

Michael Alward and Raymond Mooney
Appellants;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1977: June 7; 1977: June 24.

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 — Murder — Evidence — Admissibility of evidence of similar acts — Defence of drunkenness — Terms of judge's charge — Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

Appellants in appealing their convictions of murder bring in issue three main grounds *viz.* the admissibility of evidence as to similar acts, the trial judge's charge as to intoxication, and the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in all circumstances of the case. The Court had during argument by appellants' counsel expressed the view that ss. 572(3) and 598 of the *Code* deprived the grounds of appeal in reference to empanelling the jury of any validity and further that the trial judge had not deprived the appellants of their opportunity of challenge for cause. The Court also agreed with the admission by the trial judge as to the admissibility of all statements, oral as well as written, made by both accused.

Appellants had been charged with murder during the course of robbery in a hotel. The Crown introduced evidence to prove that they had the next evening, aided by the sister of one of them, robbed and assaulted persons in two other hotels in startlingly similar circumstances. The issue of drunkenness was dealt with by the trial judge but he failed to allude to that so-called defence upon outlining to the jury the theory of the defence, though the jury was later recalled and recharged. The Court of Appeal however held that the charge itself was defective, being erroneous on the issue of drunkenness, omitting to detail "specific intent" in relation to drunkenness and seeming to imply that some burden lay on the accused to prove that their intoxication prevented them from forming the necessary intent. After noting these faults the Court of Appeal concluded that there was *no* evidence on which a jury could reasonably conclude that the accused might not have the capacity to form the necessary intent.

Michael Alward et Raymond Mooney
Appelants;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1977: 7 juin; 1977: 24 juin.

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 — Preuve — Admissibilité en preuve d'actes similaires — Défense d'ivresse — Termes de l'exposé du juge au jury — Code criminel, art. 613(1)(b)(iii).

En interjetant appel de leur condamnation pour meurtre, les appelants invoquent trois principaux moyens: l'admissibilité en preuve d'actes similaires, l'exposé du juge du procès sur l'ivresse et l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* vu les circonstances de l'espèce. Au cours de la plaidoirie des avocats des appelants, la Cour a exprimé l'opinion que les art. 572(3) et 598 du *Code* rendaient irrecevables les moyens d'appel fondés sur la constitution du jury et que le juge de première instance n'avait pas privé les appelants de leur droit de faire des récusations motivées. La Cour a également jugé que le juge de première instance avait, à bon droit, admis en preuve les déclarations, verbales et écrites, faites par les deux accusés.

Les appelants ont été accusés de meurtre au cours d'un vol qualifié dans une chambre d'hôtel. Le ministère public a présenté une preuve pour établir que, dans des circonstances étonnamment semblables, et aidés par la sœur de l'un deux, ils avaient volé et commis des voies de fait, le lendemain soir, sur des personnes se trouvant dans deux autres hôtels. Le juge de première instance a traité de la question de l'ivresse mais il a omis de mentionner ledit moyen lorsqu'il a exposé au jury la thèse de la défense, bien que le jury ait été rappelé plus tard et ait reçu de nouvelles directives. La Cour d'appel a cependant jugé que l'exposé lui-même était erroné sur la question de l'ivresse parce qu'il n'expliquait pas ce qu'était l'«intention spécifique» par rapport à l'ivresse et semblait indiquer qu'il incombait aux accusés de prouver que leur ivresse les avait empêchés de former l'intention nécessaire. Après avoir relevé ces erreurs, la Cour d'appel a conclu qu'il n'existait *aucune* preuve sur laquelle le jury pouvait raisonnablement se fonder pour conclure que les accusés pouvaient ne pas avoir été capables de former l'intention nécessaire.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Martland, Judson, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: The evidence as to the similar acts was admissible. Both these incidents occurred the very next day, they were remarkably similar and well nigh contemporaneous. The statements by the accused in reference to them having been found voluntary, in the jurisprudential sense, were also admissible.

On the issue of drunkenness the faults in the charge quoted by the Court of Appeal were serious. It should have been accurately stated that "all that is needed is for the jury to have a reasonable doubt as to the accused having such capacity" *i.e.* as to form the necessary intent. The further conclusion of the Court of Appeal, that there was *no* evidence on which the jury could conclude lack of capacity to form the necessary intent, was however in error. There was evidence of some degree of intoxication, and allegations in the statements of both accused of heavy intoxication, and it was for the jury to weigh the evidence on this point. The appeal was nonetheless one in which s. 613(1)(b)(iii) had to be considered. The test in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, of "whether the jury charged as it should have been could, as reasonable men, have done otherwise than find appellants guilty" should be applied and the appeals dismissed.

Per Ritchie and de Grandpré JJ.: On the defence of drunkenness the opinion of the Court of Appeal was correct. There was no evidence on which a jury, properly instructed, could have found such intoxication as to negate criminal intent.

[*Brunet v. The King*, [1928] S.C.R. 375 distinguished: *R. v. Straffen* (1952), 36 Cr. App. R. 132; *R. v. Giovannone* (1960), 45 Cr. App. R. 31; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Ambrose v. The Queen* (1975), 25 C.C.C. (2d) 90 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division¹, dismissing an appeal from convictions upon a joint charge of murder. Appeal dismissed.

Brian Neill and *Brian Malone*, for the appellants.

¹ (1976), 32 C.C.C. 416.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Pigeon, Dickson et Beetz: La preuve d'actes similaires était recevable. Ces deux incidents se sont produits le lendemain même; ils présentent des ressemblances frappantes et sont quasi contemporains. Les déclarations des accusés à ce sujet, jugées volontaires selon la théorie générale du droit, sont également admissibles.

Les erreurs touchant la question de l'ivresse relevées dans l'exposé par la Cour d'appel étaient graves. Il aurait été plus juste de dire qu'il suffit que «le jury ait un doute raisonnable quant à la capacité des accusés de former l'intention requise». L'autre conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il n'existait *aucune* preuve sur laquelle le jury pouvait se fonder pour conclure que les accusés n'étaient pas capables de former l'intention nécessaire, était toutefois erronée. La preuve révélait que les accusés étaient assez ivres et leurs propres déclarations font clairement mention de leur état d'ébriété: il appartenait au jury d'évaluer la preuve sur ce point. Le sous-al. 613(1)(b)(iii) mérite d'être pris en considération pour l'examen de ce pourvoi. Dans *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739, on a établi le critère suivant: «si les jurés avaient reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, auraient-ils pu raisonnablement faire autrement que conclure à la culpabilité de l'appelant?». Ce critère doit être appliqué et les pourvois doivent être rejetés.

Les juges Ritchie et de Grandpré: L'opinion de la Cour d'appel au sujet de la défense d'ivresse était juste. Il n'y avait pas de preuve permettant à un jury, ayant reçu des directives appropriées, de conclure à un état d'ivresse tel qu'il rendait impossible l'intention criminelle.

[Distinction faite avec l'arrêt: *Brunet c. Le Roi*, [1928] R.C.S. 375; arrêts mentionnés: *R. v. Straffen* (1952), 36 Cr. App. R. 132; *R. v. Giovannone* (1960), 45 Cr. App. R. 31; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739; *Ambrose c. La Reine* (1975), 25 C.C.C. (2d) 90.]

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick¹, qui a rejeté un appel de déclarations de culpabilité sur une accusation conjointe de meurtre. Pourvoi rejeté.

Brian Neill et *Brian Malone*, pour les appelants.

¹ (1976), 32 C.C.C. 416.

Barry Athey and William Kearney, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for New Brunswick pronounced on September 14, 1976 by which it dismissed an appeal by the appellants from their conviction by a judge and jury on September 17, 1975 upon a joint charge of murder punishable by imprisonment for life. The reasons for judgment given by Limerick J.A. for the Court of Appeal as to the appellant Michael Alward have been reported in (1976), 32 C.C.C. 416. Since these reasons contain a very complete statement of the facts, I shall confine my references thereto to only such facts as are relevant to the issues which I shall be discussing.

Counsel for the appellants submitted a very considerable number of grounds for appeal but at the close of their argument counsel for the respondent, the Crown, was only called upon to reply in reference to three grounds, *i.e.*, the admissibility of evidence as to similar acts, the learned trial judge's charge as to intoxication, and the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in all the circumstances of the case. The Court had, during the argument by the appellants' counsel, expressed the view that the provisions of s. 572(3) and s. 598 of the *Criminal Code* deprived the grounds of appeal in reference to the empanelling of the jury of any validity and further that the learned trial judge in his ruling, in which he said:

Well, that is my ruling, and I want to make it clear to you that you still have the right to challenge for cause in a particular case, but I am not going to permit a blanket challenge.

had not deprived the accused of their opportunity to challenge for cause in a proper manner.

The learned trial judge, after a very lengthy *voir dire*, had admitted as voluntary all statements, oral as well as written, made by both accused. Limerick J.A., in his reasons for the Court of Appeal, restated the reasons advanced by the

Barry Athey et William Kearney, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Judson, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick prononcé le 14 septembre 1976 qui rejetait un appel par les appelants de leur condamnation par un juge et un jury, le 17 septembre 1975, sur une accusation conjointe de meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité. Les motifs rendus par le juge Limerick au nom de la Cour d'appel concernant l'appellant Michael Alward sont publiés à (1976), 32 C.C.C. 416. Puisque les faits y sont exposés en détail, je m'en tiendrai aux faits pertinents aux questions que j'étudierai.

Les avocats des appelants ont présenté un grand nombre de moyens d'appel mais à la clôture de leur plaidoirie, la Cour a demandé au substitut du procureur général intimé de ne répondre qu'à trois d'entre eux, à savoir l'admissibilité en preuve d'actes similaires, l'exposé du juge du procès sur l'ivresse et l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* vu les circonstances de l'espèce. Au cours de la plaidoirie des avocats des appelants, la Cour a exprimé l'opinion que les dispositions du par. 572(3) et de l'art. 598 du *Code criminel* rendaient irrecevables les moyens d'appel fondés sur la constitution du jury et que la décision suivante du savant juge de première instance:

[TRADUCTION] Voilà ma décision; je tiens toutefois à préciser que vous avez toujours le droit de faire des récusations motivées dans certains cas, mais je n'autorise pas de récusation générale.

n'avait pas privé les accusés de leur droit de faire des récusations motivées, selon les procédures habituelles.

Après un très long *voir dire*, le savant juge de première instance a admis en preuve toutes les déclarations, verbales et écrites, faites par les deux accusés. Dans ses motifs rédigés au nom de la Cour d'appel, le juge Limerick a repris comme suit

learned trial judge for admitting those statements into evidence as follows:

a. One reason is that the statements given by the accused, if you accept those statements, couldn't have been understood by you because all three incidents were so involved in the statements, that you never could have appreciated the significance of them nor could you have understood them unless you knew what these other two incidents were to which the statements refer. That is one reason.

b. A second reason is that there is a certain amount of evidentiary value as far as the Crown is concerned, I suppose, or as far as you're concerned, in the fact that these two accused a day later were involved together. They were friends in other words. There is no other proof in the trial except them being at the Lord Beaverbrook Hotel together that they were friends. They were friends and they were operating together.

c. A third reason why that evidence has been permitted here is that there are certain statements made in those incidents which you may feel or may have some value in determining whether the accused are guilty of this offence, or at least the Crown feels or would have us believe that it would be of some value. I refer to the statement attributed to one or other of the accused—it makes very little difference who said it because it was in the presence of the other one if you accept the evidence—the statement made to Mr. Bardsley, 'Well, we've already murdered one man'. This was the first instance on Monday evening. 'We have already murdered one man and we don't mind killing a second one,' or 'We don't give a damn if we kill a second one,' words to that effect, which suggested there had been some killing before. Now, Mr. Willet actually wasn't dead at that time and perhaps the accused thought he had died or perhaps if they had beaten him, perhaps they felt they had beaten him so badly that he died, or perhaps they intended to beat him so badly that he wouldn't recover and would die so he couldn't be able later to identify them, but he wasn't in fact dead at that time, but they may not have known that. Perhaps this was just idle boasting on their part. You have to decide what weight to attach to that statement they made there.

Limerick J.A. concluded after discussing the evidence as to the statements in detail:

The true test, therefore, is did the evidence adduced by the Crown establish that nothing, said or done by any person in authority, could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue because thereof. The Crown met that test.

les motifs que le savant juge de première instance a fait valoir pour admettre ces déclarations en preuve:

[TRADUCTION] a. Premièrement, vous ne pourriez sans cela comprendre les déclarations des accusés, si vous les acceptez, car les trois incidents y sont décrits de telle façon qu'il vous serait totalement impossible d'en saisir le sens ou de les comprendre, sans savoir en quoi consistaient les deux autres incidents auxquels se réfèrent les déclarations. Voilà pour la première raison.

b. Deuxièmement, le fait que les accusés aient été ensemble le lendemain a une certaine valeur probante pour le ministère public, je pense, et également pour vous. Autrement dit, ils étaient amis. Mis à part le fait qu'ils étaient ensemble à l'hôtel Lord Beaverbrook, il n'y a aucune autre preuve devant nous qu'ils se connaissaient bien. Ils étaient amis et agissaient de concert.

c. Troisièmement, certaines déclarations faites au cours des incidents ont une certaine valeur et peuvent vous aider à déterminer si les accusés sont coupables de cette infraction, du moins c'est ce que prétend le ministère public. Je me réfère aux propos attribués à l'un ou à l'autre des accusés—peu importe lequel, si vous les acceptez en preuve, puisqu'ils ont été faits en présence de l'autre accusé—je parle ici des propos tenus devant M. Bardsley, «De toute façon, nous avons déjà tué un homme». Cela s'est passé lors du premier incident, lundi soir. «Nous avons déjà tué un homme, et cela ne fait rien si nous en tuons un autre» ou «on se moque éperdument d'en tuer un second» ou des propos de ce genre, laissant entendre qu'il y avait déjà eu un meurtre. Cependant M. Willet n'était pas mort à ce moment-là, mais les accusés pensaient peut-être qu'il était mort, ou, que s'ils l'avaient battu, ils pensaient peut-être l'avoir frappé à mort; peut-être avaient-ils voulu le frapper suffisamment pour qu'il ne s'en remette pas et meure et soit donc incapable de les identifier, mais sans savoir alors qu'il n'était pas mort. Peut-être n'était-ce qu'une fanfaronnade. Il vous appartient de décider quel poids accorder à cette déclaration.

Après avoir longuement analysé la preuve relative aux déclarations, le juge Limerick a conclu:

[TRADUCTION] Le véritable critère est le suivant: la preuve présentée par le ministère public a-t-elle établi que personne n'a usé de son autorité pour inciter les accusés à faire des déclarations pouvant être fausses? Le ministère public a rempli cette exigence.

This Court agreed with that conclusion.

I now turn to the ground of appeal dealing with the admission of evidence dealing with similar facts.

The accused had been charged with the murder of the late D. Gordon Willet during the course of robbing him in his room at the Lord Beaverbrook Hotel in Fredericton on February 16, 1975. The Crown introduced evidence tending to prove that the same two accused accompanied and aided by Linda Alward, the sister of one, had, the very next evening, robbed and assaulted another person in his room at Keddy's Motor Lodge and a third person in his room at the Oromocto Hotel in Oromocto, New Brunswick. With the exception that in these last two hotel room robberies and assaults Linda Alward was used to gain entry to the room on the pretext of desiring to use the telephone, the similarity between the three incidents was so marked as to be properly styled as startling. Counsel for the Crown has listed fourteen similarities between the three incidents; although some of them were of slight evidentiary value, others are important. Crown counsel could have added another most significant one: both the accused in statements which the courts below have rightly found were admissible, made detailed admissions of their part in all three incidents. It was the latter fact which Limerick J.A. viewed as making unnecessary any decision as to the admissibility of the similar fact evidence, saying:

It is unnecessary for this Court to determine the admissibility of the evidence relating to the two similar robberies at Keddy's Motel and at Oromocto as there was no miscarriage of justice occasioned thereby, the accused having admitted in their written statements their complicity in the robbery of Mr. Willet. I would apply the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the Code in respect of this ground of appeal if necessary.

With respect, I am unable to agree with that reasoning. If the evidence as to similar facts had not been admissible as being excluded by the well known rule against proof of the bad character of the accused then the admission by the accused of their part in the last two incidents would have been

La présente Cour partage cette conclusion.

J'en viens maintenant au moyen d'appel portant sur l'admission en preuve de faits similaires.

Les accusés ont été inculpés du meurtre de feu D. Gordon Willet, alors qu'ils le volaient dans sa chambre à l'hôtel Lord Beaverbrook à Fredericton le 16 février 1975. Le ministère public a présenté une preuve tendant à établir que les deux accusés, accompagnés et aidés de Linda Alward, la soeur de l'un deux, avaient, le lendemain soir, volé et commis des voies de fait sur une autre personne dans une chambre du motel Keddy et sur une troisième personne dans une chambre de l'hôtel Oromocto à Oromocto (Nouveau-Brunswick). Mis à part le fait que dans ces deux derniers cas de vols qualifiés et de voies de fait, Linda Alward était entrée dans la chambre sous prétexte d'utiliser le téléphone, la ressemblance frappante entre les trois incidents peut être qualifiée d'étonnante. Le substitut du procureur général a énuméré quatorze ressemblances entre les trois incidents; même si certaines ont une faible valeur probante, d'autres sont importantes. Le substitut du procureur général aurait d'ailleurs pu ajouter un autre point important: les deux accusés ont, dans les déclarations admises en preuve à bon droit par les tribunaux d'instance inférieure, reconnu et relaté en détail leur participation aux trois incidents. C'est d'ailleurs pour cela que le juge Limerick a estimé inutile de rendre une décision sur la recevabilité de la preuve de faits similaires; il a déclaré à ce sujet:

[TRADUCTION] Cette cour n'a pas à se prononcer sur la recevabilité de la preuve relative aux vols qualifiés semblables perpétrés au motel Keddy et à l'hôtel Oromocto. Il n'en a en effet résulté aucun déni de justice, puisque les accusés ont admis dans leurs déclarations écrites leur complicité dans le vol qualifié dont M. Willet a été la victime. J'appliquerai donc si nécessaire les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du Code à l'égard de ce moyen d'appel.

Avec égards, je ne puis souscrire à ce raisonnement. Si la preuve relative aux faits similaires est irrecevable vu la règle de droit bien connue sur l'exclusion des preuves relatives à la mauvaise réputation de l'accusé, l'aveu par les accusés de leur participation aux deux derniers incidents le

equally inadmissible. In such event, I would have been firmly opposed to the use of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to cure the introduction of such gravely prejudicial and inadmissible evidence. The statements of the accused were, however, admissible on the determination by the judge of the issue of whether or not the evidence as to similar facts was admissible. That evidence provided the proof that these two other robberies had been committed by the accused and then if the evidence thereof came within the similar fact rule they were admissible and the Court of Appeal did not have to call in aid the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

In view of the circumstances that the three incidents were so very close in time and the robberies were carried out in such a startlingly similar manner, I am of the opinion that evidence on the other two incidents was admissible within the jurisprudence as to similar facts. I realize that it was said in *Brunet v. The King*², that evidence as to the accused having performed an illegal operation on another woman was inadmissible to identify the accused as the person who had committed the offence, no question of intent being involved. However, the alleged similar act in *Brunet* had occurred in the previous year and the lapse of time was most relevant in determining whether the necessary "nexus" between the offence charged and the alleged similar act was present. Moreover, all these abortion cases are subject to the suspicion that the prosecution is really seeking to obtain a conviction on the basis that the accused is an evil abortionist and must be convicted on one act or the other. I find of considerable interest and relevance the decision of the Court of Criminal Appeal in *R. v. Straffen*³, which dealt with the question of the accused's admission that he had strangled two other little girls in circumstances remarkably like those proved to exist in the strangling of a third with which he was charged. There Slade J. said:

Mr. Elam said: How far, then, does the admissibility of such evidence go; does it go to a burglar, housebreaker, thief, and so on? Lord Sumner, in THOMPSON'S CASE (supra), pointed out that they were merely examples of persons who fell within the genus of dishonest

serait également. Dans un tel cas, j'aurais été fermement opposé à l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour remédier à la production d'une preuve clairement irrecevable et causant un très grave préjudice. Cependant, les déclarations des accusés deviennent recevables si le juge décide que la preuve relative aux faits similaires l'est. Ces déclarations fournissent la preuve que les accusés sont les auteurs de deux autres vols qualifiés; en conséquence, si ces déclarations relèvent de la règle de droit relative aux faits similaires, elles sont recevables et la Cour d'appel n'avait pas à invoquer des dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Puisque ces trois incidents se sont succédé rapidement et présentent des ressemblances frappantes, je suis d'avis que la preuve relative aux deux autres incidents est recevable en vertu de la théorie générale du droit relative aux faits similaires. Je sais bien que dans *Brunet c. Le Roi*², la Cour a jugé que pour identifier l'accusé en tant qu'auteur de l'infraction, on ne pouvait avoir recours à la preuve que l'accusé avait fait une opération chirurgicale illégale sur une autre femme, bien qu'il n'ait pas été question d'intention. Cependant, l'acte similaire allégué dans l'affaire *Brunet* remontait à l'année précédente. Pour déterminer si le «lien» nécessaire entre l'infraction incriminée et l'acte similaire allégué existait, le laps de temps était très important. En outre, dans toutes ces affaires d'avortement, on peut soupçonner la poursuite de vouloir obtenir une condamnation, parce que l'accusé est un odieux avorteur qui doit être déclaré coupable d'une infraction ou de l'autre. A ce sujet, la décision de la *Court of Criminal Appeal* dans *R. v. Straffen*³, est à la fois très intéressante et pertinente; dans cette affaire l'accusé avait reconnu avoir étranglé deux fillettes dans des circonstances remarquablement similaires à celles de l'étranglement d'une troisième pour lequel il était inculpé. Le juge Slade a déclaré:

[TRADUCTION] M. Elam a dit: jusqu'où va la recevabilité d'une telle preuve? S'applique-t-elle au vol, au cambriolage, au vol par effraction, etc.? Dans THOMPSON (précité), lord Sumner a souligné qu'il s'agissait simplement d'exemples de personnes tombant dans la catégorie

² [1928] S.C.R. 375.

³ (1952), 36 Cr. App. R. 132.

² [1928] R.C.S. 375.

³ (1952), 36 Cr. App. R. 132.

persons; but, speaking for myself, I think that if the question of identity arose in a case of house-breaking and it were possible to adduce evidence that there was some peculiarity in relation to earlier housebreakings, which was apparent also in the case of the housebreaking charged, so as to stamp the accused man not only with the housebreaking charged but with the earlier housebreakings, and there was evidence that he had committed the earlier housebreakings, that would fall within the same principle of admissibility, not to prove his propensity for housebreaking, but to prove that he was the person who committed the housebreaking charged.

So that Court was of the opinion that similar fact evidence was admissible to prove the very fact of identity.

Evidence of similar facts showing "*modus operandi*" was admitted specifically in *R. v. Giovannone*⁴, upon a charge of false pretences and the Court, in ruling the evidence admissible, cited a series of cases in the English courts to like effect.

Nor is the fact that the incidents recounted in the similar fact evidence occurred after that upon which the charge was based any bar to admission of evidence upon reference to such incidents. Phipson, *On Evidence*, 12th ed., para. 462, states citing authorities therefor:

Generally, evidence of similar facts not only prior to, but subsequent to, that in question may be given, as well as the defendant's conduct and demeanour in connection and of any surrounding facts showing his motive or intention. However, the similar facts must have occurred within a reasonable limit of time; although where by statute a charge has to be brought within a limited period after the offence, evidence of similar offences committed beyond that limit is not thereby inadmissible.

In the present case, both incidents as to which evidence was adduced occurred the very next day. I have, therefore, concluded that the evidence as to these two remarkably similar and well nigh contemporaneous robberies was admissible. The statements of the accused in reference thereto, having been found voluntary, as that word is used in the jurisprudence, are therefore also admissible. For

des gens malhonnêtes; cependant, pour ma part, j'estime que si dans un cas de vol par effraction le litige porte sur l'identité et qu'il est possible de démontrer l'existence de points communs entre ce vol et d'autres vols par effraction, de façon à attribuer à l'accusé non seulement le vol par effraction incriminé mais aussi d'autres vols par effraction et qu'en outre, la preuve révèle qu'il a commis les autres vols par effraction, le même principe de recevabilité s'applique, non dans le but de prouver sa tendance à commettre des vols par effraction, mais afin de prouver qu'il est l'auteur du vol par effraction incriminé.

Ainsi cette cour a jugé admissible la preuve de faits similaires pour prouver l'identité de l'accusé.

Une preuve de faits similaires établissant le «*modus operandi*» a été spécifiquement admise dans l'arrêt *R. v. Giovannone*⁴, relativement à une accusation d'escroquerie et la cour a cité à l'appui de son jugement une liste d'arrêts anglais au même effet.

D'ailleurs, ce n'est pas parce que les incidents relatés dans la preuve de faits similaires sont postérieurs à celui sur lequel se fonde l'accusation, qu'elle devient irrecevable. Dans son ouvrage *On Evidence*, 12^e éd., par. 462, Phipson résume la jurisprudence en ce sens:

[TRADUCTION] Généralement, la preuve de faits similaires non seulement antérieurs, mais également postérieurs à l'incident en cause est recevable au même titre que la preuve portant sur la conduite ou le comportement du défendeur et sur d'autres faits tendant à établir son mobile ou son intention. Toutefois, les faits similaires doivent s'être produits dans un délai raisonnable; alors que la loi exige qu'une accusation soit portée dans un délai spécifié après la perpétration de l'infraction, la preuve d'une infraction similaire commise en dehors de ce délai n'est pas pour autant irrecevable.

En l'espèce, les deux incidents relatés dans la preuve se sont produits le lendemain même. Je conclus donc à la recevabilité de la preuve de ces deux vols qualifiés, qui présentent des ressemblances frappantes avec celui qui nous occupe et qui lui sont quasi-contemporains. Les déclarations des accusés à ce sujet, jugées volontaires selon la terminologie de la théorie générale du droit, sont

⁴ (1960), 45 Cr. App. R. 31.

⁴ (1960), 45 Cr. App. R. 31.

these reasons, the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* upon the question need not be considered.

I turn next to the issue of drunkenness. The trial judge in his charge did deal with drunkenness but failed to allude to that so-called defence upon outlining to the jury the theory of the defence. It would appear that defence counsel objected, during a conference in chambers, to such omission and so the trial judge recharged the jury as follows:

I listed the theories of the defence and the Judge in charge of a Jury is required to state the different theories of the defence and to review briefly what the defendants contend is the case, and I enumerated those, you recall, toward the end of my address. There was one I overlooked to mention, and I simply want to say now that both defendants also contend that the fact that they were drinking, they contend, would warrant reducing the charge from murder to manslaughter. This is their contention. I am not telling you that this is the law that must be applied, but I neglected to point out that that is one of the things. I think, if I understand it correctly, they both rely on this, perhaps Mr. Mooney more so than Mr. Alward. As his counsel pointed out, the statement given by Mr. Mooney was shorter. The written statement was shorter, and he wound up with the words, "That's all I can remember about what happened there", or something to that effect, which might have indicated that perhaps he had more to drink.

I am not going to explain to you again the degree of intoxication or the degree of drunkenness that would be required to reduce it from murder to manslaughter, because I dealt with that very fully earlier in my charge. The reason for calling you back now is merely to remedy the technical omission, or the omission I made in my charge. That is all. Will you go out now, please?

Had the only error been the failure to refer to drunkenness in outlining the theory of the defence, such recharge would have been curative. However, as Limerick J.A. points out, the charge itself was erroneous on the issue of drunkenness. As the learned justice of the Court of Appeal points out, and it need not be repeated here in detail, there was error in failure to detail what "specific intent" was so as to clarify whether drunkenness would be a bar to conviction for murder. Moreover, several references in the charge would seem to imply that some burden lay upon the accused to prove that

donc admissibles. Pour ces motifs, il n'est donc pas nécessaire d'étudier l'application du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code criminel*.

J'en viens maintenant à la question de l'ivresse. Dans son exposé au jury, le juge de première instance a traité de l'ivresse mais il a omis de mentionner ledit moyen lorsqu'il lui a exposé la thèse de la défense. Il appert que l'avocat de la défense a soulevé cette omission au cours d'un entretien dans le cabinet du juge; ce dernier a donc donné de nouvelles directives au jury:

[TRADUCTION] J'ai énuméré les thèses de la défense comme doit le faire le juge chargé de donner des directives au jury en reprenant brièvement les prétentions des défendeurs. C'est ce que j'ai fait, vous vous en souvenez, vers la fin de mon exposé. J'ai toutefois oublié de mentionner un point et je tiens à vous rappeler maintenant que les deux défendeurs soutiennent aussi que leur état d'ivresse peut justifier une réduction de l'accusation de meurtre portée contre eux à une accusation d'homicide involontaire coupable. C'est ce qu'ils prétendent. Je ne vous dis pas que c'est le droit que vous devez appliquer, mais j'avais négligé de souligner cet élément de leurs plaidoiries. Je crois comprendre qu'ils invoquent tous deux l'ivresse, M. Mooney peut-être plus que M. Alward. Comme l'a souligné son avocat, la déclaration de M. Mooney était plus courte. Ses déclarations écrites l'étaient également et se terminaient ainsi: «c'est tout ce dont je me souviens», ou quelque chose de ce genre, ce qui peut laisser entendre qu'il avait bu plus que l'autre.

Je ne vous décrirai pas de nouveau le degré d'ivresse ou d'intoxication requis pour qu'une accusation de meurtre soit réduite à une accusation d'homicide involontaire coupable, puisque j'en ai déjà longuement traité dans mon exposé. Je vous ai convoqués pour remédier à une omission de forme, omission que j'ai faite dans mon exposé. C'est tout. Veuillez vous retirer.

Si le juge avait seulement omis de mentionner l'ivresse dans l'exposé de la thèse de la défense, ce nouvel exposé aurait suffi à rectifier l'erreur. Cependant, comme l'a souligné le juge Limerick, l'exposé lui-même était erroné sur la question de l'ivresse. Comme le fait remarquer le savant juge de la Cour d'appel, et il n'est pas nécessaire de reprendre ce point en détail, le juge avait en outre commis une erreur en omettant d'expliquer ce qu'était l'«intention spécifique» de façon à expliquer si l'ivresse rendait ou non impossible une condamnation pour meurtre. En outre, plusieurs

their intoxication prevented them from forming the necessary intent while, of course, the Crown must prove every essential element of the charge beyond reasonable doubt. One of these elements is intent and, therefore, the evidence must leave no reasonable doubt that the accused were not so intoxicated as to have prevented them from forming the necessary intent. Limerick J.A. stated:

All the accused must do is raise a reasonable doubt as to his capability of forming the specific intent necessary to constitute the offence of murder.

With deference, I think it may be more accurately stated that all that is needed is for the jury to have a reasonable doubt as to the accused having such capacity. Thus any implied onus on the defence is avoided.

Limerick J.A. having noted these faults in the charge, which I regard as serious, proceeded to cite the judgment of this Court in *R. v. Squire*⁵, at p. 19 (S.C.R.):

It is, however, equally plain that a trial judge is under no duty to invite the jury to consider defences of which there is no evidence or which cannot reasonably be inferred from the evidence.

And then considering the evidence in some detail, he came to the conclusion that there was *no* evidence on which a jury could reasonably conclude that the accused might not have the capacity to form the necessary intent.

With respect, I am of the opinion that Limerick J.A. was in error in this course. There was evidence from the witness James McNeil and the witness Linda Alward that both the accused were to some degree intoxicated. There was, moreover, in the statements of both accused, submitted by the Crown, strong allegations that they had been heavily intoxicated. It was for the jury, properly instructed, to determine, whether on the above and all the other evidence, they had any reasonable

⁵ (1976), 29 C.C.C. (2d) 497, [1977] 2 S.C.R. 13.

passages de l'exposé semblent indiquer qu'il incombait aux accusés de prouver que leur ivresse les avait empêchés de former l'intention nécessaire, alors que c'est bien entendu au ministère public qu'il incombait de prouver au-delà de tout doute raisonnable tous les éléments essentiels de l'infraction. L'intention en est un et, en conséquence, la preuve doit établir, hors de tout doute raisonnable, que les accusés n'étaient pas ivres au point d'être incapables de former l'intention requise. Le juge Limerick a déclaré:

[TRADUCTION] Il suffit à l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à sa capacité de former l'intention spécifique nécessaire pour constituer l'infraction de meurtre.

Avec égards, je crois qu'il serait plus juste de dire qu'il suffit que le jury ait un doute raisonnable quant à la capacité des accusés de former l'intention requise. On évite ainsi toute obligation implicite quant à la charge de la preuve incombant à la défense.

Ayant relevé ces erreurs de l'exposé, qui à mon avis sont graves, le juge Limerick a cité l'extrait suivant du jugement de cette Cour dans *R. c. Squire*⁵, à la p. 19 (R.C.S.):

Mais il est tout aussi évident qu'un juge de première instance n'a aucune obligation d'inviter le jury à examiner des moyens à l'égard desquels il n'y a aucune preuve ou qui ne peuvent pas être raisonnablement déduits de la preuve.

Et, après une étude exhaustive de la preuve, il a conclu qu'il n'existait *aucune* preuve sur laquelle le jury pouvait raisonnablement se fonder pour conclure que les accusés pouvaient ne pas avoir été capables de former l'intention nécessaire.

A mon humble avis, le juge Limerick fait erreur. Les dépositions des témoins James McNeil et Linda Alward révèlent en effet que les deux accusés étaient assez ivres. En outre, les déclarations des deux accusés, soumises par le ministère public, font clairement mention de leur état d'ébriété. Il appartenait au jury, guidé par des directives adéquates, de déterminer si, à la lumière de toute la preuve, il existait un doute raisonnable quant à la capacité des accusés de former l'intention requise.

⁵ (1976), 29 C.C.C. (2d) 497, [1977] 2 R.C.S. 13.

doubt that the accused had the capacity to form the necessary intent. This, in my opinion, was not a problem of determining whether or not there was any evidence, a task for the judge, but rather of weighing the evidence, a task for the jury.

Limerick J.A. concluded his reasons as follows:

As there was no evidence on which a jury could reasonably conclude the appellant might not have had the ability to form the intents which it was necessary for the Crown to establish, it was not necessary for the trial judge to charge the jury as to the effect of intoxication and his directions relating thereto were surplusage and, though erroneous, occasioned no miscarriage of justice as the jury, on the evidence, was not required to consider that defence. I would apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

I would dismiss the appeal.

I have expressed a different conclusion above but I am of the opinion that s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* must be considered. Although I have concluded that there was evidence of intoxication which should have been left to the jury, properly instructed, as I have outlined, the problem remains whether the failure to properly charge the jury caused any substantial wrong or miscarriage of justice. In *Colpitts v. The Queen*⁶, at p. 755, this Court set out the test, *i.e.*, whether the jury charged as it should have been could, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty. Limerick J.A. applied that test in *Ambrose v. The Queen*⁷, saying:

In my opinion, the massive weight of the circumstantial evidence against Hutchison and his co-accused Ambrose is so over-whelming 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.

That statement was approved in this Court: 30 C.C.C. (2d) 97 at pp. 105-6. Applying that test here, I am unable to see how any jury, properly charged, could as reasonable men have failed to

A mon avis, il ne s'agissait pas de décider s'il existait ou non une preuve, ce qui est le rôle du juge, mais plutôt d'évaluer la preuve, ce qui revient au jury.

Le juge Limerick a conclu ses motifs comme suit:

[TRADUCTION] Puisqu'il n'y a pas de preuve permettant au jury de conclure raisonnablement que l'appellant ne pouvait peut-être pas former les intentions que le ministère public devait établir, le juge de première instance n'était pas obligé de donner des directives au sujet de l'ivresse. Ses directives à cet effet étaient donc superflues et, quoique erronées, n'ont entraîné aucun déni de justice, puisque d'après la preuve, le jury n'était pas tenu d'étudier cet aspect de la défense. Je suis d'avis d'appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

L'appel est rejeté.

J'ai exprimé une conclusion différente, mais je suis néanmoins d'avis que le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* mérite d'être pris en considération. Même si j'ai conclu à l'existence d'une preuve de l'ivresse qui aurait dû être laissée à l'appréciation du jury, ayant reçu les directives appropriées, il reste à déterminer si le défaut de lui donner des directives adéquates a causé un tort important ou un déni de justice. Dans *Colpitts c. La Reine*⁶, à la p. 755, cette Cour a établi le critère suivant: si les jurés avaient reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, auraient-ils pu raisonnablement faire autrement que conclure à la culpabilité de l'appellant? Le juge Limerick a appliqué ce critère dans l'arrêt *Ambrose c. La Reine*⁷, déclarant:

[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.

La présente Cour a approuvé cette déclaration: 30 C.C.C. (2d) 97, aux pp. 105 et 106. Si j'applique ce critère en l'espèce, je ne vois pas comment un jury, ayant reçu les directives appropriées, aurait

⁶ [1965] S.C.R. 739.

⁷ (1975), 25 C.C.C. (2d) 90.

⁶ [1965] R.C.S. 739.

⁷ (1975), 25 C.C.C. (2d) 90.

convict these appellants or specifically could have concluded that there was any reasonable doubt that each of them had the capacity to form the specific intent to rob and assault the late Mr. Willet. It is not necessary to outline that evidence, sufficient to say that it did convince a jury, a fact which cannot be ignored, despite the faults in the charge; it convinced the Court of Appeal and it has convinced this court.

I would dismiss the appeals.

The judgment of Ritchie and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—My brother Spence, in his reasons, concludes that the appeals should be dismissed. I agree with that conclusion and I also agree with his reasons, except as to the defence of drunkenness.

On that issue, I share the opinion of the Court of Appeal that there was no evidence on which a jury, properly instructed, could find that there existed such intoxication as to negate criminal intent. To my mind, there did not exist any evidence capable of that interpretation, so that the errors that the trial judge possibly committed when directing the jury on that issue have no relevance. That particular defence in the circumstances was non-existent.

If I held the opinion that there was some basis for a defence of intoxication, I, like my brother, would without hesitation apply art. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Appeals dismissed.

Solicitor for the appellant, Alward: J. Brian Neill, Fredericton.

Solicitor for the appellant, Mooney: J. Brian D. Malone, Fredericton.

Solicitor for the respondent: William Kearney, Fredericton.

raisonnablement pu conclure autrement qu'à la culpabilité des appelants ou, plus précisément, qu'il existait un doute raisonnable quant à leur capacité de former l'intention spécifique de commettre un vol qualifié et de se livrer à des voies de fait sur la personne de feu M. Willet. Il n'est pas nécessaire de relever tous les éléments de la preuve pour appuyer cette conclusion et il suffit de dire qu'elle a convaincu le jury, fait qu'on ne peut négliger, malgré les erreurs de l'exposé; elle a convaincu la Cour d'appel et convainc également la présente Cour.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Le jugement des juges Ritchie et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Dans ses motifs, mon collègue le juge Spence conclut au rejet des pourvois. Je partage cette conclusion et je souscris à ses motifs, à l'exception toutefois de ceux qui ont trait à la défense d'ivresse.

Sur ce point, je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle il n'y avait pas de preuve permettant à un jury, ayant reçu des directives appropriées, de conclure à un état d'ivresse tel qu'il rendait impossible l'intention criminelle. A mon avis, aucun élément de preuve ne pouvait être interprété de la sorte et les erreurs que le juge de première instance a pu commettre en donnant ses directives au jury sur ce point n'ont aucune conséquence. Dans les circonstances, cette défense ne pouvait être retenue.

Si j'étais d'opinion que la défense d'ivresse était fondée, je n'hésiterais pas, tout comme mon collègue, à appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Pourvois rejetés.

Procureur de l'appelant, Alward: J. Brian Neill, Fredericton.

Procureur de l'appelant, Mooney: J. Brian D. Malone, Fredericton.

Procureur de l'intimée: William Kearney, Fredericton.