

Nelson M. Skalbania *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SKALBANIA

File No.: 25539.

1997: November 6.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appeals — Questions of law — Appeal raising issue of what mens rea suffices to establish guilt for offence of misappropriation of money held under direction — Court of Appeal having jurisdiction to entertain appeal since issue raised was a question of law not of fact.

Criminal law — Theft — Misappropriation of money held under direction — Mens rea — Intentional misappropriation, without mistake, sufficing to establish mens rea of offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 332(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Appeal from acquittal — Criminal Code permitting court of appeal to substitute guilty verdict for acquittal on trial by judge sitting alone but not on trial by judge and jury — Criminal Code provision not violating s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

Criminal law — Sentencing — New judge sentencing accused because trial judge had retired before Court of Appeal's decision substituting conviction for accused's

Nelson M. Skalbania *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. SKALBANIA

N^o du greffe: 25539.

1997: 6 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Appels — Questions de droit — Appel soulevant la question de savoir quelle mens rea suffit pour établir la culpabilité quant à l'infraction de détournement de fonds détenus en vertu d'instructions — Cour d'appel ayant compétence pour entendre l'appel vu que la question soulevée était une question de droit et non de fait.

Droit criminel — Vol — Détournement de fonds détenus en vertu d'instructions — Mens rea — Détournement intentionnel, et non par erreur, suffisant pour établir la mens rea requise pour commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 332(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Appel contre un acquittement — Code criminel permettant à une cour d'appel de substituer un verdict de culpabilité à l'acquittement prononcé à la suite d'un procès devant un juge seul, mais non à la suite d'un procès devant un juge et un jury — Disposition du Code criminel ne violant pas l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4)(b)(ii).

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine de l'accusé déterminée par un nouveau juge vu que le juge du procès avait pris sa retraite avant l'arrêt de la

acquittal — No merit to accused's submission that he was entitled to be sentenced by judge who presided at trial.

Cases Cited

Referred to: *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201; *R. v. Williams*, [1953] 1 Q.B. 660.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 332(1), 669.2 [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 137; am. 1994, c. 44, s. 65], 686(4)(b)(ii) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 145].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 80 B.C.A.C. 56, 130 W.A.C. 56, 109 C.C.C. (3d) 515, 1 C.R. (5th) 286, [1996] B.C.J. No. 1906 (QL), setting aside the accused's acquittal on a charge of theft and substituting a conviction. Appeal dismissed.

Leonard T. Doust, Q.C., and *Peter Leask, Q.C.*, for the appellant.

Teresa R. Mitchell-Banks, for the respondent.

Robert Frater and Chantal Proulx, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ MCLACHLIN J. — We would all dismiss the appeal.

Cour d'appel substituant une déclaration de culpabilité à l'acquittal de l'accusé — Argument de l'accusé selon lequel il avait droit à la détermination de sa peine par le juge qui a présidé le procès — Argument non fondé.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201; *R. c. Williams*, [1953] 1 Q.B. 660.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 332(1), 669.2 [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 137; mod. 1994, ch. 44, art. 65], 686(4)(b)(ii) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 80 B.C.A.C. 56, 130 W.A.C. 56, 109 C.C.C. (3d) 515, 1 C.R. (5th) 286, [1996] B.C.J. No. 1906 (QL), qui a annulé l'acquittal de l'accusé relativement à une accusation de vol, et substitué une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Leonard T. Doust, c.r., et *Peter Leask, c.r.*, pour l'appellant.

Teresa R. Mitchell-Banks, pour l'intimée.

Robert Frater et Chantal Proulx, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MCLACHLIN — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel.

The appellant raises four issues.

L'appelant a soulevé quatre questions.

The first issue is whether the Court of Appeal had jurisdiction to entertain this appeal. The appellant argues that the trial judge's conclusion that he lacked the intention (or *mens rea*) required for the offence is a finding of fact. Since appeals lie only on questions of law, it follows, he argues, that there can be no appeal from his acquittal by the trial judge.

La première question est de savoir si la Cour d'appel avait compétence pour entendre l'appel en l'espèce. L'appelant fait valoir que la conclusion du juge du procès selon laquelle il n'avait pas l'intention (ou *mens rea*) requise pour commettre l'infraction est une conclusion de fait. Vu que les appels ne peuvent porter que sur une question de droit, il s'ensuit, selon lui, que son acquittement par le juge du procès ne peut pas faire l'objet d'un appel.

This argument fails on the ground that the issue raised in the Court of Appeal (and this Court) was not a question of fact, but an issue of law: namely what mental state or *mens rea* suffices to establish guilt under s. 332(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The issue is whether the trial judge erred in law in holding that to convict there must be "an intent to steal", and consequently in acquitting the appellant.

Cet argument échoue pour le motif que la question soulevée en Cour d'appel (et devant notre Cour) était non pas une question de fait, mais une question de droit: il s'agissait de savoir quel élément moral ou *mens rea* suffit pour établir la culpabilité en vertu du par. 332(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La question est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en statuant que, pour prononcer une déclaration de culpabilité, il doit y avoir [TRADUCTION] «une intention de voler», et par conséquent, en acquittant l'appelant.

It follows that the Court of Appeal had jurisdiction to hear the appeal.

Il s'ensuit que la Cour d'appel avait compétence pour entendre l'appel.

The second issue concerns the *mens rea* required for conviction under s. 332(1). We agree with Rowles J.A. in the British Columbia Court of Appeal that an intentional misappropriation, without mistake, suffices to establish *mens rea* under s. 332(1): see *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201; *R. v. Williams*, [1953] 1 Q.B. 660 (C.A.). The word "fraudulently", as used in this section, connotes no more than this. The dishonesty inherent in the offence lies in the intentional and unmistakable application of funds to an improper purpose.

La deuxième question concerne la *mens rea* requise pour prononcer une déclaration de culpabilité en vertu du par. 332(1). Nous sommes d'accord avec le juge Rowles de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire qu'un détournement intentionnel, et non par erreur, est suffisant pour établir la *mens rea* requise en vertu du par. 332(1): voir *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201; *R. c. Williams*, [1953] 1 Q.B. 660 (C.A.). Le mot «frauduleusement» utilisé dans ce paragraphe ne connote rien de plus. La malhonnêteté inhérente à l'infraction réside dans l'affectation intentionnelle, et non par erreur, de fonds à une fin irrégulière.

We also agree with Rowles J.A. that the findings of fact of the trial judge establish both the *actus reus* and *mens rea* of the offence. The *actus reus* is

Nous sommes également d'accord avec le juge Rowles pour dire que les conclusions de fait du juge du procès établissent l'existence à la fois de

not in issue. On *mens rea*, the trial judge concluded:

I find that Mr. Skalbania was at all material times the controlling mind of Prime Realty Limited, to whom Mr. Gooch's cheque was paid. I find that Mr. Skalbania through Prime Realty applied Gooch's money for a purpose other than that directed by Mr. Gooch.

In short, the trial judge found: that the appellant knew that the money belonged to Mr. Gooch; that the appellant knew the purpose to which the money was supposed to be applied; and that the appellant knowingly, without mistake, applied the money to different purposes.

8 It follows that the Court of Appeal did not err in concluding that the elements required for conviction were established.

9 The third issue is whether s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code*, which permits a court of appeal to substitute a guilty verdict for an acquittal on a trial by a judge sitting alone, but not on a trial by a judge and jury, is unconstitutional.

10 The appellant argues that s. 686(4)(b)(ii) violates the s. 7 *Charter* right not to be deprived of one's liberty except in accordance with the principles of fundamental justice for two related reasons: (1) that permitting the substitution of a conviction in cases where the trial was by judge alone but not where it was by judge and jury is arbitrary; and (2) that this is contrary to the alleged principle of fundamental justice that criminal proceedings must be consistent.

l'actus reus et de la *mens rea* de l'infraction. L'*actus reus* n'est pas en cause. Quant à la *mens rea*, le juge du procès a conclu ceci:

[TRADUCTION] Je conclus que M. Skalbania était, à toute époque pertinente, l'âme dirigeante de Prime Realty Limited, à qui le chèque de M. Gooch a été versé. Je conclus que M. Skalbania a, par l'intermédiaire de Prime Realty, affecté l'argent de Gooch à une autre fin que celle prescrite par ce dernier.

Bref, le juge du procès a conclu que l'appellant savait que l'argent appartenait à M. Gooch, que l'appellant savait à quelle fin l'argent était censé être affecté, et que l'appellant a sciemment, et non par erreur, affecté cet argent à d'autres fins.

Il s'ensuit que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en statuant que l'existence des éléments nécessaires pour prononcer une déclaration de culpabilité avait été établie.

La troisième question soulevée a trait à la constitutionnalité du sous-al. 686(4)(b)(ii) du *Code criminel*, qui permet à une cour d'appel de substituer un verdict de culpabilité à l'acquiescement prononcé à la suite d'un procès devant un juge seul, mais non à la suite d'un procès devant un juge et un jury.

L'appellant soutient que le sous-al. 686(4)(b)(ii) viole le droit, garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de n'être privé de liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, et ce, pour deux raisons connexes: (1) parce qu'il est arbitraire de permettre la substitution d'un verdict de culpabilité dans les cas où le procès s'est déroulé devant un juge seul, mais non dans ceux où il s'est déroulé devant un juge et un jury, et (2), parce que cela est contraire au principe de justice fondamentale qui prescrirait la cohérence des procédures criminelles.

11 In our view, the impugned distinction is neither arbitrary nor inconsistent and does not trammel the s. 7 guarantee of fair process.

There is a distinction between trial by judge alone and trial by judge and jury that justifies the different procedures. Judges sitting alone give reasons that can be examined for findings of fact and errors of law. Juries, by contrast, do not give reasons. It cannot, therefore, be known if the jury has made the findings of fact necessary to support a conviction. For this reason, the Court of Appeal cannot substitute a conviction for the acquittal and a new trial must be held.

We conclude that s. 686(4)(b)(ii) does not violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The final issue raised by the appellant is whether he was entitled to be sentenced by the judge who presided at trial. Since that judge had retired at the time of the Court of Appeal's decision, sentence was passed by a new judge.

In our view, there is no merit in this submission. Section 686(4)(b)(ii) provides that the case be remitted to the "trial court", not the "trial judge". Section 669.2 confirms this. The constitutionality of these provisions in relation to whether a particular judge can pass sentence was not challenged. Any other system would be unworkable. We note, without prejudice to any outstanding proceedings in relation to sentence, that transcripts of the trial were available and the hearing occupied three days.

In conclusion, we are unable to accept any of the grounds of appeal advanced by the appellant. We would dismiss the appeal, affirm the conviction,

À notre avis, la distinction contestée n'est ni arbitraire ni incohérente et n'entrave pas la garantie d'équité procédurale prévue à l'art. 7.

12 Il y a, entre le procès devant un juge seul et le procès devant un juge et un jury, une différence qui justifie les différentes procédures. Les juges siégeant seuls exposent des motifs que l'on peut examiner pour trouver des conclusions de fait ou des erreurs de droit. Par contre, les jurys n'exposent aucun motif. Il est donc impossible de savoir si le jury a tiré les conclusions de fait nécessaires pour justifier une déclaration de culpabilité. Pour cette raison, la Cour d'appel ne saurait substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement et un nouveau procès doit être tenu.

13 Nous concluons que le sous-al. 686(4)(b)(ii) ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

14 La dernière question soulevée par l'appellant est de savoir s'il avait droit à la détermination de sa peine par le juge qui a présidé le procès. Vu que ce juge avait pris sa retraite à l'époque de l'arrêt de la Cour d'appel, la peine a été imposée par un nouveau juge.

15 Selon nous, cet argument n'est pas fondé. Le sous-alinéa 686(4)(b)(ii) prévoit que l'affaire doit être renvoyée au «tribunal de première instance» et non pas au «juge de première instance». L'article 669.2 le confirme. La constitutionnalité de ces dispositions n'a pas été contestée relativement à la question de savoir si un juge en particulier peut imposer une peine. Tout autre système serait impossible à appliquer. Nous soulignons, sans préjudice de toutes procédures en cours en matière de peine, que la transcription du procès était disponible et que l'audience a duré trois jours.

16 En conclusion, il nous est impossible d'accepter l'un ou l'autre moyen d'appel avancé par l'appellant. Nous sommes d'avis de rejeter l'appel, de

and answer the first constitutional question* in the negative.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Leask, Daniells, Bahen, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Jack Watson, Edmonton.

confirmer la déclaration de culpabilité et de répondre par la négative à la première question constitutionnelle*.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Leask, Daniells, Bahen, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Jack Watson, Edmonton.

* EDITOR'S NOTE

The constitutional questions read as follows:

1. Is s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in arbitrarily providing that:
 - where a verdict is that of a judge and jury, a Court of Appeal cannot substitute a conviction for an acquittal; but
 - where a verdict is that of a court composed of a judge alone, the Court of Appeal can substitute a conviction for an acquittal?
2. If the answer to Question 1 is "yes", is the infringement demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

*NOTE DE L'ARRÉTISTE

Voici le texte des questions constitutionnelles:

1. Est-ce que le sous-al. 686(4)b)(ii) du *Code criminel* du Canada est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'il prévoit arbitrairement:
 - que, dans le cas d'un verdict rendu par un juge et un jury, la cour d'appel ne peut pas remplacer un acquittement par une déclaration de culpabilité;
 - mais que, dans le cas d'un verdict rendu par un juge seul, la cour d'appel peut remplacer un acquittement par une déclaration de culpabilité?
2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce qu'il s'agit d'une limitation raisonnable et justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?