the murder would, having regard to the circumstances emphasized by the learned trial judge, be this, namely, that it related to the failure of the accused to testify upon that subject at the trial. It is conceivable, of course, that such language might be understood as relating to a failure to give an explanation to police officers or others; but the language of the charge is so easily and naturally capable of being understood in the other way, that it seems plainly obnoxious to the enactment referred to, subs. 5 of s. 4, R.S.C., c.

l'affaire *Bigaouette* et qu'il avait souscrit à l'arrêt rendu au nom de la Cour par le Juge Duff, alors juge puîné.

Personnellement, je crois que les commentaires du Juge en chef dans l'affaire *Wright*, au sujet de l'affaire *Bigaouette*, peuvent s'appliquer avec autant de force aux arrêts prononcés dans les affaires *Wright* et *McConnell et Beer* de sorte que ni l'un ni l'autre de ces arrêts ne peuvent s'étendre à des situations comme celle-ci où le savant juge de première instance a fait remarquer, directement et plus d'une fois, que l'accusé s'était abstenu de témoigner. Je suis d'avis, d'autre part, que la décision de cette Cour dans *Bigaouette c. Le Roi*¹⁶ s'applique à la situation dont il s'agit ici; le Juge Duff, alors juge puîné, y avait prononcé un jugement très succinct qui portait sur un exposé du savant Juge de première instance dans lequel ce dernier avait dit ceci, que je traduis et résume: Le docteur Marois a fait l'autopsie et il a déclaré que la mort remontait à six ou sept heures du matin. Voilà les circonstances qui enveloppent la mort de la victime. Si la mort, mes amis, remonte à six ou sept heures du matin, l'accusé était à la maison à ce moment-là, car, d'après sa propre déclaration, il n'est sorti qu'à huit heures du matin. Il était seul avec sa mère à la maison quand la mort s'est produite et si l'accusé était seul avec sa mère quand elle a été tuée, la défense aurait dû être capable d'expliquer par qui ce meurtre a été commis.

Le Juge Duff dit, à la p. 114:

[TRADUCTION] Il semble raisonnablement clair, selon l'interprétation susceptible de paraître la plus naturelle et la plus probable aux jurés, que le commentaire que comporte ce passage au sujet de l'abstention de la défense d'expliquer qui avait commis le crime se rattache, compte tenu des circonstances mises en lumière par le savant Juge de première instance, à l'abstention de l'accusé de témoigner à ce sujet lors du procès. Il est évidemment concevable qu'on puisse croire que ces propos se rapportent à l'abstention de donner des explications aux policiers ou à d'autres personnes; mais les termes dans lesquels a été fait l'exposé peuvent si facilement et si naturellement être interprétés dans l'autre sens, qu'ils semblent nettement contraires

¹⁶ [1927] S.C.R. 112, 47 C.C.C. 271, [1927] 1 D.L.R. 1147.

¹⁶ [1927] R.C.S. 112, 47 C.C.C. 271, [1927] 1 D.L.R. 1147.

145. The law, in our opinion, is correctly stated in the judgment of Mr. Justice Stuart in *Rex v. Gallagher* (1922) 37 Can. Cr.C. 83, in these words:

... it is not what the judge intended but what his words as uttered would convey to the minds of the jury which is the decisive matter. Even if the matter were evenly balanced, which I think it is not, and the language used were merely just as capable of the one meaning as the other, the position would be that the jury would be as likely to take the words in the sense in which it was forbidden to use them as in the innocuous sense and in such circumstances I think the error would be fatal.

(The underlining is my own.)

It will be seen that Duff J., as he then was, interpreted the words of the charge to be a direct comment on the failure of the accused to give evidence. The words, of course, were not nearly so direct, final and without equivocation as the words used in the present charge, and certainly I am of the opinion that if Duff J., as he then was, considered the comments in *Bigaouette* as being contra to what he described in the case as "the imperative direction of subs. (5) of s. 4 of the *Canada Evidence Act* then the statement made by the learned trial judge in the present case is even more plainly a breach of the said subsection. Nor is this conclusion affected by the suggestion that the learned trial judge was only doing what he was entitled to do and what he should do, that is, to give to the jury the ruling that the whole burden of proof was on the Crown and that the accused need prove nothing. The learned trial judge had so instructed the jury in the first part of the charge which I have quoted above and had done so in an appropriate manner and in a manner well nigh traditional. With respect, however, he left that discharge of a proper duty and clearly infringed the provisions of the subsection of the *Canada Evidence Act* when he continued, saying, "and that leads me to embark upon an immediate digression. The accused has not testified. Of course, he could have done so. He is not obliged to do so." Those words, as I have pointed out above, were said at the opening of the charge. They were not required as any ex-

aux dispositions législatives en question, savoir le par. 5 de l'art. 4, S.R.C. c. 145. Dans *Le Roi c. Gallagher*, (1922) 37 Can. Cr. C. 83, M. le Juge Stuart a, à mon avis, correctement énoncé le droit à cet égard lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] ... l'important n'est pas ce que le juge a eu l'intention de dire mais bien le sens que les jurés pourraient donner à ses paroles. Même si ces deux possibilités s'équilibraient, ce que je ne crois pas être le cas, et même si les termes employés pouvaient indifféremment être interprétés dans les deux sens, les jurés pourraient tout aussi bien les interpréter dans le sens prohibé que dans le sens inoffensif et dans ces conditions, je crois que l'erreur serait fatale.

(Les traits soulignants sont de moi.)

On constate que le Juge Duff, alors juge puîné, a interprété les termes des directives comme étant un commentaire direct sur l'abstention de l'accusé de témoigner. Ces termes étaient évidemment loin d'être aussi directs, péremptoirs et sans équivoque que ceux de l'exposé en l'espèce, et je suis assurément d'avis que si le Juge Duff, alors juge puîné, a considéré que les commentaires dans l'arrêt *Bigaouette* allaient à l'encontre de ce qu'il a décrit dans cette affaire-là comme «la prescription impérative du par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*», la déclaration faite par le savant juge de première instance dans l'affaire qui nous occupe enfreint alors plus clairement encore ledit paragraphe. Cette conclusion n'en demeure pas moins même si l'on pense que le savant juge de première instance n'a fait que ce qu'il avait le droit et se devait de faire, soit rappeler au jury que le ministère public supporte tout le fardeau de la preuve et que l'accusé n'a rien à prouver. Le savant juge de première instance a donné au jury des directives en ce sens dans la première partie de son exposé (que j'ai déjà citée), et il l'a fait de façon appropriée et à peu près traditionnelle. En toute déférence, je dois cependant dire qu'il s'est éloigné de son devoir en la matière et qu'il a clairement enfreint les dispositions du paragraphe en question de la *Loi sur la preuve au Canada* lorsqu'il a ajouté: «Et ceci m'amène à ouvrir une parenthèse immédiatement. L'accusé n'a pas témoigné. Evidemment, il aurait pu le faire. Il n'est pas obligé de le faire.» Ces

planation of the duty of the jury to only base their verdict upon sworn testimony and, in my view, they constituted "a failure to observe the imperative directions of subs. (5) of s. 4 of the *Canada Evidence Act*".

The second question is if, as I believe, the learned trial judge was in breach of subs. (5) of s. 4 of the *Canada Evidence Act*, may the provisions of s. 592(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* be applied thereto to result in the dismissal of the appeal on the ground that despite the error in law no substantial miscarriage of justice occurred. The majority of this Court in the *McConnell and Beer* case were of the opinion that such a course was available to this Court and to the Court of Appeal from whence the appeal had come. Since the majority of this Court had already determined that the comment in question in the *McConnell and Beer* case had not been a comment contra to the provisions of the *Canada Evidence Act*, I am of the opinion that their view in reference to the applicability of s. 592(1)(b)(iii) of the Code was *obiter*. However, for the present case, I am ready to accept that *obiter* as being the statement of the law. I must point out, however, that the only effect of such a view is that it is possible to use the provisions of the said subsection of the Code not that those provisions should be used in all cases. On the other hand, each case must be carefully examined in order to determine whether or not the Court should avail itself of the provisions set out in s. 592(1)(b)(iii) of the Code.

In *Colpitts v. The Queen*¹⁷, I dealt with the test which must be applied to determine whether the subsection can be used and said:

Therefore, this Court must apply the test set out in the aforesaid cases and, to quote again from *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633,

The onus is upon the Crown to satisfy the Court that the jury, charged as it should have been,

mots, je l'ai déjà dit, ont été prononcés au début de son exposé. Ils n'étaient pas nécessaires pour expliquer le devoir qui incombe aux jurés de fonder leur verdict uniquement sur des témoignages rendus sous serment et, à mon avis, ils constituent «un défaut de se conformer à la prescription impérative du par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*.»

La seconde question est la suivante: si, comme je le crois, le savant Juge de première instance a enfreint le par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, les dispositions de l'art. 592(1)(b)(iii) du *Code criminel* peuvent-elles s'appliquer et fonder le rejet de l'appel pour le motif que, malgré cette erreur de droit, aucune erreur judiciaire grave ne s'est produite? La majorité de cette Cour, dans l'affaire *McConnell et Beer*, était d'avis que cette Cour et la Cour d'appel d'où l'appel était interjeté pouvaient le décider ainsi. Comme la majorité de cette Cour avait d'abord décidé que le commentaire qui était en cause dans l'affaire *McConnell et Beer* n'était pas contraire aux dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*, je suis d'avis que son opinion sur l'applicabilité de l'art. 592(1)(b)(iii) du *Code* était *obiter*. Toutefois, dans l'affaire qui nous occupe, je suis disposé à considérer cet *obiter* comme étant l'énoncé du droit en la matière. Je dois signaler, toutefois, que tout ce qu'il faut conclure de cette façon de voir c'est qu'il est possible d'appliquer les dispositions dudit paragraphe, et non qu'elles doivent l'être dans tous les cas. D'autre part, il faut examiner soigneusement chaque cas pour déterminer si oui ou non la Cour doit faire appel aux dispositions de l'art. 592(1)(b)(iii) du *Code*.

Dans *Colpitts c. La Reine*¹⁷, j'ai traité du critère qu'il faut appliquer pour déterminer s'il est possible de recourir au paragraphe en question, et j'ai dit:

[TRADUCTION] Par conséquent, cette Cour doit appliquer le critère énoncé dans les affaires susmentionnées et, comme il est dit dans *Brooks c. Le Roi*, (1927) R.C.S. 633:

[TRADUCTION] Il incombe au ministère public de convaincre la cour que si les jurés avaient

¹⁷ [1965] S.C.R. 739 at 755, 47 C.R. 175, [1966] 1 C.C.C. 146, 52 D.L.R. (2d) 416.

¹⁷ [1965] R.C.S. 739 à 755, 47 C.R. 175, [1966] 1 C.C.C. 146, 52 D.L.R. (2d) 416.

could not, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty.

Cartwright J., as he then was, said at p. 744:

A number of authorities which should guide the Court of Appeal in deciding whether, misdirection having been shewn, it can safely be affirmed that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred are quoted in the reasons of my brother Spence. Upon reading these it will be observed that, once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred.

And Ritchie J., at p. 745, agreed to an application of the test which had been established by the authorities to which I had referred. Let us, therefore, apply that test to the circumstances in the present case.

The slaying was committed in a room in which four persons were present: the deceased woman, the accused and the two witnesses, Latulippe and Laliberté. All four of those persons had consumed alcohol very heavily. The two persons who gave evidence at the trial were Latulippe and Laliberté. Their evidence certainly implicated the accused very strongly but the evidence of one of the witnesses contradicted the other and involved that other albeit in a rather minor fashion. The slaying having been committed, the three persons, the accused, Laliberté and Latulippe left the premises and continued their drinking. Now how could it be said that a jury properly instructed, that is, without it having been pointed out to them by the learned trial judge that the accused had not given evidence in his own defence, could reasonably come to no other conclusion than that the accused was guilty? Surely a jury could as reasonably have said "How can we convict upon the contradictory evidence of these two persons both of whom were intoxicated and both of whom certainly were interested in the outcome of the trial in which one of the three persons alone was accused of the crime whether or not those persons were, in law, accomplices?". I note that as early as in *Allen v.*

reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, ils n'auraient pu raisonnablement faire autrement que de trouver l'appelant coupable.

Et le Juge Cartwright, alors juge puîné, a dit, à la p. 744:

[TRADUCTION] Mon collègue le Juge Spence cite dans ses motifs un certain nombre de précédents qui devraient guider la Cour d'appel dans son jugement, une fois l'erreur d'instruction démontrée, sur la question de savoir si l'on peut affirmer sans crainte qu'il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. A la lecture de ces précédents, il faut observer qu'une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite.

Et le Juge Ritchie, à la p. 745, s'est dit d'accord quant à l'application du critère établi par les précédents auxquels je m'étais reporté. Appliquons donc ce critère aux circonstances de la présente cause.

Le meurtre a été commis dans une chambre où se trouvaient quatre personnes: la victime, l'accusé et les deux témoins, Latulippe et Laliberté. Tous les quatre avaient consommé une très forte quantité d'alcool. Les deux personnes qui ont déposé au procès sont Latulippe et Laliberté. Il est certain que leurs témoignages ont fortement impliqué l'accusé, mais la déposition de l'un contredit celle de l'autre, et met ce dernier en cause, quoique dans une assez faible mesure. Une fois le meurtre commis, les trois personnes, l'accusé, Laliberté et Latulippe, ont quitté les lieux et ont continué à boire. Comment peut-on dire que des jurés instruits comme il convient, c'est-à-dire à qui le savant juge de première instance n'aurait pas signalé que l'accusé n'avait pas témoigné en défense, ne pourraient raisonnablement faire autrement que de conclure à la culpabilité de l'accusé? Les jurés auraient sûrement pu dire, tout aussi raisonnablement: «Comment pouvons-nous rendre un verdict de culpabilité sur la foi des dépositions contradictoires de ces deux personnes, toutes deux ivres et toutes deux intéressées dans l'issue d'un procès où une seule des trois personnes est accusée du crime, que ces deux personnes soient ou ne soient pas en droit des com-

*The King*¹⁸, Sir Charles Fitzpatrick C.J., in reasons expressly concurred in by Duff J., as he then was, said at pp. 339 and 340:

I cannot agree that the effect of the section is to do more than, as I said before, give the judges on an appeal a discretion which they may be trusted to exercise only where the illegal evidence or other irregularities are so trivial that it may safely be assumed that the jury was not influenced by it. If there is any doubt as to this the prisoner must get the benefit of that doubt *propter favorem vitae*. To say that we are in this case charged with the duty of deciding the extent to which the improperly admitted evidence may have influenced some of the jurors would be to hold, as I have already said, that Parliament authorized us to deprive the accused in a capital case of the benefit of a trial by jury.

For these reasons, I am of the opinion that s. 592(1)(b)(iii) should not be used in the present case. I would therefore allow the appeal and direct a new trial.

Appeal dismissed, HALL and SPENCE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: J. P. Ste. Marie, Montreal.

Solicitors for the respondent: Pateras, Marcerola & Galileo, Montreal.

plices?» Déjà, dans l'arrêt *Allen c. Le Roi*¹⁸, le Juge en chef Sir Charles Fitzpatrick disait dans ses motifs, pp. 339 et 340, auxquels a souscrit le Juge Duff, alors juge puîné:

[TRADUCTION] Je ne puis admettre que l'article ait d'autre effet que de donner aux juges d'appel, comme je l'ai déjà dit, un pouvoir discrétionnaire qu'ils n'exercent, bien sûr, que lorsque les éléments de preuve irrecevables ou autres irrégularités sont si insignifiants qu'on peut présumer en toute sécurité qu'ils n'ont pas influencé les jurés. Existe-il quelque doute à ce sujet, il faut en accorder le bénéfice à l'accusé, *propter favorem vitae*. Dire qu'il nous incombe ici de déterminer jusqu'à quel point la preuve irrégulièrement reçue peut avoir influencé certains jurés équivaldrait à décider, comme je l'ai déjà dit, que le Parlement nous a donné le pouvoir de priver une personne accusée d'un crime punissable de la peine capitale de l'avantage d'un procès par jury.

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'article 592 (1)(b)(iii) ne devrait pas être appliqué en l'espèce. Par conséquent, je suis d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Appel rejeté, les Juges HALL et SPENCE étant dissidents.

Procureur de l'appelant: J. P. Ste-Marie, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Pateras, Marcerola & Galileo, Montréal.

¹⁸ (1911), 44 S.C.R. 331.

¹⁸ (1911), 44 R.C.S. 331.