

Lonnie William Powell *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: February 2; 1976: April 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law—Evidence—Oral statement by accused to police officer—Failure to hold voir dire—Error on part of trial judge in admitting evidence with respect to oral statement—Miscarriage of justice.

Appellant was charged with two counts arising out of the same incident, one of indecent assault and one of assault causing bodily harm. At his trial by a judge without a jury the central question was that of identity.

The complainant was attacked in a parking lot and shortly thereafter a man was seen standing over her with his hand up as if to strike her. After shouting at the man, the complainant's common-law husband pursued him to a parking lot in the next block. He there lost sight of him but subsequently saw a man he was sure was the same man, near a truck. This man, later identified as appellant, was removed with some difficulty to a building in front of the parking lot and police were summoned.

Two police constables arrived and they spoke first to the complainant. During this conversation she pointed to appellant who was seated in plain view some 15 feet away, and stated that he was her attacker. As a result, the constables took appellant into the street and there charged and cautioned him and challenged him with the information they had received from the complainant. Appellant denied being in the area and denied being with any woman. At this point he was placed in the cruiser car and one of the constables sat with him while the other constable attended to other duties.

While in the cruiser car, the constable again asked appellant about his connection with the incident. Appellant then said he had been helping the woman. However, after being removed to the Public Safety Building,

Lonnie William Powell *Appellant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1976: le 2 février; 1976: le 1^{er} avril.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel—Preuve—Déclaration verbale de l'accusé à l'agent de police—Omission de tenir un «voir dire»—Le juge de première instance a commis une erreur en admettant en preuve la déclaration—Erreur judiciaire.

L'appellant a été inculpé pour deux infractions relatives au même incident, savoir un attentat à la pudeur et des voies de fait causant des lésions corporelles. A son procès, sans jury, la question principale concernait l'identité.

La plaignante fut attaquée dans un terrain de stationnement et l'on vit, peu après, un homme debout près d'elle et qui levait la main comme pour la frapper. Après avoir interpellé l'appellant en criant, le mari de droit commun de la plaignante le poursuivit jusqu'à un terrain de stationnement situé dans un bloc voisin. A cet endroit, il le perdit de vue mais, peu après, il aperçut près d'un camion un homme qui, il en était sûr, était bien celui qu'il pourchassait. Cet homme identifié plus tard comme l'appellant, fut ramené avec quelques difficultés jusqu'à un édifice donnant sur le terrain de stationnement et on appela la police.

Deux agents de police se présentèrent et parlèrent tout d'abord à la plaignante. Durant cette conversation, elle montra du doigt l'appellant, assis à la vue de tous environ 15 pieds plus loin, et elle déclara qu'il était bien son assaillant. En conséquence, les agents amenèrent l'appellant dans la rue où ils l'inculpèrent, le mirent en garde et l'informèrent de la dénonciation faite par la plaignante. L'appellant nia s'être trouvé dans le voisinage et avoir été en compagnie de cette femme. On le fit alors monter dans la voiture de police et l'un des agents s'assit près de lui pendant que l'autre agent prenait certaines dispositions.

Dans la voiture de police, l'agent de police questionna encore l'appellant sur son rôle dans l'incident. L'appellant dit alors qu'il avait aidé la femme. Cependant, à l'édifice de la sécurité publique où on l'avait conduit, l'appellant

where he was questioned by detectives, the appellant twice repeated having no knowledge of the occurrence.

As part of its case, the Crown offered the evidence of the oral statement made by the accused to the police officer while they were both seated alone in the cruiser. The statement was admitted without a *voir dire*. The accused was found guilty at trial under both counts and his appeal to the Court of Appeal was unsuccessful. With leave, the appellant then appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed, the conviction quashed and a new trial ordered.

The proposition could not be accepted that if a trial judge directs himself to the question of the voluntariness of a statement and is satisfied on the whole of the evidence of the guilt of the accused, there is no need for a *voir dire*. Nor could it be accepted that, in the case at bar, the accused "volunteered the statement". The onus at all times remains with the prosecution to establish that any statement by an accused offered in evidence against him is voluntary in the fullest sense of the word, and that onus was not discharged here.

The further submission that the evidence as to the oral statement having been received without any objection by counsel for the accused, this silence amounted to an admission that the statement was voluntary, was not well founded. While it might be accepted in a proper case that counsel for an accused may well waive the holding of a *voir dire*, there is a considerable difference between an expressed waiver surrounded by all the precautions indicating that the question has been examined in depth and mere silence on counsel's part. The heavy onus resting on the Crown certainly cannot be displaced in such an informal fashion.

On the question of miscarriage of justice, the statement that the accused was at the scene, albeit only to help the complainant, was of major importance. The admission of the statement without a *voir dire* was a fundamental error which may have affected the outcome of the trial, and, accordingly, contrary to the opinion of the Court of Appeal, the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* had no application.

Sankey v. The King, [1927] S.C.R. 436; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781; *R. v. Gauthier* (1975), 27 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Spencer* (1973), 16 C.C.C. (2d) 29; *R. v. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400; *R. v. Rushton* (1974), 20 C.C.C. (2d) 297; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, referred to.

fut interrogé par des détectives et répéta à deux reprises qu'il ignorait tout de l'incident.

A l'appui de l'accusation, le ministère public a produit en preuve la déclaration verbale qu'avait faite l'accusé à l'agent de police, pendant qu'ils étaient seuls dans la voiture de police. La déclaration a été admise sans «voir-dire». Au procès, l'accusé a été déclaré coupable sous les deux chefs d'accusation et la Cour d'appel l'a débouté de son appel. Sur autorisation, l'appelant se pourvoit devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité annulée et un nouveau procès ordonné.

La proposition selon laquelle un «voir-dire» n'est pas nécessaire si un juge de première instance prend en considération le caractère volontaire d'une déclaration et si, d'après l'ensemble de la preuve, il est convaincu de la culpabilité de l'accusé, est inacceptable. Il en est de même pour l'argument selon lequel en l'espèce, l'accusé «a fait la déclaration de plein gré». Il incombe en tout temps à la poursuite de prouver que la déclaration d'un accusé, produite en preuve contre lui, a été faite de plein gré, dans toute l'acception du terme et, en l'espèce, la poursuite n'a pas établi ce fait.

Est tout aussi mal fondée la prétention selon laquelle, si la déclaration verbale a été admise en preuve sans que l'avocat de l'accusé y fasse aucune objection, ce silence équivaut à admettre que la déclaration était volontaire. On peut admettre, dans un cas donné, que l'avocat d'un accusé peut renoncer à la tenue d'un «voir-dire», mais il existe une différence considérable entre une renonciation explicite, accompagnée de toutes les précautions indiquant que la question a été examinée à fond, et le simple silence de l'avocat. La Couronne ne peut certes pas s'acquitter de façon aussi irrégulière de sa lourde obligation.

En ce qui concerne la question de l'erreur judiciaire, la déclaration selon laquelle l'accusé était sur les lieux, même s'il ne faisait qu'aider la plaignante, est d'une extrême importance. L'admission de la déclaration sans «voir-dire» était une erreur fondamentale qui peut avoir influé sur l'issue du procès de sorte que, contrairement à l'opinion de la Cour d'appel, les dispositions de l'al. 613 (1) b) (iii) du *Code criminel* ne s'appliquent pas.

Arrêts mentionnés: *Sankey c. Le Roi*, [1927] R.C.S. 436; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781; *R. v. Gauthier* (1975), 27 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Spencer* (1973), 16 C.C.C. (2d) 29; *R. v. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400; *R. v. Rushton* (1974), 20 C.C.C. (2d) 297; *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, dismissing an appeal by the accused from his conviction on charges of indecent assault and assault causing bodily harm. Appeal allowed.

G. G. Brodsky, for the appellant.

J. G. Dangerfield, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Appellant was charged with two counts arising out of the same incident, one of indecent assault and one of assault causing bodily harm. Tried by a judge without a jury, he was found guilty under both counts and sentenced to five years imprisonment. His appeal to the Court of Appeal for Manitoba was unsuccessful. By order of this Court, he was granted leave on the following questions of law:

1. Was the learned trial judge wrong in law in admitting the evidence of Police Constable Llewellyn Fisher with respect to an oral statement made by the Appellant when in custody, when no *voir dire* was held concerning the admissibility of such statement and no ruling was made as to the voluntariness of such statement?
2. Did the Court of Appeal for Manitoba err in dismissing the Appeal of the Appellant by applying the provisions of Section 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code?

The facts established by the Crown witnesses are simple and uncontradicted, no evidence having been tendered by the defence.

In the early morning hours of August 16, 1972, the complainant, Mrs. Olive Genaille and her common-law husband, John Peters, were walking on Main Street, in Winnipeg, accompanied by Peters' dog. As they approached the Occidental Hotel, Peters went into the restaurant to get a cup of coffee. Mrs. Genaille remained outside with the dog. The dog got loose and went into a parking lot on the south side of the hotel. Mrs. Genaille followed the dog, and, as she moved toward the back of the lot she was grabbed from behind and thrown to the ground. Her attacker then kicked

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹ rejetant un appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité sur des inculpations d'attentat à la pudeur et de voies de fait causant des lésions corporelles. Pourvoi accueilli.

G. G. Brodsky, pour l'appellant.

J. G. Dangerfield, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—L'appellant a été inculqué pour deux infractions relatives au même incident, savoir un attentat à la pudeur et des voies de fait causant des lésions corporelles. A la suite d'un procès sans jury, il a été trouvé coupable sous les deux chefs d'accusation, et condamné à cinq ans de prison. La Cour d'appel du Manitoba l'a débouté de son appel. Sur une ordonnance de la présente Cour, il a obtenu la permission d'en appeler sur les points de droit suivants:

1. Le savant juge de première instance a-t-il fait une erreur de droit en admettant le témoignage de l'agent de police Llewellyn Fisher relatif à la déclaration qu'a faite l'appellant pendant qu'il était sous garde, sans tenir un «voir-dire» sur la recevabilité de cette déclaration et sans statuer sur le caractère volontaire de ladite déclaration?
2. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle fait erreur lorsqu'elle a débouté l'appellant de son appel en vertu des dispositions du sous-alinéa 613(1)b(iii) du Code criminel?

Les faits établis par les témoins de la Couronne sont clairs et n'ont pas été contredits, la défense n'ayant produit aucune preuve.

Le 16 août 1972, très tôt le matin, la plaignante, M^{me} Olive Genaille et son mari de droit commun, John Peters, accompagné de son chien, marchaient dans la rue Main à Winnipeg. Arrivés près de l'hôtel Occidental, Peters alla prendre un café au restaurant et M^{me} Genaille resta à l'extérieur avec le chien. Ce dernier s'échappa et s'enfuit dans un terrain de stationnement situé au sud de l'hôtel. M^{me} Genaille suivit le chien et, comme elle se dirigeait vers l'arrière du terrain, elle fut attaquée par derrière et renversée au sol. Son assaillant lui

¹ (1974), 21 C.C.C. (2d) 20.

¹ (1974), 21 C.C.C. (2d) 20.

her in the face and stomach and tried to pull her slacks down.

About this time, Peters became concerned about the complainant and the dog and sent Douglas Michelle, a young boy employed in the restaurant, into the street to look for her. When Michelle returned, both he and Peters ran into the street and to the parking lot. Peters' attention was attracted by the dog and someone crying. He saw a man standing over Mrs. Genaille with his hand up as if to strike her. When Peters shouted at him, the man ran down the lane. Both Peters and Michelle pursued him to a parking lot behind a building in the next block occupied by an organization known as the "Main Street Project". There Peters lost sight of the man he was pursuing, but did subsequently see a man he was sure was the same man, near a truck. This man, later identified as appellant, was removed with some difficulty to the "Main Street Project" building and police were summoned.

When Constables Fisher and Melvin arrived, they spoke first to Mrs. Genaille. During this conversation she pointed to appellant who was seated in plain view some 15 feet away, and stated that he was her attacker. As a result, Constables Fisher and Melvin took appellant into the street and there charged and cautioned him and challenged him with the information they had received from Mrs. Genaille. Appellant denied being in the area and denied being with any woman. At this point he was placed in the cruiser car and Constable Fisher sat with him while Constable Melvin arranged for the other people involved to be driven to the Public Safety Building.

While in the cruiser car, Constable Fisher again asked appellant about his connection with the incident. Appellant then said he had been helping the woman. This part of the evidence is the relevant one for the purpose of this appeal and I will return to it shortly.

donna ensuite des coups de pied au visage et à l'estomac et tenta de lui retirer son pantalon.

A ce moment, Peters, commençant à s'inquiéter de l'absence de la plaignante et du chien, envoya Douglas Michelle, un jeune garçon qui travaillait au restaurant, à sa recherche. Lorsque Michelle revint, ils coururent tous deux dans la rue vers le terrain de stationnement. Le chien et les pleurs de quelqu'un attirèrent l'attention de Peters. Il vit près de M^{me} Genaille un homme debout qui levait la main comme pour la frapper. Lorsque Peters l'interpella en criant, l'homme s'enfuit dans la ruelle. Peters et Michelle le poursuivirent jusqu'à un terrain de stationnement situé derrière un édifice, sis dans le pâté de maisons voisin et occupé par un organisme connu sous le nom de «Main Street Project». A cet endroit, Peters perdit la trace de l'homme qu'il poursuivait mais, peu après, il aperçut près d'un camion un homme qui, il en était sûr, était bien celui qu'il pourchassait. Cet homme, identifié plus tard comme l'appelant, fut ramené avec quelques difficultés jusqu'à l'édifice du «Main Street Project». Puis on appela la police.

Lorsque les agents de police Fisher et Melvin arrivèrent, ils s'adressèrent tout d'abord à M^{me} Genaille. Durant cette conversation, elle montra du doigt l'appelant, assis à la vue de tous environ quinze pieds plus loin, et elle déclara qu'il était bien son assaillant. En conséquence, les agents Fisher et Melvin emmenèrent l'appelant dans la rue où ils l'inculpèrent, le mirent en garde et l'informèrent de la dénonciation faite par M^{me} Genaille. L'appelant nia s'être trouvé dans le voisinage et avoir été en compagnie d'une femme. On le fit alors monter dans la voiture de police et l'agent Fisher s'assit près de lui pendant que l'agent Melvin prenait des dispositions pour que les autres personnes en cause soient conduites à l'édifice de la sécurité publique.

Dans la voiture de police, l'agent de police Fisher questionna encore l'appelant au sujet de son rôle dans l'incident. L'appelant dit alors qu'il avait aidé la femme. C'est cette partie du témoignage qui est en cause dans le présent pourvoi et je vais y revenir dans un moment.

Appellant was removed to the Public Safety Building where he was seen by Detectives Hutcheon and Law. Under charge and caution and after the circumstances had been given him again, appellant told Hutcheon and Law that he had not been in the area and had not been involved with any woman.

As pointed out by the trial judge, the only true issue was that of identity. I have already underlined that, as part of its case, the Crown offered the evidence of an oral statement made by the accused to police officer Fisher when both were seated alone in the cruiser car for three or four minutes. Fisher testified:

Mr. Powell was asked again about his presence, his connection with the incident and at that time he informed me he had been helping the woman, Mrs. Genaille, chasing away another woman.

Fisher then indicated that Powell might have stated that he was chasing someone away. I do not attach any importance to the fact that the statement is not as clear as it could be. If admissible, it would, in my view, support the conclusion of the trial judge.

Was the statement admissible without a *voir dire*? It must first be remembered that the conversation reported in the above quotation took place in a context. When the police officers first made the accused aware of the purpose of their investigation, they were met with a flat denial that he had been in the vicinity of the hotel. Again, a few minutes later, upon being charged and cautioned by the police officers, he denied involvement. It is only when Constable Melvin was busy attending to some other duties that the impugned conversation took place. Later on, that same night, when questioned by detectives, the accused twice repeated having no knowledge of the occurrence.

It is conceded by the Crown that in principle before a statement of any kind can be admitted in evidence against a person accused, it must be shown by the prosecution to the satisfaction of the trial judge to have been freely and voluntarily made by that accused person. This principle, of

L'appelant fut conduit à l'édifice de la sécurité publique où il fut confié aux détectives Hutcheon et Law. Après avoir été inculpé et mis en garde, puis informé encore une fois des circonstances, l'appelant déclara à Hutcheon et à Law qu'il n'avait pas été dans le quartier et qu'il n'avait eu affaire à aucune femme.

Comme l'a souligné le juge de première instance, le seul point vraiment en litige est celui de l'identité. J'ai déjà fait remarquer qu'au soutien de l'accusation, la Couronne a produit en preuve la déclaration verbale de l'accusé à l'agent de police Fisher, pendant les trois ou quatre minutes où ils se retrouvèrent seuls dans la voiture de police. Fisher donna le témoignage suivant:

[TRADUCTION] J'ai de nouveau questionné M. Powell au sujet de sa présence sur les lieux et de son rôle dans l'incident; il me répondit alors qu'il avait aidé la femme, M^{me} Genaille, à chasser une autre femme.

Fisher indiqua alors que Powell pouvait avoir déclaré qu'il chassait quelqu'un. Je n'accorde aucune importance au fait que la déclaration n'est pas tout à fait claire. A mon avis, si elle était recevable, elle appuierait la conclusion du juge de première instance.

La déclaration était-elle recevable sans un «voir-dire»? Nous devons nous rappeler que la conversation rapportée dans la citation ci-dessus a eu lieu dans des circonstances précises. Lorsque les agents de police informèrent en premier lieu l'accusé du but de leur enquête, ce dernier nia catégoriquement être allé dans le voisinage de l'hôtel et, quelques minutes plus tard, après avoir été accusé et mis en garde par les agents de police, il nia encore avoir été impliqué dans l'incident. Ce n'est qu'au moment où l'agent Melvin était occupé à d'autres fonctions qu'eut lieu la conversation en question. Plus tard, cette même nuit, lorsque l'accusé fut interrogé par les détectives, il nia à deux reprises avoir eu connaissance de l'incident.

La Couronne concède qu'en principe, avant d'admettre en preuve contre un accusé une déclaration, de quelque nature qu'elle soit, la poursuite doit établir, à la satisfaction du juge de première instance, que l'accusé l'a faite librement et volontairement. En fait, cette Cour a énoncé ce principe

course, has been repeatedly stated by this Court, particularly in *Sankey v. The King*²; *Piché v. The Queen*³; *John v. The Queen*⁴, and *R. v. Gauthier*, a judgment of June 26, 1975, still unreported.

But adds counsel for the Crown, the Court of Appeal was right when it concluded (p. 22):

In our view, it would have been preferable for the trial Judge to have conducted a formal *voir dire*, then ruling on the voluntariness of the statement which placed the accused at the scene of the alleged offence; but it is perfectly plain from his reasons for judgment that he directed himself to that question and considered the statement to be voluntary.

In the course of his reasons, he said:

He volunteered the statement that he tried to help her and then, later on when he is questioned at the Public Safety Building by two sets of detectives, he denies knowing anything again.

On the whole of the evidence, the trial Judge was satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused.

I am unable to accede to the proposition that if a trial judge directs himself to the question of the voluntariness of a statement and is satisfied on the whole of the evidence of the guilt of the accused, there is no need for a *voir dire*. Nor am I ready to accept that, in the case at bar, the accused "volunteered the statement". The fact that Powell, prior to making the impugned statement to Constable Fisher, had twice denied to the police officers his presence in the vicinity of the Occidental Hotel at the time of the incident and that this denial was repeated to the detectives who subsequently took over the investigation of this case clearly shows that the rule had to be applied without question. The trial judge was therefore wrong in law in admitting the evidence of police officer Fisher with respect to the oral statement quoted above. The onus at all times remains with the prosecution to establish that any statement by an accused offered in evidence against him is voluntary in the fullest sense of the word, and that onus was not discharged here. Accordingly, there is no need for me to examine the following decisions relied upon by

à plusieurs reprises, notamment dans les arrêts *Sankey c. The King*²; *Piché c. La Reine*³; *John c. La Reine*⁴ et *R. c. Gauthier*, arrêt du 26 juin 1975 qui n'est pas encore publié.

Cependant, l'avocat de la Couronne ajoute que la Cour d'appel avait raison de conclure (p. 22):

[TRADUCTION] A notre avis, il aurait été préférable que le juge de première instance tienne un «voir-dire» officiel et statue sur le caractère volontaire de la déclaration selon laquelle l'accusé était sur les lieux du présumé délit; mais il est parfaitement clair, d'après ses motifs de jugement, qu'il s'est penché sur la question et qu'il a considéré que la déclaration était volontaire.

Dans ses motifs, il a ajouté:

Il a déclaré de plein gré avoir tenté de l'aider et, plus tard, quand il était questionné par deux équipes de détectives à l'édifice de la sécurité publique, il a nié savoir quoi que ce soit.

D'après l'ensemble de la preuve, le juge de première instance était convaincu, au-delà de tout doute raisonnable, de la culpabilité de l'accusé.

Je ne puis accepter la proposition selon laquelle un «voir-dire» n'est pas nécessaire si un juge de première instance prend en considération le caractère volontaire d'une déclaration et si, d'après l'ensemble de la preuve, il est convaincu de la culpabilité de l'accusé. Je ne suis pas disposé non plus à admettre qu'en l'espèce, l'accusé «a fait la déclaration de plein gré». Le fait que Powell, avant de faire à l'agent Fisher la déclaration contestée, ait par deux fois nié devant les agents de police sa présence dans le voisinage de l'hôtel Occidental au moment de l'incident, et le fait qu'il ait démenti de nouveau ce renseignement devant les détectives qui ont ultérieurement poursuivi l'enquête dans cette cause, indiquent clairement qu'il fallait appliquer la règle sans aucune hésitation. Le juge de première instance a donc commis une erreur de droit en admettant le témoignage de l'agent de police Fisher au sujet de la déclaration verbale en cause. Il incombe en tout temps à la poursuite de prouver que la déclaration d'un accusé, produite en preuve contre lui, a été faite de plein gré, dans toute l'acception du terme et, en l'espèce, la poursuite

² [1927] S.C.R. 436.

³ [1971] S.C.R. 23.

⁴ [1971] S.C.R. 781.

² [1927] R.C.S. 436.

³ [1971] R.C.S. 23.

⁴ [1971] R.C.S. 781.

the Crown: *R. v. Spencer*⁵; *R. v. Sweezy*⁶; *R. v. Rushton*⁷. It is sufficient to note that these cases deal with facts quite different from ours.

The Crown further submits that, the evidence of Constable Fisher having been received without any objection by counsel for the accused, this silence amounts to an admission that the statement was voluntary. Although the point was mentioned by Hall J.A., it was not dealt with in the Court of Appeal. For my part, I do not believe that this submission is well founded. While I might be ready to accept in a proper case that counsel for an accused may well waive the holding of a *voir dire*, I see a considerable difference between an expressed waiver surrounded by all the precautions indicating that the question has been examined in depth and mere silence on counsel's part. The heavy onus resting on the Crown certainly cannot be displaced in such an informal fashion.

I now turn to the second question, namely miscarriage of justice. On this aspect, Hall J.A. stated (p. 22).

In our opinion, his failure to conduct a formal *voir dire* may have been in error, but in the circumstances we would invoke s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* and dismiss the appeal on that ground, being of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

I note that for the second time the learned appeal judge uses the expression "formal *voir dire*". I assume that this is a slip of the pen because no *voir dire* at all was held and, in any event, I cannot see any difference between an informal *voir dire* and a formal one.

On the conclusion that no substantial wrong occurred in the present instance, I find myself with respect in complete disagreement with the Court of Appeal. The statement that the accused was at the scene, albeit only trying to help Mrs. Genaille,

n'a pas établi ce fait. En conséquence, il n'est pas nécessaire que j'étudie les décisions suivantes sur lesquelles s'appuie la Couronne: *R. v. Spencer*⁵; *R. v. Sweezy*⁶; *R. v. Rushton*⁷. Il suffit de souligner que ces affaires portent sur des faits tout à fait différents.

La Couronne prétend de plus que, le témoignage de l'agent Fisher ayant été reçu sans que l'avocat de l'accusé n'y fasse aucune objection, ce silence équivaut à admettre que la déclaration était volontaire. Ce point, bien que mentionné par le juge Hall, n'a cependant pas été traité par la Cour d'appel. Quant à moi, je ne crois pas que cette prétention soit bien fondée. Je pourrais, dans un cas donné, admettre que l'avocat d'un accusé peut renoncer à la tenue d'un «voir-dire», mais, à mon avis, il existe une différence considérable entre une renonciation explicite, accompagnée de toutes les précautions indiquant que la question a été examinée à fond, et un simple silence de la part de l'avocat. La Couronne ne peut certes pas s'acquitter de façon aussi irrégulière de sa lourde obligation.

Je passe maintenant à la seconde question, à savoir l'erreur judiciaire grave. A ce propos, le juge Hall a déclaré (p. 22):

[TRADUCTION] A notre avis, le fait qu'il n'ait pas tenu de «voir-dire» officiel peut avoir constitué une erreur, mais dans les circonstances, nous invoquons le sous-alinéa 613(1) b)(iii) du *Code* et rejetons l'appel pour ce motif, puisque nous croyons qu'il ne s'est produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave.

Je remarque que le savant juge emploie pour la deuxième fois l'expression «voir-dire» officiel. Je suppose qu'il s'agit là d'un lapsus, car aucun «voir-dire» n'a eu lieu et, de toute façon, je ne vois aucune différence entre un «voir-dire» non officiel et un «voir-dire» officiel.

Je suis en parfait désaccord avec la Cour d'appel sur sa conclusion qu'il ne s'est produit aucun tort important dans le cas présent. La déclaration portant que l'accusé était sur les lieux, même s'il ne faisait qu'aider M^{me} Genaille, est d'une extrême

⁵ (1973), 16 C.C.C. (2d) 29, 27 C.R.N.S. 97, 6 N.S.R. (2d) 555.

⁶ (1974), 20 C.C.C. (2d) 400, 27 C.R.N.S. 163.

⁷ (1974), 20 C.C.C. (2d) 297, 28 C.R.N.S. 120.

⁵ (1973), 16 C.C.C. (2d) 29, 27 C.R.N.S. 97, 6 N.S.R. (2d) 555.

⁶ (1974), 20 C.C.C. (2d) 400, 27 C.R.N.S. 163.

⁷ (1974), 20 C.C.C. (2d) 297, 28 C.R.N.S. 120.

was of major importance. The following paragraph taken from the trial judgment makes it clear:

I am faced with two kinds of evidence. Most of it is circumstantial which by itself would not, applying the Rule dealing with circumstantial evidence, lead me irresistably only to one conclusion, one reasonable explanation—that is, that the accused was responsible. But we also have one bit of direct evidence from the accused himself when he places himself at the scene. This removes any doubt that leads me to the conclusion that he was there and responsible for the assault.

The admission of the statement without a *voir dire* was a fundamental error which may have affected the outcome of the trial so that the provisions of s. 613 of the *Code* have no application, *Colpitts v. The Queen*⁸.

For these reasons, I would allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

Appeal allowed; new trial ordered.

Solicitors for the appellant: Walsh, Micay & Co., Winnipeg.

Solicitor for the respondent: G. E. Pilkey, Winnipeg.

⁸ [1965] S.C.R. 739.

importance. Le paragraphe suivant tiré du jugement de première instance le confirme:

[TRADUCTION] Je me trouve devant deux sortes de preuves: elles sont en majeure partie indirectes. Elles ne pourraient pas, comme telles, si j'appliquais la règle en matière de preuve indirecte, m'amener infailliblement à une seule conclusion, une seule explication rationnelle, à savoir que l'accusé était responsable. Toutefois, nous disposons aussi d'un élément de preuve directe, provenant de l'accusé lui-même, quand il dit lui-même s'être trouvé sur les lieux. Cela écarte tout doute et me permet de conclure qu'il était sur les lieux et qu'il est responsable d'un attentat à la pudeur.

L'admission de la déclaration sans «voir-dire» était une erreur fondamentale qui peut avoir influé sur l'issue du procès, de telle sorte que les dispositions de l'art. 613 du *Code* ne s'appliquent pas, *Colpitts c. La Reine*⁸.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli; nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appelant: Walsh, Micay & Co., Winnipeg.

Procureur de l'intimée: G. E. Pilkey, Winnipeg.

⁸ [1965] R.C.S. 739.