

1945
 *Oct. 5, 6,
 7, 8
 *Nov. 28

FERNAND SAVARD AND ROGER
 LIZOTTE } APPELLANTS;
 AND
 HIS MAJESTY THE KING..... RESPONDENT.

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

Criminal law—Subsection (2) of s. 69 Cr. C.—Prosecution of a common purpose by several persons—Police officers attempting to effect arrest of person charged with conspiracy—Firing almost simultaneous by three of them while in pursuit of the latter—Only one shot causing death—Two officers charged with manslaughter under subs. (2)—Verdict of guilty affirmed by majority of appellate court—Whether evidence sufficient to justify such finding—Direction by trial judge that subs. (2) applied—Misdirection rendering verdict defective and void—New trial ordered by dissenting judgments—Power of this Court on appeal—Not limited to opinion expressed by dissent—Acquittal of accused can be pronounced by this Court—Granting of new trial may place accused a second time in jeopardy—Jurisdiction—Grounds of dissent—This Court justified to look into reasons for judgment of dissenting judges of appellate court.

The appellants, members of the Royal Canadian Mounted Police, had, on May 7, 1944, together with another constable by the name of Massicotte and a corporal Dubé who was in charge, gone to the village of St. Lambert, situated at some thirty miles from the city of Quebec, for the purpose of apprehending one Georges Guénette wanted on a charge of having conspired with others to assist one Plante to escape from the custody of a peace officer, some ten or more attempts having previously been made. These constables and three others had made on the same day an earlier trip and, after having searched the premises of Guénette's father unsuccessfully, decided to return to their headquarters in the city of Quebec. After proceeding some distance, the four abovenamed constables turned about and went back to St. Lambert on the chance that Guénette might have returned to his father's house thinking that the coast was clear, Corporal Dubé stationed the appellant Lizotte and Massicotte outside the house, while he himself entered it followed by the appellant Savard. While so engaged, Dube's attention was attracted by a sound upstairs and he went up just in time to see Guénette jump from a window. Savard immediately ran from the house in pursuit of Guénette, and, seeing he was losing ground, and as Guénette ignored his calls to stop, he fired four shots in the air from his revolver. As Guénette still paid no attention, Savard lowered his revolver toward a point approximately, so he says, six feet to the left of Guénette so that the latter would not only hear the bullet but see the spurt of the ground where it hit. As Savard fired this fifth shot, Guénette was in the act of jumping a fence, at a distance of more than two hundred feet from the house, and, as he reached the

PRESENT:—Rinfret C.J. and Kerwin, Taschereau, Rand and Kellock JJ.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
—

other side, he appeared to bend forward with the left hand resting on the fence and the right hand on the ground. He then straightened himself and ran for a distance of approximately seventy-eight feet where he stumbled and fell face down. According to medical evidence, he was then dead or died very shortly thereafter. The appellant Lizotte and Massicotte also ran in pursuit of Guénette, Lizotte firing one shot in the air and a second one toward a point, he says, some thirty feet to Guénette's right and Massicotte also firing one shot in Guénette's direction. The indictment charged that the appellants "have together and illegally inflicted corporal wounds which caused the death of (Guénette), thus committing manslaughter." In view of the uncertainty as to the identity of the person who had fired the fatal shot (only one bullet hit Guénette), counsel for the Crown at the opening of the trial declared expressly that the case fell within the provisions of subsection 2 of s. 69 Cr. C., and they submitted to the jury that the appellants had formed a common intention to bring about the arrest of Guénette by any means, that such intention involved an unlawful purpose, namely, the use of force beyond the limits permitted by section 43 Cr. C., that each of the appellants was an accomplice in the commission of a crime by one or the other and that it was immaterial which of them actually fired the fatal shot, as the death of Guénette was or ought to have been known to each of them to have been a probable consequence. Counsel for the Crown further submitted that the common wrongful intention originated from the acts of the appellants and their companions and the incidents occurring during their trip, which showed a fixed purpose to use more violence than necessary to take Guénette into custody, or that the common intent started to be illegal at the moment of the simultaneous firing by the appellants and Massicotte. The trial judge after having read subsection 2 of section 69 Cr. C., charged the jury in so many words that it applied; he also stated that there was no illegality attaching to the appellants' conduct prior to the moment of the firing, but that the illegality then started, if the jury was of the opinion that they had then used undue violence (s. 43 Cr. C.). The appellants were found guilty and condemned respectively to twelve and nine months' imprisonment. The conviction was affirmed by a majority of the appellate court, the two dissenting judges being of the opinion that a new trial should be granted.

Held that the appeal should be allowed, the convictions quashed and the appellants be discharged. There is no evidence upon which a finding could be made that the appellants formed at any time a common wrongful intention as required by subsection 2 of section 69 Cr. C.—Moreover the erroneous directions given by the trial judge have necessarily influenced the jury's minds and have totally rendered defective and void the conclusion they have reached.—Their verdict, being thus illegal, must be quashed.

Counsel for the Crown also contended that, if the verdict was held to be illegal, the only remedy this Court could grant would be an order for a new trial, as the Court could not go beyond what was directed by the dissenting judgments: the appellants could then be proceeded against individually under subsection (1) of section 69 Cr. C. or additional evidence might be forthcoming which would make subsection (2) applicable.

1945
 SAVARD AND
 LIZOTTE
 v.
 THE KING
 —

Held that, in a case like the present, such an order ought not to be made, so as to permit an entirely new case to be made against the appellants. While the existence of a dissent on a question of law (s. 1023 Cr. C.) is a condition precedent for an appeal to this Court, the Court once seized of the appeal is not limited to the remedy considered appropriate in the dissent, but has complete jurisdiction to direct the remedy which in its opinion the Court appealed from ought to have granted (s. 1024 Cr. C.). Under the circumstances of the case and in view of the manner the case was deliberately proceeded with by the Crown, the granting of a new trial would violate the fundamental right of an accused not to be placed for a second time in jeopardy. *Manchuk v. the King* ([1938] S.C.R. 341 and *Wexler v. The King* [1939] S.C.R. 350) foll.

Per The Chief Justice and Kerwin and Taschereau JJ. The Supreme Court of Canada, when given jurisdiction to entertain an appeal on any question of law on which there has been dissent in the court of appeal (section 1023 Cr. C.), is justified, whether grounds of dissent are specified or not in the formal judgment of that court, to look into the reasons for judgment of the dissenting judges in order to find the grounds of dissent.—*Reinblatt v. The King* (1933) S.C.R. 694) foll.

APPEAL by the appellants from a judgment by a majority of the Court of King's Bench, appeal side, province of Quebec, affirming a verdict of guilty rendered by a jury in a trial of manslaughter, the dissenting judgments ordering a new trial.

The material facts of the case and the questions at issue are stated in the above headnote and in the judgments now reported.

Lucien H. Gendron K.C., Gérald Fauteux K.C. and Mark Drouin K.C. for the appellants.

Antoine Rivard K.C. and Noël Dorion K.C. for the respondent.

The judgment of The Chief Justice and of Kerwin and Taschereau JJ. was delivered by

TASCHEREAU J.:—Les appelants Fernand Savard et Roger Lizotte, tous deux de la Gendarmerie Royale canadienne, ont été traduits devant la Cour d'Assises à Québec, pour répondre à l'accusation d'avoir:—

ensemble illégalement causé des lésions corporelles qui ont entraîné la mort de Georges Guénette commettant par là un crime d'homicide involontaire (manslaughter).

Trouvés coupables, ils furent condamnés respectivement à douze et à neuf mois de prison, et ce verdict du jury fut confirmé par la Cour du Banc du Roi. MM. les juges Francoeur et E. Stuart McDougall, qui étaient dissidents, auraient accordé un nouveau procès.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Taschereau J.

Dans le jugement formel de la Cour du Banc du Roi, la dissidence de M. le juge Francoeur est exprimée dans les termes suivants:—

- (a) Admission au cours du procès de preuve illégale;
- (b) Direction erronée en droit sur l'interprétation de l'article 69 du Code Criminel.

Et celle de M. le juge McDougall se lit ainsi:—

that,

- (a) the accused were deprived of their right to challenge peremptorily the number of jurors allowed by law;
- (b) that the presiding judge committed an error in law in instructing the jury that subsection 2 of section 69 of the Criminal Code applied;
- (c) that the presiding judge further erred in law in instructing the jury that evidence declared by him to be irrelevant as to the guilt of the accused would be helpful and could be accepted by the jury to indicate an atmosphere or "climat spécial" surrounding the actions of the accused.

Ces deux mêmes juges de la Cour du Banc du Roi, dans leurs raisons où cette Cour peut également chercher des motifs de dissidence, en sont également venus à la conclusion qu'il n'y a aucune preuve qui puisse justifier l'application de l'article 69, paragraphe 2, Code Criminel.

Georges Guénette, Roland Fontaine et Edouard Bernard étaient tous trois accusés d'avoir conspiré ensemble afin de faire évader un nommé Hervé Plante, détenu par Gordon P. Coutu, qui avait antérieurement procédé à son arrestation. Le mandat avait été émis par M. le juge Laetare Roy, de la Cour des Sessions de la Paix à Québec, le 3 mars 1943, mais le 6 mai 1944, il n'avait pas encore été exécuté. Durant au delà de 14 mois, les prévenus avaient réussi à dépister les policiers, qui avaient fait plus de dix voyages à St-Lambert, dans le comté de Lévis, mais chaque fois, leurs recherches étaient demeurées infructueuses.

Dans l'après-midi du 6 mai 1944, le caporal Turgeon, en charge du détachement de la Gendarmerie Royale à Québec, décida de faire une nouvelle tentative afin d'opérer ces arrestations. Il donna instruction au constable Dubé, accompagné de six constables, dont les appelants, de se

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Taschereau J.

rendre à St-Lambert, et c'est au cours de leurs recherches que Georges Guénette fut tué d'une balle de revolver. Et comme conséquence de cette tragédie, Savard et Lizotte furent accusés d'homicide involontaire coupable.

Durant cette nuit du 6 au 7 mai, les constables firent deux autres voyages à St-Lambert. Quelques incidents, qui se produisirent au cours du premier, doivent nécessairement être mentionnés, car il en sera question plus loin, lorsque nous examinerons certains aspects légaux de la cause, que les parties ont discutés au cours de l'audition.

En arrivant à St-Lambert, Dubé aperçut une automobile qui filait vers l'autre extrémité du village, dans la direction de St-Isidore. Croyant que cette voiture pouvait être occupée par les trois personnes recherchées, il la suivit, mais après s'être rendu compte que les passagers n'étaient pas ceux qu'il désirait appréhender, il leur permit de continuer leur route. Mais la preuve révèle qu'avant de leur donner cette autorisation, l'un des constables non identifié dans l'automobile de Dubé aurait dit aux passagers, parmi lesquels se trouvait un nommé Baillargeon:—"Si vous n'aviez pas arrêté, nous aurions tiré."

Lorsque Dubé revint avec ses deux compagnons au village de St-Lambert, il donna instruction à trois constables, Lizotte, Desjardins et Emond de se rendre chez Fontaine et Edouard Bernard, tous deux également recherchés, pendant que lui-même avec d'autres iraient chez Guénette. Chez Fontaine, l'un des constables serait entré dans la chambre de mademoiselle Jeannette Fontaine, et lui aurait dit:—"Je regrette de vous déranger". Elle aurait répondu, d'après son témoignage:—"Vous vous fatiguez encore pour rien ce matin". Et ce même constable aurait répondu à son tour:—"Vous croyez que nous nous fatiguons pour rien, peut-être que d'autres seront fatigués avant longtemps".

Durant ce temps, les autres constables qui n'étaient pas allés chez Fontaine firent des recherches dans la maison de Guénette et dans les environs. Dubé rapporte qu'après qu'il eût fouillé en vain la maison, le père Guénette lui dit qu'il n'avait pas vu son fils depuis quinze jours, qu'il venait rarement à la maison, qu'il avait perdu toute influence sur lui et qu'il était bien décidé à ne pas être pris vivant.

Dubé décida alors de retourner à Québec, mais à la sortie de la maison de Guénette, il rencontra le constable Massicotte qui, au second étage de la grange de Guénette, avait trouvé une couverture et un oreiller. Il s'était rendu compte que ce lit improvisé avait été récemment occupé, car l'oreiller était encore chaud. On fit alors d'autres recherches dans la direction de la rivière Chaudière, mais sans résultat.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Taschereau J.

Au cours du voyage de retour vers Québec, Dubé s'avisait de revenir à la maison de Guénette accompagné de trois constables, Massicotte, Savard et Lizotte, tandis que les autres devaient continuer leur route vers la ville. En arrivant à St-Lambert, il plaça ses hommes à des points stratégiques autour de la maison de Guénette, y pénétra lui-même et demanda au père Guénette si son fils était revenu. C'est à ce moment qu'il entendit un bruit provenant de l'étage supérieur, où il monta, et vit Georges Guénette, l'homme qu'il recherchait, sautant par une fenêtre du côté ouest de la maison. Massicotte, Savard et Lizotte partirent alors à sa poursuite vers la rivière, où les constables, lors de leur visite précédente, avaient remarqué des embarcations.

Guénette, qui avait une avance d'environ cinquante pieds et qui gagnait toujours du terrain, refusa de s'arrêter, malgré les ordres qu'on lui intimait, continua sa course à travers le champ fraîchement labouré et sauta la clôture en y posant la main gauche, de sorte qu'il avait les pieds dans une position horizontale à la droite de son corps. Savard était au centre derrière lui; il avait Lizotte à sa droite, placé dans le chemin Brochu, et Massicotte à sa gauche. C'est pendant cette course que les trois constables firent feu. Savard tira cinq coups de son revolver 45, Massicotte un seul d'un revolver de même calibre et Lizotte deux coups, d'un revolver 38. Tous d'après leurs témoignages tirèrent en l'air, sauf Savard et Lizotte qui tirèrent chacun un coup, vers le sol, mais à côté de Guénette, afin de l'impressionner davantage et le convaincre qu'il était préférable de se rendre.

Après avoir sauté cette clôture, située à 225 pieds de sa résidence, Guénette parcourut encore 78 pieds et là, après avoir fait une hésitation, il tomba la face contre terre. La

1945
 SAVARD AND
 LIZOTTE
 v.
 THE KING
 ———
 Taschereau J.

preuve médicale révèle qu'il dût mourir à ce moment ou quelques instants plus tard. La balle, qui avait pénétré au dessus du rein gauche, était sortie dans la région du poumon droit. Le docteur Gilbert, de Charny, le premier qui constata la mort, exprima l'opinion que la balle devait provenir d'un revolver calibre 38, car cette dernière pouvait être introduite plus facilement dans l'orifice de la blessure. Cependant, cette prétention n'est pas admise par l'un des médecins de la Couronne.

Ce résumé de la preuve, peut-être trop long, est cependant nécessaire pour bien situer le litige et pour déterminer les questions légales qui nous sont actuellement soumises et que l'on trouve dans le jugement formel de la Cour du Banc du Roi et les raisons écrites des juges dissidents.

La Couronne a fait reposer sa cause devant le jury sur le paragraphe 2 de l'article 69 du Code Criminel. C'est aussi la directive donnée par le juge président le procès. Cet article se lit ainsi:—

69. (2) Quand plusieurs personnes forment ensemble le projet de faire quelque chose d'illégal, et de s'entraider dans ce projet, chacune d'elles est complice de toute infraction commise par l'une d'entre elles dans la poursuite de leur but commun, si elles savaient ou devaient savoir que la commission de cette infraction devait être la conséquence probable de la poursuite de leur but commun.

Une seule balle a frappé Guénette, et, comme il était assez problématique de dire qui avait tiré cette balle, on a voulu, par le jeu de l'article 69, paragraphe 2, faire disparaître cette difficulté de l'esprit du jury, en leur disant que les accusés faisaient partie d'un complot illégal, que chacun d'eux était complice d'une infraction commise par l'un ou l'autre des constables et qu'il était en conséquence immatériel de déterminer qui avait tiré le coup fatal.

Au cours du procès qui eut lieu à Québec, le procureur de la Couronne, expliquant la cause au jury, fit un résumé de la preuve qu'il désirait lui soumettre, et lui dit:—

Vous aurez à juger, messieurs les jurés, si les deux agents n'étaient pas alors engagés dans la *poursuite de buts illégaux*: l'arrestation de Guénette sans mandat entre leurs mains et le recours à des moyens aussi radicaux pour l'exécution de leur mission. Dans l'affirmative, la Couronne vous soumettra qu'en droit les *deux accusés doivent répondre de la mort de Guénette*.

Plus tard, lorsque la preuve de la Couronne fut terminée, la défense présenta une motion de non-lieu de la part de l'accusé Lizotte, et dans la réplique de l'avocat de la Couronne, on y trouve ce qui suit:—

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING

Les jurés décideront si, à un moment donné, cette expédition, qui a pu paraître commencée avec des buts légaux, est devenue *une expédition illégale*.
Taschereau J.

A la conclusion du procès, lors de sa plaidoirie au jury, l'un des avocats de la Couronne s'exprima ainsi:—

C'est que cette loi a été faite précisément pour prévoir de ces cas comme celui qui nous occupe actuellement, lorsqu'une, deux, trois ou quatre personnes, ensemble, dans un même but, commettent des actes illégaux; ils sont tous ensemble responsables des conséquences, et c'est pour cela qu'il importe peu de savoir si c'est la balle de Lizotte ou de Savard qui a tué.

Ce qu'il importe de savoir, c'est si ces deux-là, ou ces trois-là ou quatre-là, ensemble, ne s'étaient pas réunis pour faire de la poursuite de Guénette une opération qui est devenue illégale du moment où ils ont commencé à tirer. Guénette ne serait pas mort aujourd'hui.

Ce n'est pas ensemble qu'ils ont tiré. C'est parce qu'ensemble ils ont pris des moyens illégaux pour arriver à leur fin avec illégalité, que l'article 69, paragraphe 2, trouve son application.

Et plus tard, un second avocat de la Couronne dit à son tour:—

L'invention de Lizotte pour essayer de chercher ailleurs le coupable est une invention qui ne tient pas debout; d'autant plus que, même si c'était vrai, ces deux personnes étaient engagées dans la poursuite de moyens communs qui étaient des moyens illégaux, et au même titre que celui qui aurait vraisemblablement tiré, ils sont coupables de manslaughter, ils sont coupables de la mort qu'on leur impute de Guénette.

Et, dans son adresse au jury, le juge donne la direction légale suivante:—

L'article 69, paragraphe 2, s'applique. Je l'affirme et j'y reviendrai plus tard.

Ailleurs, il dit:—

Devez-vous trouver une différence de responsabilité entre l'accusé Savard et entre l'accusé Lizotte, si vous en venez à un verdict de culpabilité?

Et après avoir cité l'article 69, paragraphe 2, du Code Criminel, l'honorable juge continue:—

Me Gendron soutient que cet article ne s'applique pas. Malheureusement, je ne puis partager son opinion. Le paragraphe 2 s'applique. L'illégalité commença au moment où ils, les accusés, et le constable Massicotte, se mirent ensemble à tirer dans la poursuite de leur but commun, contrairement à la loi, si vous jugez qu'ils abusèrent de la violence.

L'entente est devenue illégale au cours de l'exécution, tousjours si les accusés excédèrent, d'après vous les moyens raisonnables et causèrent la mort—article 43 C. Cr.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Taschereau J.

D'après ces textes que je viens de citer, les constables poursuivaient donc des buts illégaux, leur expédition qui à l'origine a pu paraître légale serait *devenue une expédition illégale, au moment où les deux appelants et Massicotte ont commencé à tirer*. Comme conséquence, en vertu des dispositions de l'article 69, paragraphe 2, tous ceux qui ont fait feu sont coupables au même degré, quel que soit celui qui ait tué Guénette. C'est bien là la théorie de la Couronne, admise par le juge au cours du procès.

Pour que l'article 69, paragraphe 2, s'applique, il faut de toute nécessité qu'il y ait entente de poursuivre un but illégal. C'est l'élément essentiel qui entraînera la culpabilité de tous, si l'un d'eux commet une infraction dans la poursuite de ce but.

Or, il importe donc de se demander quel projet illégal avaient conçu les accusés, quel acte défendu par la loi ils avaient projeté de poser; où, quand et comment ils se sont concertés pour qu'ils tombent sous le coup de l'article que je viens de citer.

Lors de l'audition de la cause devant cette Cour, le procureur de la Couronne a tenté d'établir que le projet de commettre un acte illégal n'était pas nécessairement né sur le terrain de Guénette au moment où les constables ont commencé à faire feu, mais que les actes des appelants et de leurs compagnons, au cours du trajet de Québec à St-Lambert, démontraient l'intention bien arrêtée d'user de plus de violence qu'il n'était nécessaire pour procéder à l'arrestation de Guénette. Il y aurait donc eu complot de commettre un acte illégal, et l'illégalité de cet acte consisterait dans la violation de l'article 43 du Code Criminel, qui se lit ainsi:—

43. Tout individu, qui opère légalement l'arrestation d'un autre pour quelque cause autre qu'une infraction mentionnée en l'article qui précède, est justifiable, si celui qu'il cherche à arrêter tente de se soustraire par la fuite à cette arrestation, d'employer la force nécessaire pour empêcher son évasion, sauf si cette évasion peut être empêchée par des moyens raisonnables sans recourir à la violence; mais cette force ne doit être destinée ni de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves.

Cette prétention doit être rejetée pour deux raisons. La première, c'est qu'elle n'a jamais été soumise au jury, qui n'a pas eu à se prononcer sur ce point, et qui en a été empêché par les directives mêmes du juge, qui lui a dit que l'illégalité avait commencé au moment même où les

coups de feu ont été tirés. La seconde raison qui motive le rejet de cette prétention, c'est qu'il n'y a aucune preuve au dossier qui puisse justifier un jury, instruit de ses devoirs, d'en arriver légalement à une semblable conclusion.

1945
 SAVARD AND
 LIZOTTE
 v.
 THE KING
 ———
 Taschereau J.

Pour essayer d'établir l'intention commune des constables de faire usage d'une force plus que nécessaire, on a invoqué l'incident qui est arrivé lorsqu'un constable aurait dit aux passagers de l'automobile Baillargeon: "Si vous n'aviez pas arrêté, nous aurions tiré". Et on a relevé aussi la conversation entre le constable non identifié qui aurait dit à mademoiselle Fontaine:

Vous croyez que nous nous fatiguons pour rien, peut-être que d'autres seront fatigués avant longtemps.

Ces faits ne sont pas pertinents à la cause, et leur récit devant le jury était inadmissible. Ces paroles ont été prononcées hors la présence des accusés et ne peuvent en aucune façon servir de preuve contre eux.

Je n'ignore pas que lorsqu'il s'agit de conspiration, des déclarations faites par l'un des conspirateurs, hors la présence des autres, peuvent en certains cas, servir de preuve contre tous les conspirateurs; mais encore faut-il qu'il existe quelque connexité entre ces déclarations et la poursuite du but commun qui, dans le cas actuel, aurait conduit à la mort de Guénette. De plus, cette règle que je viens de citer, et qui dans notre droit constitue une exception, est basée sur la théorie qui veut que dans le cas de conspiration, vu qu'il y a unité de volonté, la déclaration de l'un est censée être la déclaration de tous. Pour que la déclaration de l'un puisse ainsi servir contre les autres, il faut donc prouver par des preuves additionnelles que celui contre qui on veut s'en servir était partie au complot. Cette autre preuve dans le cas présent fait totalement défaut.

Ces deux faits sont les seuls que la Couronne a invoqués pour démontrer l'existence d'un complot antérieur. Il me semble qu'elle a failli dans sa tentative de convaincre la Cour de l'existence de cette entente préalable de commettre un acte illégal.

D'ailleurs, dans sa charge au jury, le juge a dit que le témoignage de Baillargeon ne pouvait pas incriminer les deux accusés, et il a aussi ajouté que le témoignage de mademoiselle Fontaine ne pouvait pas non plus avoir

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Taschereau J.

d'influence sur la cause. Il a cependant autorisé le jury à prendre connaissance de la déclaration faite à Baillargeon, non pas parce qu'elle peut relier les accusés à la tragédie qui est arrivée, mais seulement afin de "se mettre dans une atmosphère ou un climat spécial". Si je m'accorde avec le juge quand il dit que la preuve de ces deux incidents ne peut incriminer les deux accusés, je diffère entièrement d'opinion avec lui quant à sa seconde remarque. La preuve est pertinente ou non. Comme elle ne l'est pas, elle n'aurait pas dû être soumise au jury, et encore moins pour le justifier au cours d'un procès criminel de se placer dans un "climat spécial", ce qui à mon sens constitue une nouvelle et bien étonnante théorie.

La Couronne elle-même ne semble pas convaincue de l'existence de ce plan préconçu par les constables pour faire usage d'une violence déraisonnable, car elle dit dans son factum:—

The expedition was without any doubt legal in its purpose, etc.

Et le juge dit au jury:—

L'entente est devenue illégale au cours de l'exécution.

Evidemment, le but de cette expédition était légal. On se rendait à St-Lambert pour exécuter le mandat émis contre Guénette et les autres par M. le juge Lætare Roy. Rien dans la preuve ne peut laisser supposer que les constables aient eu des intentions criminelles, qu'ils aient voulu faire autre chose que de mettre à exécution, par des moyens légaux, l'ordre légal du magistrat.

Il reste, comme le juge l'a dit au jury, et comme d'ailleurs la Couronne elle-même l'a prétendu au cours du procès, que l'entente serait devenue illégale au cours de l'expédition. Le complot illégal existerait donc, et son fait constitutif serait que les accusés et leurs compagnons auraient fait feu presque simultanément, pour forcer Guénette à arrêter sa course.

Mais la simultanéité de ces coups de feu est-elle bien la preuve d'une résolution concertée et arrêtée, agréée par tous, de poser un acte illégal?

Je sais bien, et la jurisprudence et les auteurs l'enseignent, que le complot n'a pas besoin toujours de longue préparation, et même qu'en certains cas, il peut être établi par la preuve de certains faits, qui démontrent chez plu-

sieurs l'existence d'une volonté commune d'agir illégalement. Mais la seule résolution concertée, qu'elle soit préalable ou sur-le-champ, n'est pas suffisante; pour qu'il y ait crime, il faut le dessein, l'intention de commettre un acte illégal, qui est une circonstance nécessaire à la criminalité. Sans doute, les trois constables qui poursuivaient Guénette se sont entendus, tacitement ou autrement, pour tirer des coups de feu dans l'air ou sur le sol, afin d'inspirer au fugitif une crainte salutaire, qui peut-être le pousserait à se livrer aux officiers de justice, et cette entente demeure jusqu'ici dans les cadres de la stricte légalité. Rien en effet ne défend à des constables, autorisés à porter des armes, de s'en servir pour les fins que je viens de mentionner.

1945
 SAVARD AND
 LIZOTTE
 v.
 THE KING
 —
 Taschereau J.

Dans le cas présent, six coups ont été tirés en l'air, et deux dans la direction du sol. Qu'au cours de la poursuite d'un but légal, qui était l'arrestation de Guénette, une balle égarée ou non, provenant de l'arme de l'un des poursuivants, frappe la victime, n'indique pas qu'il y ait unité de but entre tous les policiers pour commettre un acte illégal, et qu'il s'ensuive que, par l'opération de l'article 69, paragraphe 2, tous soient tenus responsables de l'imprudence criminelle de l'un, si imprudence criminelle il y a véritablement. Cet acte isolé ne peut certes pas démontrer un concert de volontés confondues en une volonté unique et commune, de commettre un acte illégal et qui marquerait les actes de tous du sceau de la criminalité. Tout au plus indique-t-il l'agissement d'une seule personne qui, sans doute, peut être le résultat d'une négligence ou d'une imprudence criminelle, si on y rencontre les éléments voulus, ou encore le simple résultat d'un accident qui n'entraînerait aucune responsabilité.

On sait que le complot criminel est un crime par lui-même, qu'il est complet, et par conséquent punissable, sans qu'il soit nécessaire de prouver un commencement d'exécution. Le législateur a considéré la résolution arrêtée de plusieurs personnes de commettre un crime, sans même que le crime ne soit commis, comme une menace envers la société, qui justifie cette dernière représentée par l'Etat de se placer en légitime défense et d'exercer une action répressive. Si Guénette n'eut pas été frappé, il est certain

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Taschereau J.

que personne n'eût songé alors à voir dans les actes des constables qui tiraient en l'air, pour procéder à cette arrestation, les éléments du complot. Et cependant, d'après la théorie de la Couronne, ces constables eussent été des criminels qui, sans réaliser la fin poursuivie, étaient tout de même tous des conspirateurs qui avaient dans l'esprit des intentions perverses.

Or, c'est parce qu'on a dit au jury qu'il y avait complot et que l'article 69 (2) s'appliquait; c'est parce qu'on lui a enseigné que l'acte isolé de l'un entraînait la responsabilité de l'autre; et c'est parce qu'instruit qu'il n'avait pas à se demander qui avait tiré la balle qui a causé la mort de Guénette, que le jury a rendu un verdict que la loi du pays n'autorise pas. C'est cette directive erronée, qui a nécessairement influencé le jury et qui viole totalement la conclusion à laquelle il est arrivé. Je suis clairement d'opinion, comme d'ailleurs MM. les juges Francœur et McDougall le disent dans leurs notes dissidentes, qu'il n'y a aucune preuve qui puisse justifier l'existence d'un semblable complot criminel, et par conséquent, l'application de l'article 69 (2). Entaché d'illégalité, ce verdict doit être cassé.

Mais la Couronne soutient que, même si le verdict est illégal, cette Cour ne peut pas accorder plus que les juges dissidents de la Cour du Banc du Roi n'ont accordé, soit un nouveau procès. Je ne puis admettre cette prétention, que je crois erronée en droit. La juridiction de cette Cour est limitée évidemment aux questions de droit sur lesquelles il y a eu dissidence en Cour du Banc du Roi. L'une de ces dissidences était qu'on avait donné à l'article 69 (2) du Code Criminel une interprétation erronée, et avec cette dissidence, je suis d'accord.

Mais il est du devoir de cette Cour, lorsqu'elle croit une dissidence bien fondée, de procéder à rendre le jugement qui aurait dû être prononcé, et, pour atteindre ce but, elle tient ses pouvoirs de l'article 1024 du Code Criminel, qui dit:—

1024. La Cour Suprême du Canada établit à cet égard la règle ou rend l'ordonnance qui lui semble juste, soit aux fins de confirmer le jugement de culpabilité ou d'accorder un nouveau procès, soit autrement, soit aux fins d'accueillir ou de refuser cette demande, et établit toutes autres règles et décerne toutes autres ordonnances nécessaires pour mettre cette règle ou ordonnance à effet.

La question de droit qui donne juridiction à cette Cour, qui en réalité la saisit du litige, est formulée par la Cour du Banc du Roi, mais le remède qui doit être apporté, quand elle est jugée fondée, est du ressort de cette Cour, qui peut et doit alors rendre l'ordonnance que requiert la justice. (*Manchuk v. The King* (1)).

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Taschereau J.

Mais si cette Cour a ce pouvoir d'accorder un remède différent de celui que les juges dissidents de la Cour du Banc du Roi ont cru juste d'appliquer, doit-elle exercer ce droit, ou ordonner qu'il y ait un nouveau procès? Je pense bien qu'il y aurait lieu à un nouveau procès, si la Couronne, ayant soumis la cause qu'elle a présentée au jury, avait demandé subsidiairement de déterminer la culpabilité de l'un des accusés, au cas où l'article 69 (2) ne s'appliquerait pas, et si le juge, refusant de donner cette dernière instruction, avait avisé le jury que seul 69 (2) trouvait son application. Alors, évidemment, dans le cas d'un acquittement, la Couronne, n'ayant pas obtenu la justice qu'elle demandait, aurait pu invoquer ce grief et obtenir un nouveau procès.

Mais, dans le cas qui nous occupe, c'est l'inverse qui se présente. La Couronne a soumis que l'article 69 (2) s'appliquait. C'est le fondement même de sa prétention; toute sa cause repose sur cette théorie, et c'est ainsi qu'elle a voulu que les accusés fussent jugés. Alors qu'elle est intimée devant cette Cour et qu'il est établi que sa première tentative d'obtenir une condamnation doit nécessairement faillir, elle demande la permission de recommencer le procès, en soumettant les mêmes faits ou des faits additionnels. Ceci ne peut pas être accordé.

Les appelants ont été en péril déjà, au cours de ce premier procès. Ils ont été jugés devant une cour compétente par douze de leurs pairs; ils ont répondu à une accusation légalement portée, à laquelle ils ont plaidé, et le procès s'est instruit suivant les soumissions légales de la Couronne que le tribunal a acceptées.

Il est un principe de droit criminel, qui date de temps immémoriaux, qu'un accusé ne peut pas être "in jeopardy" deux fois. Cette doctrine est aujourd'hui universellement reconnue et sanctionnée par les tribunaux. Même si personnellement j'entretenais des doutes sur cette question, je serais lié par une décision de cette Cour, rendue il y a

(1) [1938] S.C.R. 341.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Taschereau J.

quelques années. En effet, dans la cause de *Wexler v. The King* (1) où la Cour du Banc du Roi de la province de Québec avait ordonné un nouveau procès, cette Cour a prononcé l'acquittement, et le principe posé dans cette cause-là doit nous guider dans la détermination de celle-ci.

Comme le disait alors Sir Lyman Duff, juge en chef:—

To set aside a verdict of acquittal in such circumstances, merely because the case for the Crown might, on a possible view of the evidence, have been put upon another footing would, it appears to me, introduce a most dangerous practice; a practice not, I think, sanctioned by the statute.

Et M. le juge Kerwin s'exprimait ainsi:—

The real point for determination is whether, after an accused person has been tried on a charge of murder and acquitted, the Crown is entitled to an order for a new trial in order to present an entirely new case against him.

An appeal is given the Crown by the 1930 amendment to section 1013 of the Code "on any ground of appeal which involves a question of law alone." Assuming, without deciding, that the pertinent question here is one of law, the Crown's contention is not entitled to prevail.

Je crois donc, pour les raisons ci-dessus, que l'appel doit être maintenu et que les accusés doivent être libérés. Etant donné cette conclusion à laquelle j'arrive, il est inutile de discuter les autres moyens d'appel qui ont été soulevés.

RAND J.—The case against the accused, advisedly and exclusively presented by the Crown to the jury, was this: the use of arms by way of shooting in the air or the ground was in the circumstances an unnecessary use of force and hence illegal; from its commencement, it constituted an unlawful common purpose affecting all those taking part in it; and each officer became, under ss. 2 of sec. 69 of the Criminal Code, responsible for the consequences of that use of arms by the others. This dispensed with the consideration by the jury of the question whose shot brought the deceased down.

The following excerpts from the address of Crown counsel summarize the position taken:

Admettons, pour le bénéfice de la discussion et sans rien retirer de ce que j'ai dit jusqu'à présent, que, jusqu'à la fuite de Guénette, tout est parfait, tout est légal. Guénette saute, ils partent à courir après, c'est ce qu'ils doivent faire; ils sont mal organisés; parce qu'ils sont mal organisés, ils vont être obligés de sauter des barrières, ça ne fait rien, c'est leur faute, ils sont mal organisés; à un moment donné, ils se mettent à tirer.

De ce moment, Votre Seigneurie, tous ensemble et d'un commun accord, Lizotte et Savard ont ensemble décidé, dans la poursuite du but commun, d'employer des moyens illégaux. De ce moment-là il y a entre eux une entente qui est devenue une entente illégale.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Rand J.

* * *

C'est que cette loi a été faite précisément pour prévoir de ces cas comme celui qui nous occupe actuellement, lorsqu'une, deux, trois ou quatre personnes, ensemble, commettent ensemble, dans un même but, des actes illégaux; ils sont tous ensemble responsables des conséquences, et c'est pour ça qu'il importe peu de savoir si c'est la balle de Lizotte ou de Savard qui a tué.

The trial judge adopting the same view instructed the jury that ss. 2 applied and that the only question was accident or not, in the following language:

L'article 69, paragraphe 2, s'applique. Je l'affirme et j'y reviendrai plus tard.

* * *

Comme il ne s'agissait que d'une question de droit qui n'intéressait pas le jury, parce que je déciderais le contraire de la prétention de Me Gendron, que je voulais simplement discuter ses arguments, une traduction eut été inutile et n'eut servi qu'à créer de la confusion.

Je n'ai pas traduit plus loin pour le jury que les citations qui appuyaient mon opinion. Il est clair que la Couronne doit faire sa preuve. C'est une question de faits pour le jury de dire si elle l'a fait ou non. S'il s'agissait d'un accident ou non.

* * *

Devez-vous trouver une différence de responsabilité entre l'accusé Savard et l'accusé Lizotte, si vous en venez au verdict de culpabilité?

* * *

Me Gendron soutient que cet article ne s'applique pas. Malheureusement, je ne puis partager son opinion. Le paragraphe 2 s'applique. L'illégalité commence au moment où ils, les accusés et le constable Massicotte, se mirent ensemble à tirer dans la poursuite de leur but commun, contrairement à la loi, si vous jugez qu'ils abusèrent de la violence.

It is desirable for the moment to consider the circumstances in relation to sec. 69, which is enacted in these words:

69. Accessories, principals, etc.—Every one is a party to and guilty of an offence who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits an act for the purpose of aiding any person to commit the offence;
- (c) abets any person in commission of the offence; or
- (d) counsels or procures any person to commit the offence.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Rand J.

2. Common intention by several persons.—If several persons form a common intention to prosecute any unlawful purpose, and to assist each other therein, each of them is a party to every offence committed by any one of them in the prosecution of such common purpose, the commission of which offence was, or ought to have been known to be a probable consequence of the prosecution of such common purpose.

Two conditions are seen to be essential to bring the common purpose charged within ss. 2: that it was unlawful and that the shooting of the deceased ought to have been known to be a probable consequence of it. It was of course open to the Crown, under the first subsection, to seek at the same time to hold individually responsible the officer whose shot actually struck the deceased; but that course, as I have intimated, was deliberately put aside. One reason for this was virtually conceded: the conviction of both accused was sought, but as only one bullet struck the deceased, resort to ss. 2 was necessary. There was also serious doubt of which one of the eight shots fired from three guns, all of the others admittedly into the air or the ground, was fatal; but consistently with the case submitted the trial judge, over the objections of the accused, gave the instruction quoted. It was not suggested that the accused intended to hit the victim, and accident might have arisen from a ricochet or from the officer stumbling on uneven ground at the moment of firing.

I am unable to agree that in the circumstances the use made of arms for such a purpose could be found or held to be unlawful. Failing illegality, it becomes unnecessary to consider whether the accused could be found liable for the death as a probable consequence. The direction that ss. 2 applied was therefore an error that vitiates the conviction and it must be set aside.

On the argument, the actual theory laid before the jury was confused with a purpose, formed when the detachment set out from Quebec, to bring back the deceased if necessary by the use of any force short of taking life, even though in excess of that permitted by section 43, and that this involved the accused in the shot that caused the death. The short answer to this is that there was not a tittle of evidence by which it could have been supported. Even less was there any evidence to justify the view that such a purpose arose at the moment of the firing.

The question now is whether the Crown should be permitted to submit to another jury the alternative view, the individual responsibility of each of the accused, which in the first instance it deliberately refrained from presenting. In that situation we are governed by a judgment of this Court, (*Wexler v. The King* (1)) in which it was laid down that such a proceeding would violate the fundamental right of an accused not to be placed for a second time in jeopardy.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Rand J.

It was urged that it would be contrary to the public interest that such a serious consequence through force, excessive in fact, in making an arrest, should escape punishment. I do not consider whether or not there was evidence on which the jury could have found whose act struck the deceased down. The guilt or innocence of either accused is not relevant to the question with which I am now dealing. What the *Wexler* case (1) declares is the principle that in such circumstances the interest of the accused becomes the paramount public interest; that, however serious the occurrence may have been, and disregarding all question of guilt or innocence, the Crown having failed on an hypothesis which was fairly and unexceptionably to itself tried out, is not on the same set of facts and on a view open to it but rejected on the first trial to be permitted a second opportunity to try to fasten guilt upon an accused. The *Wexler* case (1) was an appeal from an acquittal, but there is no difference in principle between that and a conviction on a basis for which there was no support in law or in fact. And once it is clear that the conviction cannot stand, justice requires the same treatment in the one case as in the other.

I would therefore allow the appeal and quash the convictions.

KELLOCK J.—This is an appeal from the judgment or order of the Court of King's Bench, appeal side, of the province of Quebec, pronounced the 28th day of June, 1945, Francœur and Stuart McDougall JJ. dissenting, which affirmed the conviction of the appellants, upon a charge of manslaughter following the verdict of a jury.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
—
Kellock J.

The dissents as expressed in the formal judgment are as follows:

Messieurs les juges Francœur et Stuart McDougall, dissidents, casseraient le verdict, annuleraient les sentences et ordonneraient un nouveau procès; M. le juge Francœur pour les motifs suivants:

- (a) Admission au cours du procès de preuve illégale;
- (b) Direction erronée en droit sur l'interprétation de l'article 69 du Code Criminel.

Stuart McDougall J., dissenting, being of opinion that the verdict should be quashed and that a new trial should be ordered on the grounds:

- (a) that the accused were deprived of their right to challenge peremptorily the number of jurors allowed by law;
- (b) that the presiding judge committed an error in law in instructing the jury that subsection 2 of section 69 of the Criminal Code applied; and
- (c) that the presiding judge further erred in law in instructing the jury that evidence declared by him to be irrelevant as to the guilt of the accused would be helpful and could be accepted by the jury to indicate an atmosphere or "climat spécial" surrounding the actions of the accused.

The facts in substance are as follows:

The appellants, members of the Royal Canadian Mounted Police, Lizotte being a temporary constable, had, on May 7, 1944, together with another constable by the name of Massicotte and a corporal Dubé, who was in charge, gone to the village of St. Lambert for the purpose of apprehending the deceased, Georges Guénette, wanted on a charge of having conspired with others to assist one Hervé Plante to escape from the custody of a peace officer. A number of unsuccessful attempts, some ten or more it is said, had already been made by the police to effect Guénette's arrest. On the day in question, these constables and others had made an earlier trip to the village and after having searched the premises of Guénette's father unsuccessfully, had set out on the return to their headquarters in the city of Quebec. After proceeding some distance toward Quebec, the four named constables on the orders of Dubé turned about and went back to St. Lambert on the chance that Guénette might have returned to his father's house thinking that the coast was clear. The evidence indicates that Guénette had in fact, at the time of the earlier visit, been sleeping in his father's barn, but had managed to make his escape.

Corporal Dubé stationed Lizotte and Massicotte outside the house, which was situated on the south side of a road known as the Brochu Road, while he himself entered the house followed by Savard. While so engaged, Dubé's attention was attracted by a sound upstairs and he proceeded up the stairs just in time to see Guénette jump from a window on the west side of the house. Savard immediately ran from the house in pursuit of Guénette who ran westerly through a ploughed field behind the house extending for a distance of 255 feet to a fence which separated the Guénette property from the property of Brochu, further to the west. Brochu's land in turn extends some 300 feet to a river.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Kellock J.
—

As Savard pursued Guénette, he says he was losing ground, and as Guénette ignored his calls to stop, he fired four shots in the air from the .45 calibre revolver which he carried. As Guénette still paid no attention, Savard says he lowered his revolver and fired toward a point approximately 6 feet to the left of Guénette with the idea that the latter would not only hear the bullet but see the spurt of the ground where it hit. At this time, he was some 40 or 50 feet approximately in a direct line, parallel with the road, behind Guénette. As Savard fired this fifth shot, Guénette was in the act of jumping the fence into the Brochu field and as he reached the other side, he appeared to bend forward with the left hand resting on the fence and the right hand on the ground. He then straightened himself and ran somewhat more toward the south, but still westerly, for a distance of approximately 78 feet where he stumbled and fell face down. According to the medical evidence, he was then dead or died very shortly thereafter. This evidence by itself might very well indicate that Savard's last bullet had hit Guénette. There is, however, other evidence to be mentioned.

Lizotte had been stationed on the Brochu Road on the north side of the Guénette house, while Massicotte had been instructed by Dubé to post himself in a line with Lizotte on the south side of the house between the house and the barn to the west. Massicotte, however, testified that these instructions had been changed and that Dubé had assigned him to a post on the highway running north

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Kellock J.

and south, east of the Guénette house. This change in instructions is, however, denied by Dubé. Lizotte, from his post on the Brochu Road, on observing Guénette jump from the window, tried to get over the fence separating the Guénette property from the road but was unable to do so. He then ran westerly on the road and fired one shot in the air and a second in a westerly direction down the road toward a point, he says, approximately 30 to 35 feet to the north of Guénette and to the latter's right. After he had fired these two shots, he heard someone behind him say "tire-le" (shoot at him) and then a shot from the same direction. At that moment, Guénette who had just jumped the fence appeared to throw himself backwards. The words "tire-le" were also heard by a Crown witness, Larochelle by name.

Massicotte's evidence is that, from his position on the highway east of the house, he heard Lizotte call to someone and he, Massicotte, thereupon ran after Savard in the field in pursuit of Guénette. However, three other Crown witnesses, namely, Larochelle, Brochu and Guénette Sr. describe having seen two constables running on the Brochu Road and both Dubé and Savard say they did not see Massicotte in the field where Savard was. This evidence of Massicotte was evidently regarded as so unsatisfactory by the Crown that Crown counsel told the jury that Massicotte had not done as he said but had in fact run after Lizotte on the Brochu Road. Larochelle further testified that one of the two constables on the Brochu Road had lowered his arm and fired in Guénette's direction and that the constable who did so was wearing a soldier's cap. Lizotte was in civilian attire and bare-headed while Massicotte was in uniform. There is evidence indicating that Lizotte's last shot and the shot fired by Massicotte were both fired after Savard's fifth shot. The Crown does not and did not at any time suggest that the words "tire-le" were spoken by Lizotte. Accordingly, if the evidence of Larochelle and Lizotte is trustworthy on this point, these words must have been spoken by Massicotte.

When the body was examined by a doctor at the hospital to which it was taken by the constables, Massi-

cotte asked the doctor to insert at the penetration point of the wound a .45 and a .38 calibre bullet. This was done and the doctor then told Massicotte that it was a .38 which had caused the death because that bullet could be introduced more easily into the opening than the .45. Both Massicotte and Savard carried .45's, while Lizotte carried a .38. Before the wound was further examined, the body was placed in the hands of an undertaker, who sewed up the wound. One of the Crown experts, who later examined the body, stated that in his opinion the bullet which caused the death was a .45. The experiment at the hospital by the doctor who first examined Guénette was not communicated to Savard, who was evidently then of the opinion that it was a bullet from his pistol which had caused the death. Savard said, however, that he did not hear the words "tire-le" nor any shot after the fifth shot he fired. He says that, when he heard shots from the Brochu Road, he called out to stop shooting.

The indictment charged that the appellants,

Ensemble et illégalement causé des lésions corporelles qui ont entraîné la mort de Georges Guénette, commettant par là un crime d'homicide involontaire.

It becomes important to observe the course followed by the Crown's advisers and the way in which the case went to the jury. As stated in the factum of the respondents, Crown counsel at the opening of the trial declared expressly that the case fell within the provisions of section 69 (2) of the Criminal Code, and it is common ground that the trial judge so charged the jury on the request of counsel for the Crown so to do. The case did not go to the jury in any sense as within the first subsection of section 69. As put by counsel for the respondent in their factum:

If there was evidence in the case that Lizotte or Savard had been provoked, advised, aided or counselled to commit that offence, it would have been the duty of the judge to quote and explain that first part of section 69. The judge did not think that the evidence in the case justified him to do so. It is hard to say that he then, on this point, made a mistake.

In the factum of the Crown it is also stated that:—

It is established that the two accused not only drew their revolvers and fired, pointing them at the sky, but also aimed at Guénette.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Kellock J.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Kellock J.
—

The Crown also submitted the evidence of the witness Larochelle that a constable wearing a soldier's hat on the Brochu Road had fired at Guénette. As already mentioned, this evidence, if accepted, points to Massicotte. Further, it appears that the bullet which killed Guénette entered the body at the left side of the back in the vicinity of the eleventh rib and passed out at the level of the fourth rib some six inches higher, the direction of the bullet through the body being to some degree from left to right. Guénette in jumping the fence had placed one hand on the top rail and had vaulted over it with his feet toward the Brochu Road. As he reached the ground, his back might well have presented a target to a person firing from the road quite consistent with the location and direction of the wound, while it is not so easy, perhaps, to visualize how such a wound could have been caused by a person in the position of Savard, who is said to have been approximately in a straight line behind him. It is impossible, however, to be dogmatic with regard to this matter, and this is the view taken by St. Jacques J. in the Court of King's Bench.

The uncertainty as to the identity of the person who had fired the fatal shot (only one bullet hit Guénette), and the fact that the Crown did not suggest that Lizotte was the person who had used the words "tire-le" and that in the opinion of counsel for the Crown there was no evidence that Lizotte or Savard had been "provoked, advised, aided or counselled" to commit the offence were no doubt the considerations which dictated the course followed in proceeding under subsection (2). This being the view of the Crown's advisers, that course was not other than proper. The important point is that the decision was made after full consideration of all the facts and followed after all the evidence had been placed before the jury.

Section 69 reads as follows:

- (1) Every one is a party to and guilty of an offence who
 - (a) actually commits it;
 - (b) does or omits an act for the purpose of aiding any person to commit the offence;
 - (c) abets any person in commission of the offence; or
 - (d) counsels or procures any person to commit the offence
- (2) If several persons form a common intention to prosecute any unlawful purpose, and to assist each other therein, each of them is a party to every offence committed by any one of them in the prosecu-

tion of such common purpose, the commission of which offence was, or ought to have been known to be a probable consequence of the prosecution of such common purpose.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE

v.
THE KING
Kellock J.

In the course of his charge, the learned trial judge read subsection 2 to the jury and told them in so many words that it applied. He did not, however, explain the subsection or direct the jury as to how it was to be applied to the facts in evidence according as they might determine them to be. In so doing, he took away from the jury, in my opinion, the question as to whether or not there was in fact any intention such as the subsection requires. This appears more clearly from a reading of the charge, to parts of which I will presently refer.

The theory of the Crown with regard to the application of subsection (2) was that the appellants had formed a common intention to bring about the arrest of Guénette by any means; that such intention involved an unlawful purpose, namely, the use of force beyond the limits permitted by section 43 of the Criminal Code; and that it was immaterial which of them actually fired the fatal shot, as the death of Guénette was or ought to have been known to each of them to have been a probable consequence. I am content, without determining the point, to deal with the case on the footing that the subsection may be so applied.

The learned trial judge, as will appear, charged the jury that there was no illegality in any way attaching to the appellants' conduct that day prior to the moment when the actual firing commenced. The way in which he told them it was open to them to convict from that time on I shall now refer to. Counsel for the Crown who, as already stated, requested the learned trial judge to charge on the basis of subsection (2), did not object to the charge and must be taken to have been satisfied with it.

Coming to the charge itself, I quote:

Je crois, messieurs les jurés, que je vous ai fait un résumé aussi fidèle que possible de la preuve, d'après les nombreuses notes que j'ai prises et la transcription de certains témoignages. Je vous ai exposé le droit suivant ce que je crois les principes du code, son sens littéral, le sens commun et ma façon de lire la loi. C'est le cadre. Vous avez, par les faits, le tableau, l'ambiance, l'atmosphère, le climat en un mot. C'est à vous maintenant de décider si les accusés sont coupables ou non. Je vous

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Kellock J.

le répète: vous êtes maîtres des faits, et si je les avais rapportés erronément, vous n'êtes pas tenus de me suivre. C'est votre opinion, c'est votre conviction seule qui compte.

Les accusés ont-ils, usant de leur discrétion, suivant les ordres reçus, abusé de leur port d'armes, et aux termes de la loi, fait un excès de violence?

Les accusés auraient-ils pu opérer l'arrestation, comme dit le code, par des moyens raisonnables, sans recourir à violence? Les accusés auraient-ils pu arrêter Georges Guénette ce matin-là, en le cernant, en se jetant sur lui, sans recourir aux armes à feu? Ont-ils été négligents, de négligence grossière et ont-ils dépassé les limites de leurs pouvoirs, en se servant de revolvers, qui, sous prétexte de l'avertir, le couchèrent dans un champ et lui enlevèrent la vie? Georges Guénette pouvait-il se sauver bien loin, seul contre quatre gendarmes armés et qui avaient avec eux une automobile? Si vous en venez à cette conclusion, qui est uniquement de votre province, vous devez les trouver coupables, suivant l'accusation portée.

Les accusés ont-ils fait leur devoir, sont-ils restés dans les limites de la loi, n'ont-ils commis aucun excès, est-ce un accident? Si vous en venez à cette conclusion, vous devez les acquitter.

Devez-vous trouver une différence de responsabilité entre l'accusé Savard et l'accusé Lizotte, si vous en venez au verdict de culpabilité?

C'est ici que l'article 69 du Code Pénal, paragraphe 2, a son application:

"Quand plusieurs personnes forment ensemble le projet de faire quelque chose d'illégal et de s'entraider dans ce projet, chacune d'elles est complice de toute infraction commise par l'une d'entre elles dans la poursuite de leur but commun, si elles savaient ou devaient savoir que la commission de cette infraction devait être la conséquence probable de la poursuite de leur but commun."

Me Gendron soutient que cet article ne s'applique pas. Malheureusement, je ne puis partager son opinion. Le paragraphe 2 s'applique. L'illégalité commença au moment où ils, les accusés et le constable Massicotte, se mirent ensemble à tirer dans la poursuite de leur but commun, contrairement à la loi, si vous jugez qu'ils abusèrent de la violence.

L'entente est devenue illégale au cours de l'exécution, toujours si les accusés excédèrent, d'après vous, les moyens raisonnables et causèrent la mort—article 43 C. Cr.

Il me reste à vous dire que le doute est en faveur des accusés. Quand on parle de doute, il faut que ce soit un doute raisonnable qui entraîne la conviction, c'est-à-dire, que si vous n'êtes pas logiquement et raisonnablement sûrs que les accusés soient coupables, votre devoir est de les acquitter.

In the above, the jury are told these four things:

(1) If they thought that the appellants could have effected the arrest by means other than by resorting to their firearms or if they were guilty of gross negligence in resorting to their firearms, they had gone beyond the limits of section 43 Cr. C. and the jury must find them guilty as charged.

(2) If, in the opinion of the jury, the appellants did not exceed the limits of section 43, Cr. C. then the death was an accident and the appellants should be acquitted.

(3) They need not differentiate between Savard and Lizotte in arriving at their verdict under (1) above in view of the provisions of section 69 (2).

(4) The unlawful intention within the meaning of subsection 2 arose when the appellants started to fire, if, in the opinion of the jury, the appellants transgressed the limits of section 43.

Section 43 Cr. C. is as follows:

Every one proceeding lawfully to arrest any person for any cause other than an offence in the last section mentioned is justified, if the person to be arrested takes to flight to avoid arrest, in using such force as may be necessary to prevent his escape by flight, unless such escape can be prevented by reasonable means in a less violent manner, if such force is neither intended nor likely to cause death or grievous bodily harm.

Assuming that the theory of the Crown as previously set out correctly interprets the provisions of section 69 (2) as applied to the case at bar, the question of fact as to the existence or non-existence of a common wrongful intention on the part of the appellants was completely taken away from the jury by the charge. They were told that the guilt of the appellants was dependent merely upon a finding that the appellants had gone beyond that which is authorized by section 43. This, of course, is completely erroneous and sufficient of itself to vitiate the verdict and direct a new trial.

However, in my opinion, that course cannot be followed as it is impossible to find in the record any evidence supporting the existence of a common intention on the part of the appellants to prosecute any unlawful purpose within the meaning of subsection (2) even had the jury been properly charged. The learned trial judge charged the jury, as already mentioned, and I think correctly, that there was no illegality until the instant when the firing commenced. Accepting that, I agree with the learned dissenting judges in the court below that there is nothing from which it can be established that either of the appellants acted other than independently and as a result of the circumstances which came into existence during the attempt to make the arrest after Guénette

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Kellock J.

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING

Kellock J.
—

was sighted. There is no evidence upon which a finding could be made that the appellants formed at that time any common wrongful intention as required by the subsection.

Notwithstanding the position taken by the Crown at the trial, Mr. Rivard now argues that there was evidence showing that the appellants had formed a wrongful intention prior to the time when the firing commenced.

For the purpose of showing that *the whole expedition* was illegal, Mr. Rivard endeavoured to make use of the fact that the constables did not have with them the warrant for Guénette's arrest. The evidence shows that this was due to a mistake on the part of corporal Dubé. Unknown to him, the file at headquarters had been split into two parts, and, when leaving Quebec for St. Lambert, he had picked up what he thought was the complete file, but in fact, the papers he took with him did not include the warrant. However, the learned trial judge told the jury that this fact made no difference so far as the appellants were concerned and specifically instructed the jury that, in considering their verdict, they were to leave the question of the presence or absence of the warrant out of consideration. I think the learned trial judge was right and I do not think, therefore, that any point can be made of this.

Mr. Rivard next called our attention to an incident which occurred when the constables arrived at the village in the early morning for the first time. An automobile was observed by Dubé on the village street and he gave chase. After some trouble, he managed to place his car in its path and to bring it to a stop. Some conversation took place between the occupants of the two cars, and one Baillargeon, the driver of the other automobile, deposed at the trial that one of the constables, he would not say which, in the course of this conversation had said that if Baillargeon had not stopped the constables would have fired. There is some question as to whether this conversation took place in the presence of Savard, but I am content to assume his presence. The learned trial judge charged the jury that legally this conversation had no bearing upon the case, but he told the jury it was a circumstance which might give them what the learned

trial judge called the "atmosphere" or "special climate" of the case. This was, in my opinion, highly improper. The incident was either evidence against the appellants or it was not. There is no middle ground and the charge of the learned judge on this point amounts to a direction that the jury might draw a conclusion unfavourable to the accused from something which was not evidence at all. In my opinion, the learned trial judge was right in holding that the incident was inadmissible as evidence.

1945
 SAVARD AND
 LIZOTTE
 v.
 THE KING
 —
 Kellock J.

Mr. Rivard now seeks to use this incident for the purpose of his present argument, namely, as showing the existence of a common wrongful intention on the part of the appellants prior to the moment of the firing. If in fact such an intention did exist at that time, then it must have been on the part of Dubé and Massicotte and Savard, who were in the police car at the time. Lizotte was not in that car but was in the other car with three other constables in another part of the village. If Lizotte was also a party to this wrongful intention, surely the other constables in the car with him must also have been parties. It is remarkable, therefore, if Mr. Rivard be right, why none of the other constables, and more especially why Dubé and Massicotte, were not charged. It seems apparent that this contention is an afterthought. It was not entertained by counsel for the Crown when the case was placed before the jury.

Apart from this, this incident has no relevancy to the charge upon which the appellants were tried. The argument is that when the remark was made, the constables thought that Guénette might have been in the Baillargeon car, and if they were willing to fire then, it would be some evidence, the weight being for the jury, that they intended to fire later when they did in fact sight Guénette and he did not stop. The incident is not capable of being the foundation for the inference sought to be drawn from it. There is nothing in the remark which would properly permit the inference to be drawn that the firing would be with intent to do other than warn, and the Crown's case would not be advanced.

The third circumstance relied upon by Mr. Rivard in support of his argument was a conversation between one of the constables and a Miss Fontaine, which took place also

1945
SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Kellock J.

at the time of the first visit to the village, while some of the constables were engaged in searching the home of her father. Miss Fontaine said to this constable something to the effect that the constables were tiring themselves that morning. His reply, according to Miss Fontaine, was to the effect that that might be so, but others would soon be tired. This evidence, in my opinion, was also inadmissible. Neither of the appellants were present when the words were spoken. The trial judge permitted this evidence to be given but directed the jury that it did not incriminate the appellants and that they were not responsible for something spoken when they were not present. Following this, however, he told the jury that it was for them to decide whether or not the words were spoken. This was equally objectionable to his treatment of the Baillargeon incident. Even if it were the fact that both appellants were present when the statement was made, the statement, in my opinion, is completely colourless and innocuous, and incapable of being the basis of an inference that there was on the part of the appellants any such intention as is now contended for.

In my opinion, therefore, as already stated, there is no evidence anywhere to support the argument now put forward by Mr. Rivard.

When a conviction is set aside on the ground that there is no evidence to support it, the result ordinarily is that the accused must be acquitted. The Crown contends, however, that there should be a new trial, and, of course, that is what is directed by the dissenting judgments. The argument is that the appellants should now be proceeded against at the proposed new trial under section 69 (1) or, that additional evidence might be forthcoming which would make section 69 (2) applicable. Such an order, however, cannot be made. Section 1024 provides:

(1) The Supreme Court of Canada shall make such rule or order thereon, either in affirmance of the conviction or for granting a new trial, or otherwise, or for granting or refusing such application, as the justice of the case requires, and shall make all other necessary rules and orders for carrying such rule or order into effect.

(2) Unless such appeal is brought on for hearing by the appellant at the session of the Supreme Court of Canada during which such affirmance takes place, or the session next thereafter if the said court is not then in session, the appeal shall be held to have been abandoned, unless otherwise ordered by the Supreme Court of Canada or a judge thereof.

(3) The judgment of the Supreme Court of Canada shall, in all cases, be final and conclusive.

(4) Notwithstanding any royal prerogative, or anything contained in the Interpretation Act or in the Supreme Court Act, no appeal shall be brought in any criminal case from any judgment or order of any court in Canada to any court of appeal or authority, by which in the United Kingdom appeals or petitions to His Majesty in Council may be heard.

1945

SAVARD AND
LIZOTTE
v.
THE KING
Kellock J.

While the existence of a dissent on a question of law, as provided by section 1023, is a condition precedent for an appeal to this Court, in a case like the present, this Court, once seized of the appeal is not limited to the remedy considered appropriate in the dissent, but has complete jurisdiction to direct the remedy which, in its opinion, the Court appealed from ought to have granted. In *Manchuk v. The King* (1), Duff C.J.C. said:

We have concluded after full consideration that by force of section 1024 coupled with the enactments of the *Supreme Court Act* this Court has authority not only to order a new trial or to quash the conviction and direct the discharge of the prisoner. * * *

Having this jurisdiction then, what is the duty of the Court in the circumstances here present? In my opinion it would not be proper to direct a new trial. Even had the jury been properly instructed under section 69 (2), there is no evidence, as I have pointed out, upon which the appellants could properly have been convicted. The case was deliberately proceeded with upon a theory of guilt under a certain provision of the Criminal Code which now turns out to be one which the evidence entirely fails to justify. Merely because it is suggested that upon some other possible view of the evidence some other provision of the Code might apply (which the Crown deliberately determined at the trial did not apply), or because the Crown might be able to adduce further evidence are not circumstances which would make it proper to do otherwise than to acquit. I think the principle of the decision in *Wexler v. The King* (2) prevents our making such an order as the Crown now asks for. I would therefore allow the appeal and quash the convictions. It is not necessary in the circumstances that I deal with any of the other grounds of dissent.

Appeal allowed, convictions quashed and appellants discharged.

(1) [1938] S.C.R. 341, at 349.

(2) [1939] S.C.R. 350.