

Richard P. Ambrose *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

. . .

James Lawrence Hutchison *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: May 4; 1976: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

Criminal law — Capital murder — Trial — Charge to jury — Errors in charge — Circumstantial evidence.

Appellants were convicted of capital murder. The victims were two policemen who were last heard of when responding to a call to check a car in connection with the investigation of a kidnapping and whose dead bodies were discovered two days later. In the Appeal Division appellants urged eighteen grounds of appeal with two additional grounds as to the appellant Ambrose. The Appeal Division considered that the trial judge had made certain errors *viz.* (1) by failing to reprimand Crown Counsel for his use of the word "fiction" and not instructing the jury to disregard it, (2) by not more fully detailing the evidence not admissible against each accused, (3) by stating as facts conclusions not supported by the evidence, (4) by not more fully enumerating gaps in the Crown's case and (5) in admitting evidence and statements *inter alia* of an intended kidnapping by Hutchison. However despite the finding of these errors the Appeal Division came to the conclusion that no jury properly instructed could have done otherwise than find appellants guilty and that there had been no miscarriage of justice.

Held: The appeals should be dismissed.

The Supreme Court like the Appeal Division was entitled to take cognizance of the mass of circumstantial evidence pointing well nigh irrefutably to the guilt of the accused and that despite such evidence neither accused

Richard P. Ambrose *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

. . .

James Lawrence Hutchison *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: le 4 mai; 1976: le 12 juillet.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Meurtre qualifié — Procès — Directives au jury — Erreurs dans les directives — Preuve indirecte.

Les appelants ont été déclarés coupables de meurtre qualifié. Les victimes étaient deux policiers qui ont été entendus pour la dernière fois alors qu'ils répondaient à l'ordre d'intercepter une voiture à l'occasion d'une enquête sur un enlèvement. Leurs cadavres ont été découverts deux jours plus tard. Devant la Division d'appel, les appelants ont invoqué dix-huit moyens plus deux autres, concernant seulement Ambrose. La Division d'appel a jugé que le juge du procès avait commis certaines erreurs, à savoir: (1) il a omis de réprimander le substitut du procureur général pour son emploi du terme «fiction» et n'a pas dit au jury de faire abstraction de ce terme, (2) il n'a pas suffisamment précisé quelles preuves n'étaient pas admissibles à l'égard de l'un ou de l'autre accusé, (3) il a qualifié de faits des conclusions qui n'étaient pas étayées par la preuve, (4) il n'a pas suffisamment insisté sur les failles de l'argumentation du ministère public et (5) il a jugé recevables une preuve et des déclarations, indiquant notamment que Hutchison avait eu l'intention de commettre un enlèvement. Cependant, malgré la constatation de ces erreurs, la Division d'appel a statué qu'aucun jury ayant reçu les directives appropriées ne pouvait conclure autrement qu'à la culpabilité des appelants et qu'il n'y avait eu aucune erreur judiciaire.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

A l'instar de la Division d'appel, la Cour suprême a le droit de prendre en considération le grand nombre de preuves indirectes qui indiquent presque irréfutablement la culpabilité des accusés, et le fait qu'en dépit d'une

offered any evidence in defence. The Appeal Division was entitled to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and properly found that there had been no substantial wrong or miscarriage of justice.

Colpitts v. R., [1965] S.C.R. 739 referred to.

APPEALS from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division¹, dismissing appeals from appellants' convictions by Dickson J. with jury upon two charges of capital murder. Appeals dismissed.

J. E. Warner, Q.C., for the appellants.

Donal Friel, Q.C., and *C. A. Dumas*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—These are appeals from the judgments of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick both pronounced on July 18, 1975. By those judgments, the said Appeal Division dismissed the appeal of each of the appellants from their conviction by Dickson J. and a jury on April 1, 1975 upon two charges of capital murder contrary to s. 218 of the *Criminal Code*.

Reasons for judgment in the Appeal Division were given by Limerick J.A., and the learned justice on appeal set out the facts in a very complete and detailed fashion. The judgment in the *Ambrose* case is now reported at (1975), 7 A.P.R. 376, and in the *Hutchison* case at (1975), 7 A.P.R. 327, and also at (1976), 26 C.C.C. (2d) 423. I repeat that statement of facts:

On the night of December 13th, 1974, Mrs. Sara Stein, mother of Mr. Simon Stein, sometimes referred to as Cy Stein (a restaurant proprietor), and the 14 year old son of Cy Stein, Raymond Stein, were driven to Mr. Stein's home from his restaurant about 10:30 p.m. by an employee of Mr. Stein, Jean Stone, who let them out of her automobile and immediately returned to the restaurant. Both the home of Mr. Stein and the restaurant are in the City of Moncton, New Brunswick.

¹ (1975), 7 A.P.R. 376; (1975), 7 A.P.R. 327; (1975), 26 C.C.C. (2d) 423.

telle preuve, ces derniers n'ont produit aucune preuve en défense et n'ont cité aucun témoin. La Division d'appel était autorisée à appliquer l'art. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et a décidé à bon droit qu'il ne s'était produit en l'espèce aucun tort important ni erreur judiciaire.

Arrêt mentionné: *Colpitts c. R.*, [1965] R.C.S. 739.

POURVOIS interjetés d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick¹, rejetant les appels que les appelants avaient interjetés des déclarations de culpabilité prononcées contre eux par le juge Dickson et un jury, sur deux accusations de meurtre qualifié. Pourvois rejetés.

J. E. Warner, c.r., pour les appelants.

Donal Friel, c.r., et *C. A. Dumas*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé par

LE JUGE SPENCE—Ces pourvois attaquent deux arrêts rendus le 18 juillet 1975 par la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick. Ils rejetaient l'appel que chacun des appelants avait interjeté des déclarations de culpabilité prononcées contre eux par le juge Dickson et un jury, le 1^{er} avril 1975, sous deux accusations de meurtre qualifié portées en vertu de l'art. 218 du *Code criminel*.

Le savant juge Limerick a formulé les motifs du jugement de la Division d'appel et il y relate en détail tous les faits. L'arrêt *Ambrose* est maintenant publié à (1975), 7 A.P.R. 376, et l'arrêt *Hutchison* à (1975), 7 A.P.R. 327 ainsi qu'à (1976), 26 C.C.C. (2d) 423. Je reprends ici cet exposé des faits:

[TRADUCTION] Dans la soirée du 13 décembre 1974, M^{me} Sara Stein, la mère de M. Simon Stein, connu également sous le nom de Cy Stein (le propriétaire d'un restaurant), et le fils de ce dernier, Raymond Stein, âgé de 14 ans, s'étaient fait reconduire en voiture du restaurant de M. Stein à son domicile, vers 22 h 30, par une employée de M. Stein, Jean Stone, qui a regagné le restaurant immédiatement après les avoir déposés. La maison de M. Stein et son restaurant sont situés dans la ville de Moncton au Nouveau-Brunswick.

¹ (1975), 7 A.P.R. 376; (1975), 7 A.P.R. 327; (1975), 26 C.C.C. (2d) 423.

Raymond Stein unlocked the front door of the residence and when he and his grandmother entered they were confronted by two masked men of short stature both armed with revolvers, one of whom asked where "Cy" was. On being informed by Mrs. Stein her son was at the restaurant they proceeded to bind her wrists and tie her to the railing of the stairs leading upstairs. They then left the house by a side door on the ground floor taking Raymond Stein with them. Before doing so, they placed a balaclava or ski hat over the boy's head backwards. One man stayed with the boy at the street while the other left and returned with an automobile. The front seat of the car was pushed ahead and the boy and one of the men got into the rear seat of the car which was fairly roomy. The seats were covered with fabric. The boy heard conversation between two people only. They then drove him to an apartment where they kept him for several hours with the balaclava still over his head.

The head covering did not completely cut off the vision of the boy because of the nature of the material of which it was made. He could distinguish light and darkness and indistinct forms. Raymond was able to trace part of the route followed by the vehicle in which he was being conveyed. It went to the corner of Mount Royal Boulevard and Bessborough Avenue, turned right on Mount Royal, then left on St. George Boulevard past Centennial Place thence to the New Brunswick Power Plant and Edinborough Drive and past an A & W take-out restaurant on Mountain Road.

En route one stop was made during which one of the kidnappers took Raymond from the back seat to a telephone attached to the side of the building. One man dialed Mr. Stein's number and there was a conversation by the boy and by the man with Mr. Stein.

The next stop was at an apartment. The kidnappers took the boy through an entrance door and up two flights of stairs. Raymond testified the stairs were not wood or carpeted but more like concrete. They then went through a hallway into a room where the boy sat on the carpeted floor. There was a window in the room. The boy had considerable conversation with the men, most of which was with the man who had been in the back seat with him. One of the men got \$10 from the boy, left the apartment and returned with some cooked chicken and coke. The man who stayed with the boy while the other went out also sat on the floor. After several hours all three left the apartment by a rear door and got into a car again. The boy got into the back seat, the same as he had done before, by having the front seat moved ahead.

Raymond Stein a ouvert la porte de devant et lorsque lui et sa grand-mère sont entrés, ils se sont trouvés face à face avec deux hommes masqués, de petite taille et armés de revolvers. L'un d'eux demanda où était «Cy». M^{me} Stein leur dit que son fils était au restaurant. Ils lui ont alors lié les poignets et l'ont attachée à la rampe de l'escalier menant à l'étage supérieur. Ils ont ensuite quitté la maison par une porte latérale située au rez-de-chaussée, entraînant avec eux Raymond Stein. Avant de sortir, ils avaient recouvert la tête du garçon d'un passe-montagne ou d'une cagoule de ski sens devant derrière. A l'extérieur, un des hommes est resté auprès de l'enfant pendant que l'autre allait chercher une automobile. Après avoir basculé le dossier du siège avant de la voiture, le garçon et l'un des hommes ont pris place à l'arrière de la voiture qui était assez spacieuse. La banquette était recouverte de tissu. L'enfant n'a entendu converser que deux personnes. Ils l'ont alors conduit à un appartement où ils l'ont séquestré pendant plusieurs heures, sans lui retirer la cagoule.

La nature du tissu de la cagoule ne bloquait pas complètement la vision de l'enfant. Il lui était possible de distinguer la clarté de l'obscurité, ainsi que des silhouettes. Raymond a pu retracer partiellement le trajet de l'automobile qui l'emmenait. A l'angle du boulevard Mont Royal et de l'avenue Bessborough, l'automobile a tourné à droite sur le boulevard Mont Royal puis à gauche sur le boulevard Saint-George jusqu'à la place Centennial. De là, elle s'est dirigée vers le New Brunswick Power Plant et la promenade Edinborough, passant, chemin Mountain, devant un restaurant A & W.

A la seule halte en cours de route, un des ravisseurs a fait sortir Raymond de l'automobile pour le mener à un téléphone fixé au mur d'un immeuble. Le ravisseur composa le numéro de M. Stein et l'enfant et le ravisseur ont parlé à ce dernier.

Les ravisseurs ont ensuite conduit l'enfant à un appartement. Ils lui ont fait franchir une porte d'entrée et deux volées d'un escalier. Selon le témoignage de Raymond, il s'agissait d'un escalier en béton plutôt que d'un escalier en bois ou recouvert de tapis. Ils ont ensuite traversé une entrée jusque dans une pièce où l'enfant s'est assis sur le tapis. La pièce avait une fenêtre. L'enfant a conversé longuement avec les hommes, mais surtout avec celui qui était avec lui à l'arrière de l'automobile. Avec \$10 que lui avait donnés l'enfant, un des hommes a quitté l'appartement et y est revenu un peu plus tard avec du poulet frit et du coca-cola. Pendant l'absence de ce dernier, l'autre ravisseur a imité l'enfant et s'est assis par terre. Quelques heures plus tard, tous trois ont quitté l'appartement par une porte de derrière et ils ont à

The rear seat was roomy and the seat was fabric covered as before.

After leaving the apartment the car was driven to the Riverview Mall across the river from Moncton by way of the causeway. One man was in the back seat with the boy and he did not know if there was anyone in the front seat besides the driver or which man was in the back seat with him as there was no talking.

The car stopped past the Riverview Mall and they waited in the car until Mr. Stein came in his Thunderbird car and dropped \$15,000 in \$10 bills contained in a canvas bag some distance ahead of the kidnappers' car. Mr. Stein then drove forward about 100 yards and stopped. The car in which the boy was held was driven forward to where Mr. Stein had dropped the money in the ditch and the boy was then released. When he got halfway to his father's car he took off the head covering. Mr. Stein and his son then drove back to the restaurant.

Mrs. Sara Stein, 15 or 20 minutes after being tied up, worked her wrists free and called Mr. Stein at the restaurant who immediately drove home where, shortly after arriving, he received a telephone call from a man whom he was then unable to identify; he also on the same occasion talked to his son on the phone. As a result of the phone call he went back to the restaurant to see how much money he had there. While at the restaurant he received a second telephone call from the same man, following which Mr. Stein telephoned Mr. Milton Palmer, Manager of the Bank of Nova Scotia, and arranged for Mr. Palmer to attend at his branch of the Bank to obtain \$15,000 for Mr. Stein who then returned to his residence where he received a third telephone call from one of the kidnappers. After this call Mr. Palmer and his bank accountant delivered \$15,000 in \$10 bills to Mr. Stein at his residence, having first dictated the serial numbers of a number of the bills on the tapes of two dictation machines.

Shortly after the Manager left Mr. Stein's residence the latter received a fourth telephone call at about 3:30 a.m. during which he was instructed to drop off the money which was enclosed in the canvas bag in a ditch just west of the Riverview Mall across the river south of Moncton.

The last two telephone calls were monitored by one of the Moncton policemen at the New Brunswick Telephone Company building with the aid of Telephone

nouveau pris place dans une automobile. Encore une fois, il a fallu basculer le siège avant pour permettre à l'enfant de prendre place sur la banquette arrière. Comme auparavant, l'arrière de l'automobile était spacieux et la banquette était recouverte de tissu.

Après avoir quitté l'appartement, l'automobile a emprunté l'autoroute jusqu'à Riverview Mall situé en face de Moncton de l'autre côté de la rivière. Un homme était assis à côté de l'enfant sur la banquette arrière et ce dernier ne sait pas si le siège du passager était occupé; il ne sait pas non plus lequel des hommes était assis à ses côtés puisque personne ne parlait.

La voiture s'est arrêtée après avoir dépassé le Riverview Mall et ils ont entendu M. Stein qui est arrivé au volant de son automobile Thunderbird et a déposé à quelque distance à l'avant de l'automobile des ravisseurs un sac en toile contenant une rançon de \$15,000, en coupures de \$10. M. Stein a ensuite immobilisé son automobile environ 100 verges plus loin. L'automobile des ravisseurs a alors avancé jusqu'à l'endroit du fossé où M. Stein avait déposé la rançon. Ils ont alors relâché l'enfant. A mi-distance des deux voitures, l'enfant a retiré la cagoule. M. Stein et son fils sont ensuite rentrés au restaurant.

Quinze ou vingt minutes après avoir été attachée, M^{me} Sara Stein a pu se libérer et appeler M. Stein qui s'est immédiatement rendu chez lui où, peu après son arrivée, il a reçu un appel téléphonique d'un homme qu'il n'a pu alors identifier; au cours de cet appel, il a également parlé à son fils. Après avoir raccroché, il est retourné au restaurant pour voir quelle somme d'argent s'y trouvait. Au restaurant, il a reçu un deuxième appel téléphonique du même homme, à la suite duquel M. Stein a téléphoné à M. Milton Palmer, le gérant de la Banque de Nouvelle-Écosse, qui a obtenu pour lui, à sa succursale, la somme de \$15,000. Après cela, M. Stein est rentré chez lui et a reçu un troisième appel téléphonique d'un des ravisseurs. Après cet appel, M. Stein a reçu chez lui M. Palmer et son comptable qui lui ont versé la somme de \$15,000 en coupures de \$10, ayant pris soin de dicter auparavant sur deux bandes magnétiques les numéros de série d'un certain nombre de coupures.

Peu de temps après que le banquier eut quitté la maison de M. Stein, ce dernier a reçu, vers 3 h 30, un quatrième appel téléphonique au cours duquel on lui a ordonné de déposer le sac en toile contenant la rançon dans un fossé situé immédiatement à l'ouest du Riverview Mall de l'autre côté de la rivière, au sud de Moncton.

Sur autorisation de M. Stein, un agent de la sûreté municipale de Moncton a enregistré les deux derniers appels téléphoniques à l'édifice de la New Brunswick

Company technicians and with the consent of Mr. Stein. There were some discrepancies in the evidence as to the exact time of the various telephone calls which can be accounted for by the fact that the wrist watches of the witnesses were not synchronized.

Mr. Stein then proceeded to take the money in his dark brown Thunderbird car across the causeway to Riverview, then turned right or westerly along the Salisbury or Coverdale Road about one mile to the Riverview Mall. He stopped the car about 100 yards past the Mall and dropped the bag of money out of the right door of the Thunderbird into the ditch and drove ahead a short distance, stopped the car and waited until his son Raymond Stein came forward and got into the Thunderbird car. Mr. Stein then turned the car and drove easterly along the Salisbury Road and returned to the restaurant.

The Moncton Police failed to notify the Royal Canadian Mounted Police, who had jurisdiction in the area surrounding Moncton including the Riverview area, of the kidnapping until about 5:30 a.m. of the morning following the kidnapping; as a result no road blocks were set up until after the boy was released.

In spite of the fact that the last telephone conversation lasted for seven minutes from 3:30 to 3:37 a.m. or from 3:37 to 3:44 a.m., depending upon from whose watch the time was taken, the location from which the call was made was not traced at the telephone office and the Moncton Police failed to have police cars in the Riverview Mall area until Mr. Stein was returning home with his son.

Four police cars were dispatched to the Mall area, two of which met and passed Mr. Stein's Thunderbird east of the Mall on its way back to the restaurant.

One police car parked in a private driveway just east of the Mall; a second proceeded to set up a road block west of the Mall, and a third police car, occupied by the two now deceased police officers, Cpl. Bourgeois and Cst. O'Leary, went to an area east of the first above-mentioned police car. Each of the deceased was armed with a revolver and there was a shotgun in the car.

Detectives Cairns, Cassidy and Cudmore, occupants of the police car parked east of the Mall, observed a 1968 to 1970 two door Cadillac car with a light beige body and dark top following a blue Dodge which latter car they had observed passing them twice before.

Telephone Company avec l'aide des techniciens de cette dernière. Il y a quelques contradictions dans la preuve sur l'heure exacte des divers appels téléphoniques, ce qui s'explique par le fait que les montres des témoins n'étaient pas synchronisées.

M. Stein est allé déposer la rançon au volant de sa Thunderbird de couleur brun foncé. Il a emprunté l'autoroute jusqu'à Riverview où il a tourné à droite, vers l'ouest, sur le chemin Salisbury ou Coverdale, jusqu'au Riverview Mall à environ un mille de là. Il s'est arrêté à environ 100 verges du Riverview Mall et a déposé dans le fossé, par la portière droite, le sac contenant la rançon; il a ensuite avancé sur une courte distance, a immobilisé son automobile et attendu que son fils Raymond s'avance et le rejoigne. En compagnie de son fils, M. Stein a fait demi-tour, empruntant cette fois le chemin Salisbury vers l'est. Ils ont regagné le restaurant. La sûreté municipale de Moncton n'avait signalé l'enlèvement à la Gendarmerie Royale du Canada, qui avait juridiction sur la région périphérique de Moncton, y compris la région de Riverview, qu'aux environs de 5 h 30 le lendemain matin; par conséquent les premiers barrages ont été établis seulement après que l'enfant eut été relâché.

Bien que la dernière conversation téléphonique ait duré sept minutes, de 3 h 30 à 3 h 37 ou de 3 h 37 à 3 h 44, selon les montres, la compagnie de téléphone n'a pu déterminer la provenance de l'appel et la sûreté municipale de Moncton n'a pu intervenir dans le secteur du Riverview Mall qu'au moment où M. Stein revenait à la maison en compagnie de son fils.

Des quatre voitures de police envoyées dans le secteur du Riverview Mall, deux d'entre elles ont croisé la Thunderbird de M. Stein alors qu'elle roulait vers l'est en direction du restaurant.

Une voiture de police s'est garée dans une allée privée située immédiatement à l'est du Riverview Mall; une deuxième est allée établir un barrage à l'ouest du Riverview Mall tandis qu'une troisième, occupée par le caporal Bourgeois et le constable O'Leary, maintenant décédés, était chargée de patrouiller un secteur situé à l'est de l'endroit surveillé par la première voiture de police mentionnée. Ces deux agents étaient armés d'un revolver et il y avait un fusil dans leur voiture.

Les détectives Cairns, Cassidy et Cudmore, qui occupaient la voiture garée à l'est du Riverview Mall, ont remarqué une automobile de marque Cadillac, fabriquée entre 1968 et 1970, modèle deux portes, ayant une carrosserie beige pâle et un toit de couleur foncée, qui suivait une automobile bleue de marque Dodge; cette dernière avait déjà attiré l'attention des détectives à deux occasions.

The Cadillac turned southerly on Wentworth Street and as it entered that street the headlights went out. It turned about on Wentworth Street and returned north-erly and turned right and proceeded easterly on the Salisbury Road, otherwise known as the Coverdale Road, with the lights still out.

The three detectives decided to follow the blue Dodge and back up the two policemen Crandall and Galbraith when the latter stopped the Dodge car which they found contained the Chief of the Moncton Police Force and two other people. As they started to follow the Dodge one of the officers radioed Cpl. Bourgeois and Cst. O'Leary to check a Cadillac with a dark roof and light-coloured body. Cpl. Bourgeois replied "Okay". The bodies of Cpl. Bourgeois and Cst. O'Leary were discovered on December 15, 1974, in shallow graves at Evangeline about 15 miles northeast of Moncton.

Before the Appeal Division, the appellants urged eighteen grounds of appeal as to both appellants and two additional grounds as to the appellant Ambrose.

On the appeal to this Court, counsel for the appellants set out the points in issue and their position as follows:

POINTS IN ISSUE AND POSITION OF THE APPELLANTS

1. Was the Court of Appeal for the Province of New Brunswick wrong in holding that:

(a) Notwithstanding the finding of prejudicial errors on the part of the trial Judge, no reasonable jury properly charged could have come to any other conclusion than the guilt of the accused?; and

(b) In finding there was no substantial wrong or miscarriage of justice?

2. Did the Court of Appeal for the Province of New Brunswick also err in finding that:

(a) The trial Judge was right in his instructions to the jury as to reasonable doubt regarding the victims acting in the course of duty; and

(b) In holding that the jury in finding capital murder was correct?

The Appellants respectfully submit that the Court of Appeal for the Province of New Brunswick erred in findings under both points 1 and 2.

Dès que la Cadillac eut tourné en direction sud sur la rue Wentworth, ses phares se sont éteints. Elle a fait demi-tour sur la rue Wentworth et s'est dirigée vers le nord; elle a ensuite tourné à droite vers l'est sur le chemin Salisbury, également connu sous le nom de Coverdale, ses phares étant toujours éteints.

Les trois détectives ont alors décidé de suivre la Dodge bleue et de prêter main forte aux agents Crandall et Galbraith lorsque ces derniers ont intercepté la Dodge en question dont les occupants étaient nuls autres que le chef de la sûreté municipale de Moncton et deux autres personnes. Au moment de prendre en filature la Dodge bleue, un des agents a communiqué par radio avec le caporal Bourgeois et le constable O'Leary pour leur demander d'intercepter une Cadillac ayant un toit foncé et une carrosserie de couleur pâle. Le caporal Bourgeois a répondu «O.K.». Le 15 décembre 1974, les corps du caporal Bourgeois et du constable O'Leary ont été découverts dans une fosse peu profonde, à Évangéline, soit environ 15 milles au nord est de Moncton.

Devant la Division d'appel, les appelants ont invoqué dix-huit moyens les concernant tous les deux, plus deux autres moyens, concernant seulement Ambrose.

A l'occasion du présent pourvoi, l'avocat des appelants a fait état, en ces termes, des questions litigieuses et de la thèse de ses clients:

[TRANSLATION] QUESTIONS LITIGIEUSES ET THÈSE DES APPELANTS

1. La Cour d'appel de la province du Nouveau-Brunswick a-t-elle erré en concluant que:

a) nonobstant les erreurs préjudiciables commises par le juge de première instance, tout jury raisonnable, ayant reçu les directives appropriées, n'aurait pu que conclure à la culpabilité des prévenus?; et

b) en concluant qu'il ne s'était produit aucun tort important ni déni de justice?

2. La Cour d'appel de la province du Nouveau-Brunswick a-t-elle erré en concluant que:

a) le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en instruisant le jury au sujet du doute raisonnable à l'égard du fait que les victimes agissaient dans l'exercice de leurs fonctions; et

b) en concluant au bien-fondé du verdict de culpabilité pour meurtre qualifié prononcé par le jury?

Les appelants allèguent respectueusement que les conclusions de la Cour d'appel de la province du Nouveau-Brunswick, relativement aux questions 1 et 2, sont erronées.

At the commencement of the argument, counsel for the appellants expressly withdrew the point outlined in para. 2(a) above.

In his very carefully considered reasons, Limerick J.A. dealt with the trial and with the judge's charge and then summarized his conclusions as follows:

In summation the trial Judge made certain errors during the trial, specifically:

1. In failing to reprimand Crown Counsel for his use of the word "fiction" and not instructing the jury to disregard it.
2. In not more fully specifying the evidence which was admissible against one accused and not against the other.
3. In stating as facts certain conclusions he arrived at which were not supported by evidence, particularly, the reference to an illegal drug bill.
4. In not more fully enumerating the discrepancies and gaps in the Crown's case.
5. In admitting evidence of an intended kidnapping of J. D. Irving by Hutchison, and also in admitting evidence of a statement by Hutchison to James Nelligan that the former had been involved in an armed robbery in Ontario and had asked his accomplice to kill a policeman.

I shall briefly comment on some of the errors which Limerick J.A. found.

1. This error was a most inconsequential one. The learned trial judge had expressly instructed the jury in the usual manner that they were the sole judges of the facts and should exercise their judgment in weighing both the testimony of the witnesses and the addresses of counsel.

2. It is true that the learned trial judge did not in complete detail separate the items of evidence which were admissible as against one accused but not against the other accused. The learned trial judge, however, did, in his charge, say to the jury:

I must say this though, here we have two accused who are jointly charged but you must consider the case of each accused separately and you must apply the evidence here against each accused separately and, more than that, you must bear in mind there is some evidence which is applicable against one accused which may not be applicable against the other accused. You don't say

Au début de sa plaidoirie, l'avocat des appelants a expressément renoncé à la question énoncée à l'al. 2a) qui précède.

Dans ses motifs très soigneusement pesés, le juge d'appel Limerick traite du procès et des directives du juge, puis il résume en ces termes ses propres conclusions:

[TRADUCTION] En résumé, le juge de première instance a commis certaines erreurs au cours du procès, plus précisément:

1. Il a omis de réprimander le substitut du procureur général pour son emploi du terme «fiction» et n'a pas dit au jury de faire abstraction de ce terme.
2. Il n'a pas suffisamment précisé quelles preuves étaient admissibles à l'égard d'un accusé mais pas à l'égard de l'autre.
3. Il a qualifié de faits certaines de ses conclusions qui ne sont pas étayées par la preuve, plus particulièrement la mention d'une facture pour une drogue interdite.
4. Il n'a pas suffisamment insisté sur les contradictions et les failles de l'argumentation du ministère public.
5. Il a jugé recevables, d'une part, la preuve que Hutchison avait eu l'intention d'enlever J. D. Irving et, d'autre part, la preuve d'une déclaration de Hutchison à James Nelligan selon laquelle il avait déjà participé à un vol à main armée en Ontario et qu'il avait, à cette occasion, demandé à son complice de tuer un policier.

Voici quelques brefs commentaires sur certaines des erreurs relevées par le juge d'appel Limerick.

1. Cette erreur est la moins lourde de conséquence. Comme le veut l'usage, le savant juge de première instance a expressément rappelé aux jurés qu'ils sont seuls juges des faits et qu'il leur revient d'apprécier les témoignages et les plaidoiries des avocats.

2. Il est vrai que le savant juge de première instance n'a pas indiqué jusque dans les moindres détails quelles preuves étaient admissibles à l'égard d'un accusé mais pas à l'égard de l'autre; toutefois, dans ses directives au jury, il a dit:

[TRADUCTION] Toutefois, je dois vous rappeler que, bien qu'en l'espèce les deux accusés soient inculpés de la même infraction, vous devez examiner et juger le cas de chaque accusé séparément, à la lumière de la preuve faite en l'espèce. En outre, vous devez vous rappeler que certaines preuves concernent l'un des accusés mais pas l'autre. Ne vous dites pas: Bon, voilà deux accusés,

to yourselves, look, those two accused we will just consider them in one lump sum and the evidence is strong that those men were murdered and one of the accused must have murdered him or them so therefore both accused are guilty. You must consider each man, you must ask yourselves "am I satisfied beyond a reasonable doubt that Hutchison killed those two men or killed one or the other of them" and then you must ask yourselves, "Am I satisfied beyond a reasonable doubt that Ambrose killed those two men or killed one or other of them". There is certain evidence that is applicable perhaps in the case of one that is not applicable in the case of the other and you must ignore it in so far as you can. You must ignore it totally, as a matter of fact, in considering the case of the other.

The learned trial judge then continued over several foolscap printed pages to refer to examples of pieces of evidence which were admissible as against one accused only and not against the other. Having outlined the principle of separate consideration of the cases against each of the accused, and after having warned the jury that they must consider each piece of evidence and determine whether it was evidence against one or both of the accused, I do not think the learned trial judge was required to enumerate every piece of evidence which was admissible against only one of the two accused, and I am of the opinion that his failure to do so did not constitute any miscarriage of justice.

3. The learned trial judge in his charge did state certain conclusions which were not supported in the evidence. The jury were carefully instructed by the learned trial judge that it was their decision upon the facts alone which was of any importance and, in my view, these few and rather inconsequential so-called conclusions by the learned trial judge were, in fact, surmises which he made and which the jury would understand he was making and which the jury would realize they could accept or reject as they deemed fit. It would have been much better if the learned trial judge had refrained from such a course. Again, I do not regard his adoption of it on these very few occasions as causing any miscarriage of justice.

4. In finding this fault in the learned trial judge's charge, Limerick J.A. was referring to the outline of the theory of the defence by the learned trial judge. It must be noted that neither of the

jugeons-les globalement; la preuve du meurtre commis par ces hommes est solide, un des accusés doit avoir commis un de ces meurtres sinon les deux; ils sont donc tous les deux coupables. Vous devrez examiner le cas de chacun et vous demander «Suis-je convaincu au-delà de tout doute raisonnable que Hutchison a tué ces deux hommes ou l'un d'eux?», et vous devez ensuite vous demander «Suis-je convaincu au-delà de tout doute raisonnable que Ambrose a tué ces deux hommes ou l'un d'eux?». Certaines preuves peuvent s'appliquer à l'un d'eux mais pas à l'autre, et dans ce dernier cas vous devez, dans la mesure du possible, en faire abstraction. En fait, vous devez les ignorer complètement lorsque vous examinez le cas de l'autre accusé.

Le savant juge de première instance donne ensuite, pendant plusieurs pages format écolier, des exemples de preuves concernant un seul des accusés. Après avoir évoqué la nécessité de considérer séparément le cas de chacun d'eux, et après avoir averti le jury qu'il devait examiner chaque élément de preuve et déterminer s'il s'appliquait à un seul ou aux deux accusés, le savant juge de première instance n'était pas tenu, selon moi, de dresser une liste des preuves admissibles uniquement à l'égard d'un des deux accusés, et j'estime que sa façon d'agir n'a entraîné aucun déni de justice.

3. Dans ses directives au jury, le savant juge de première instance a effectivement exposé certaines conclusions qui ne sont pas étayées par la preuve. Mais il a soigneusement précisé que seule comptait la décision du jury sur les faits, et, à mon avis, les quelques prétendues conclusions, sans conséquence, énoncées par le savant juge n'étaient, en fait, que des conjectures de sa part que le jury se devait de considérer comme telles, tout en sachant qu'il était libre de les accepter ou de les rejeter. Il aurait été préférable que le savant juge de première instance évite ces remarques. De nouveau, je ne pense pas qu'il y a eu déni de justice de sa part en tenant ces quelques propos.

4. En relevant cette faute dans les directives du savant juge de première instance, le juge d'appel Limerick faisait allusion au résumé par le savant juge de la thèse présentée par la défense. Il faut

accused gave evidence and, in fact, no evidence was called for the defence. The learned trial judge was, therefore, called upon to determine the theory of the defence from consideration of the cross-examination of the Crown's witnesses by defence counsel and then from the defence counsel's address to the jury. The learned trial judge said:

I am obliged to review here the theory of the defence, what is known as the theory of the defence, and Mr. Bell has outlined it and outlined it extremely well and dealt with all aspects of the defence essentially and I have touched on it in some of the things I have had to say. Essentially the theory of the defence is that the evidence here is all circumstantial, that even though no alternative explanation is given there are gaps in the Crown's case which indicate there are alternative explanations and if there is any other logical explanation of this then a jury must under the rule I cited earlier where all the evidence is circumstantial, the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt or it must acquit. This is the first point of the theory of the defence. The second is on the theory, the burden being on the Crown to satisfy you of the guilt of the accused beyond a reasonable doubt, that the Crown has failed in that and therefore you must acquit. That, in a nut-shell, is the theory of the defence and, Mr. Bell, I don't feel it is necessary to go into the evidence there, the theory has been put forward, Mr. Bell has done that most adequately and has pointed out what undoubtedly are some discrepancies, whether material or not is up to you to decide, in the evidence of the witnesses.

The indictment of the two appellants showed the names of seventy-six witnesses who were called by the Crown. The evidence at trial occupies four foolscap printed volumes and ran to 1371 pages. If counsel for the defence based the theory of the defence upon discrepancies in 1371 printed pages of evidence given by Crown witnesses then it was his duty in his address to outline those discrepancies. The learned trial judge was of the opinion that counsel for the defence had done so most adequately and was, therefore, I think, properly of the opinion that it was neither necessary nor desirable that he should repeat the outline of those discrepancies in his charge. The charge and recharge occupied fifty-nine foolscap printed pages and the main charge occupied two hours and five

souligner qu'aucun des accusés n'a témoigné et qu'en fait, la défense n'a cité aucun témoin. Par conséquent, le savant juge de première instance devait faire le point sur la thèse de la défense à partir des contre-interrogatoires des témoins à charge et du plaidoyer que l'avocat de la défense a adressé au jury. Le savant juge de première instance dit:

[TRADUCTION] Je dois exposer maintenant la thèse présentée par la défense, ce que l'on appelle la thèse de la défense. M^e Bell a fait un excellent exposé et il a traité essentiellement de tous les aspects de la défense que j'ai d'ailleurs eu l'occasion de commenter à quelques reprises. Voici l'essentiel de sa thèse: toutes les preuves en l'espèce sont indirectes et bien qu'aucune autre explication n'ait été donnée, l'argumentation du ministère public présente certaines failles, ce qui suppose l'existence d'autres explications; or, s'il existe une autre explication logique, un jury doit, en vertu de la règle applicable aux cas où les preuves sont indirectes que j'ai citée précédemment, être convaincu au-delà de tout doute raisonnable, sinon il doit rendre un verdict d'acquiescement. C'est là le premier point de la thèse de la défense. Son second point est qu'il incombe au ministère public de convaincre le jury de la culpabilité des accusés au-delà de tout doute raisonnable, ce qu'il n'a fait en l'espèce, et que vous devez donc rendre un verdict d'acquiescement. Voilà, en gros, la thèse de la défense et, M^e Bell, il ne me paraît pas nécessaire de faire maintenant l'examen de la preuve sous ce rapport, puisque la thèse a été présentée et que M^e Bell a déjà fait un excellent exposé de la preuve en faisant ressortir les quelques contradictions évidentes dans les témoignages, dont il vous appartient d'apprécier la pertinence.

Les noms de soixante-seize témoins cités par le ministère public apparaissent dans l'acte d'accusation des deux appelants. La transcription des témoignages recueillis au cours du procès remplit quatre volumes imprimés, format écolier, et couvre 1371 pages. Si l'avocat des accusés fonde la thèse de la défense sur des contradictions relevées dans les 1371 pages de la transcription des dépositions des témoins à charge, il lui incombe alors de les mentionner lorsqu'il s'adresse au jury. Le savant juge de première instance a estimé que l'avocat de la défense s'était très bien acquitté de cette tâche et a jugé, à bon droit selon moi, qu'il était inutile et peu souhaitable de reprendre cet exposé dans ses directives. Les directives et les directives additionnelles couvrent cinquante-neuf pages imprimées,

minutes. To have burdened the jury with a recital of discrepancies which had already been outlined in the very long and most complete address of counsel for the accused would not have served any useful purpose and might well have so confused the jury as to detract from their efficient discharge of their sworn duty.

5. Counsel for the Crown on this appeal frankly admitted that this evidence was inadmissible and it is most regrettable that it should ever have been proffered by the Crown let alone admitted by the learned trial judge. Unfortunately, the learned trial judge not only admitted the evidence but made considerable reference to it in his charge, evidently being of the opinion that it was admissible to show the state of mind of the appellant Hutchison. Limerick J.A., in giving reasons for the Appeal Division, said:

Some of these errors on the part of the trial Judge would not by themselves be of sufficient weight to prejudice the jury or result in a miscarriage of justice. The last mentioned error was however extremely prejudicial. We must however, consider the cumulative effect of all the errors and against that, the weight of the evidence against the Appellant.

As will be seen from the statement of facts aforesaid, it was the theory of the Crown that these two accused had formed the intention of kidnapping a member of the Stein family, probably the father Cy Stein, but as the events occurred, they did kidnap the young son Raymond Stein, that they demanded from the father a ransom, that that ransom was paid and that as they left the place where they had received the payment they were followed by the two deceased policemen Cpl. Bourgeois and Cst. O'Leary, that they, in turn, captured these two officers and subsequently killed them. Upon this theory, it was necessary for the Crown to adduce all possible evidence pointing toward the occurrence of the various events. Limerick J.A., in his reasons, after referring to the evidence of the fourteen-year-old kidnapped victim Raymond Stein, referred to

format écolier, et les premières ont duré deux heures et cinq minutes. Il aurait été complètement inutile d'imposer au jury l'énumération des contradictions qui avaient auparavant fait l'objet d'un exposé long et détaillé dans le plaidoyer de l'avocat de la défense; de plus, ce genre d'énumération aurait pu facilement embrouiller les jurés et les détourner de la bonne exécution de leur devoir solennel.

5. Le substitut du procureur général a convenu devant cette Cour de l'inadmissibilité de cette preuve; il est très regrettable que le ministère public l'ait produite et il est encore plus regrettable que le savant juge de première instance l'ait jugée admissible. Malheureusement, ce dernier a non seulement jugé cette preuve recevable mais il en a aussi parlé à plusieurs reprises au cours de ses directives, étant manifestement d'avis qu'elle était admissible comme preuve de la mentalité de l'appelant Hutchison. S'exprimant au nom de la Division d'appel, le juge Limerick a tenu les propos suivants:

[TRADUCTION] Certaines des erreurs commises par le juge de première instance ne sont pas, en elles-mêmes, suffisamment importantes pour prédisposer le jury contre les accusés ou pour entraîner un déni de justice. Toutefois, la dernière erreur mentionnée est extrêmement préjudiciable. Nous devons cependant considérer l'effet cumulatif de toutes les erreurs en regard du poids de la preuve défavorable à l'appelant.

Comme le révèle l'exposé des faits donné précédemment, la thèse du ministère public est que: les deux prévenus avaient l'intention d'enlever un membre de la famille Stein, vraisemblablement le père, M. Cy Stein; toutefois, en raison du déroulement des événements, c'est le jeune fils Raymond Stein qu'ils ont enlevé; ils ont ensuite exigé du père le paiement d'une rançon qu'il leur a effectivement versée; lorsque ces derniers ont quitté l'endroit où ils ont touché ladite rançon, le caporal Bourgeois et le constable O'Leary, les deux agents de police décédés, les ont pris en filature; c'est alors que les ravisseurs ont capturé ces deux policiers et les ont ensuite tués. Pour étayer cette thèse, le ministère public devait apporter toutes les preuves possibles tendant à démontrer que ces divers événements se sont effectivement produits. Dans ses motifs, le juge d'appel Limerick se reporte, après un renvoi

forty-six items of circumstantial evidence indicative of the guilt of the two accused. One of these only was stated by the Crown counsel in this Court to have been in error. Limerick J.A. then continued:

In my opinion the massive weight of the circumstantial evidence against Hutchison and his co-accused Ambrose is so overwhelming that no reasonable jury properly instructed and acting judicially could have come to any conclusion other than that both of the accused were guilty of the murders of the two police officers as charged in the indictment, notwithstanding the cumulative effect of the five errors referred to above.

In applying that test, Limerick J.A. followed the decision of this Court in *Colpitts v. R.*². There, I said (at p. 755):

Therefore, this Court must apply the test set out in the aforesaid cases and, to quote again from *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633, [1928] 1 D.L.R. 268:

The onus is upon the Crown to satisfy the Court that the jury, charged as it should have been, could not, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty.

That test may be considered to be somewhat more stringent than those enunciated by the then Chief Justice Cartwright and by Ritchie J. but Limerick J.A. chose to apply the sterner test and was of the opinion that even on that basis the jury could not have come to any conclusion other than that both of the accused were guilty of the murder of the two policemen as charged. Despite the able argument of counsel for the appellants, I am unable to find any fault in that conclusion.

Counsel for the Crown in this Court cited six other pieces of evidence which also indicated the guilt of the accused of the offence with which they were charged. Some of those are of slight probative value but others add considerable weight.

In addition, this Court is, of course, as was the Appeal Division, entitled to take cognisance of the

au témoignage de Raymond Stein, la jeune victime de l'enlèvement, à quarante-six éléments de preuve indirecte indiquant la culpabilité des deux accusés. Selon la déclaration du substitut du procureur général devant cette Cour, il n'y a qu'un seul de ces éléments qui soit erroné. Le juge d'appel Limerick poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] Nonobstant l'effet cumulatif des cinq erreurs mentionnées précédemment, je suis d'avis que la preuve indirecte défavorable à Hutchison et à son co-accusé Ambrose est si lourde qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu les directives appropriées et agissant de façon judiciaire, ne pouvait conclure autrement qu'à la culpabilité des accusés relativement aux meurtres des deux agents de police, mentionnés dans l'acte d'accusation.

En retenant ce critère, le juge d'appel Limerick suivait la décision de cette Cour dans *Colpitts c. R.*². A cette occasion, j'avais dit (à la p. 755):

[TRADUCTION] Par conséquent, cette Cour doit appliquer le critère énoncé dans les affaires susmentionnées et, comme il est dit dans *Brooks c. Le Roi*, [1927] R.C.S. 633, [1928] 1 D.L.R. 268:

Il incombe au ministère public de convaincre la Cour que si les jurés avaient reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, ils n'auraient pu raisonnablement faire autrement que trouver l'appelant coupable.

Ce critère peut apparaître passablement plus sévère que celui formulé par le juge en chef d'alors, le juge Cartwright, et par le juge Ritchie, mais le juge d'appel Limerick a préféré appliquer le critère le plus strict. Il a estimé que même sur cette base, le jury n'aurait pu conclure autrement qu'à la culpabilité des deux accusés au regard du meurtre des deux agents de police, selon les termes de l'acte d'accusation. Malgré l'excellente argumentation de l'avocat des appelants, je ne puis trouver d'erreur dans cette conclusion.

Le substitut du procureur général a produit devant cette Cour six autres éléments de preuve qui tendent également à confirmer la culpabilité des accusés relativement à l'infraction dont ils ont été inculpés. Certains de ces éléments n'ont qu'une faible valeur probante tandis que d'autres ont un poids considérable.

De plus, à l'instar de la Division d'appel, cette Cour a naturellement le droit de prendre en consi-

² [1965] S.C.R. 739.

² [1965] R.C.S. 739.

fact that despite this mass of circumstantial evidence pointing well nigh irrefutably to the guilt of the accused neither of the accused offered any evidence in defence. I need not cite authority for the proposition that such a circumstance is a proper one for an Appellate Court to consider. Therefore, Limerick J.A. came to the conclusion that the Appeal Division was entitled to apply the provisions of s. 613(1) (b) (iii) of the *Criminal Code* and found that there had been no substantial wrong or miscarriage of justice. I am in complete agreement with that view.

I would, therefore, dismiss both appeals and affirm the conviction of both of the appellants.

Appeals dismissed, convictions at trial affirmed.

Solicitor for the appellants: James C. Letcher, Moncton.

Solicitor for the respondent: D. J. Friel, Moncton.

dération le fait qu'en dépit de ce grand nombre de preuves indirectes qui indiquent presque irréfutablement la culpabilité des accusés, ces derniers n'ont produit aucune preuve en défense et n'ont cité aucun témoin. Il est inutile de citer ici quoi que ce soit pour confirmer qu'une cour d'appel peut, à bon droit, prendre ce fait en considération. Par conséquent, le juge d'appel Limerick a conclu que la Division d'appel était autorisée à appliquer les dispositions de l'art. 613(1)b)(iii) du *Code criminel* et a décidé qu'il ne s'était produit en l'espèce aucun tort important ni déni de justice. Je partage entièrement cette opinion.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les deux pourvois et de confirmer la déclaration de culpabilité prononcée à l'égard des deux appelants.

Pourvois rejetés, déclarations de culpabilité confirmées.

Procureur des appelants: James C. Letcher, Moncton.

Procureur de l'intimée: D. J. Friel, Moncton.