

Salomonie Goo Jaw *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. JAW****Neutral citation: 2009 SCC 42.**

File No.: 32706.

2009: January 13; 2009: September 25.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NUNAVUT

Criminal law — Charge to jury — Intent for murder — Post-offence conduct — Police officer shot by accused during violent struggle — Accused admitting at trial to having shot officer but claiming lack of intent to kill — Jury finding accused guilty of first degree murder — Whether trial judge’s comments in charge suggesting that jury could infer intent from accused’s post-offence conduct constituted error justifying appellate intervention — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a), (b)(iii).

A police officer who was responding to a 911 call about a domestic dispute between the accused and his common-law spouse died from a gunshot wound which he sustained in the heat of a violent struggle with the accused. The accused was charged with first degree murder and admitted at trial to having shot the officer; he claimed, however, he lacked the intent to kill. The trial judge in his charge twice drew the jury’s attention to the accused’s conduct after the shooting. In particular, he told the jurors that “the Crown says you should conclude that the accused knew he shot [the officer] because he did not even bother to check [his condition] before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment [the officer] was shot, the accused intended to kill [him], or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill [him], and he was reckless about whether the [officer] died or not”. The accused was ultimately convicted of first degree murder. The

Salomonie Goo Jaw *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. JAW****Référence neutre : 2009 CSC 42.**

N° du greffe : 32706.

2009 : 13 janvier; 2009 : 25 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU NUNAVUT

Droit criminel — Exposé au jury — Intention requise pour commettre un meurtre — Comportement postérieur à l’infraction — Policier abattu par balle par l’accusé durant une violente bagarre — Accusé admet au procès avoir tiré sur le policier, mais nie avoir eu l’intention de tuer — Jury déclare l’accusé coupable de meurtre au premier degré — Les commentaires du juge du procès dans son exposé, suggérant que le jury pouvait inférer l’intention de l’accusé de sa conduite postérieure à l’infraction, constituaient-ils une erreur justifiant une intervention en appel? — Si oui, la disposition réparatrice était-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a, b)(iii).

Un policier, qui répondait à un appel au service 911 concernant une querelle opposant l’accusé et sa conjointe de fait, est mort des suites d’une blessure par balle subie dans le feu d’une violente bagarre avec l’accusé. L’accusé a été inculpé de meurtre au premier degré et a admis, au procès, avoir fait feu sur l’agent; il a toutefois soutenu qu’il n’avait pas l’intention de le tuer. Dans son exposé au jury, le juge du procès a attiré l’attention des jurés à deux reprises sur le comportement de l’accusé postérieur au coup de feu. Plus particulièrement, il a dit aux jurés que « le ministère public vous suggère de conclure que l’accusé savait qu’il avait abattu l’agent [. . .] parce qu’il n’a même pas pris le soin [d’]examiner [dans quel état il était] avant de décider, comme il a dit, de s’enlever la vie. Ainsi, si vous retenez cette preuve, vous pouvez conclure que l’accusé avait l’intention de tuer l’agent [. . .] au moment où celui-ci a été abattu, ou que l’accusé avait à tout le moins l’intention de causer des lésions corporelles en sachant qu’elles seraient de nature à causer la mort de

majority of the Court of Appeal upheld the murder conviction. The dissenting judge found that the trial judge had made a reversible error in his charge to the jury by suggesting that the jury might directly infer an intention to kill the police officer from the accused's post-offence conduct and that this error could not be cured by s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Held (Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The trial judge did not commit an error of law in his charge to the jury. Although, in the first sentence of the impugned portion of the charge, he somewhat misconstrued the Crown's actual reason for pointing to the accused's post-offence conduct, which was to impugn the accused's credibility and to suggest that he was fully aware of his actions at the time of the shooting, this could not be said to constitute an error in the charge. This error does not engage any of the three branches of s. 686(1)(a) of the *Criminal Code* and is therefore of no consequence to this appeal. There is no suggestion that the verdict was not reasonably supported by the evidence or that the jury was swayed by this misstatement in a way that could have resulted in an unfair trial. Nor can it be said that the trial judge erred on a question of law, since the error occurred while the trial judge was simply summarizing the Crown's position not while he was giving an instruction on a point of law. The theory on post-offence conduct mistakenly attributed to the Crown was not contrary to law or otherwise impermissible. The conclusion that the accused knew he had shot the officer could easily, and fairly, be drawn from the evidence of his actions after the shooting. [27] [29]

The second sentence, read in context, cannot reasonably be understood to suggest that the jury could infer intent from the accused's post-offence conduct alone. This sentence was made at the end of the judge's summary of the Crown's submissions and was immediately followed by a review of the defence theory. The structure of this portion of the charge suggests that: (1) the trial judge's use of the words "this evidence" referred to the entirety of the Crown's evidence that the judge had

l'agent [. . .], et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non. » L'accusé a finalement été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la condamnation pour meurtre. Le juge dissident a estimé que le juge du procès avait commis, dans son exposé au jury, une erreur justifiant d'infirmer sa décision en indiquant que les jurés pouvaient s'appuyer sur le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour inférer directement de celui-ci l'existence de son intention de tuer le policier et que le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne permettait pas de remédier à cette erreur.

Arrêt (les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit dans son exposé au jury. Même si, dans la première phrase de l'extrait contesté des directives, il a, dans une certaine mesure, mal interprété la véritable raison pour laquelle le ministère public a attiré l'attention sur le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction, soit pour mettre en doute la crédibilité de ce dernier et pour suggérer qu'il était pleinement conscient de ses actes au moment où il a tiré, cela ne pouvait pas être considéré comme une erreur dans l'exposé. Cette erreur ne tombe sous aucun des trois volets de l'al. 686(1)(a) du *Code criminel*, elle n'a donc aucune incidence sur le présent pourvoi. Personne ne plaide que le verdict ne peut raisonnablement s'appuyer sur la preuve, ou que le jury a été influencé par cette déclaration erronée au point où cela aurait compromis l'équité du procès. On ne saurait prétendre non plus que le juge du procès a commis une erreur sur une question de droit, puisque l'erreur est survenue pendant que le juge ne faisait que résumer la thèse du ministère public, et non pas pendant qu'il donnait une directive juridique. La thèse relative au comportement postérieur à l'infraction qui a été erronément attribuée au ministère public n'était pas contraire à la loi ou inadmissible à un autre titre. Il était facile et équitable de tirer la conclusion selon laquelle l'accusé savait qu'il avait abattu le policier à partir de la preuve relative aux gestes qu'il a posés après avoir tiré. [27] [29]

La deuxième phrase, lue dans son contexte, ne peut raisonnablement être interprétée comme une suggestion faite au jury d'utiliser uniquement le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour inférer l'existence de l'intention. Cette phrase se trouve à la fin du résumé par le juge des arguments du ministère public, et est immédiatement suivie de l'examen de la thèse de la défense. La structure de cette partie de l'exposé au jury laisse entendre : (1) que l'utilisation des mots « cette

just summarized for the jury and did not refer solely to the post-offence conduct; and, (2) the trial judge was not instructing the jury to use the evidence in the manner suggested by the Crown, but rather was concluding his review of the Crown's position before moving on to the defence submissions. In merely setting out the Crown's argument on how all the evidence presented by the Crown at trial might be used to resolve the central issue of intent, the trial judge did not commit an error, much less an error of law that could justify appellate intervention under s. 686(1)(a) of the *Code*. While this wrap-up sentence should really have been placed in a separate paragraph to distinguish it from the specific piece of evidence that the trial judge had mentioned in the preceding sentence, the confusion surrounding this passage might be explained in part by the potential for transcription difficulties at trial. The charge was delivered in English and translated sentence-by-sentence into Inuktitut. The transcription process is already reductionist in nature and in the case of a trial conducted in two languages, the natural breaks between topics may not be as clear as usual, given the constant interruptions required for translation. The paragraph structure of the charge as set out in the transcript should not be read as necessarily reflecting the actual structure of the charge as presented at trial, particularly given that the instructions were delivered orally and were translated sentence-by-sentence for the jury. An appellate court must certainly rely on transcripts as records of lower court hearings, but their usefulness does not imply that the court should not examine them critically when necessary. [31-34]

An ambiguity in the charge should not automatically be resolved in favour of the accused. While a restrictive interpretation may be warranted where an ambiguity cannot be resolved by means of the usual principles of interpretation, it is a principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation. Here, when read in the context of the entire charge, of the evidence and of the trial as a whole, the impugned statement has only one reasonable meaning. [37-38]

Lastly, even if there had been an error in the charge, this is a case in which the curative proviso would apply since no substantial wrong or miscarriage of justice would have occurred. [3] [43] [45]

preuve » par le juge du procès faisait référence à l'intégralité de la preuve du ministère public que le juge venait de résumer pour le jury et ne référerait pas qu'au comportement postérieur à l'infraction; et (2) que le juge du procès n'a pas donné la directive au jury d'utiliser la preuve de la manière suggérée par le ministère public, mais qu'il concluait son examen de la thèse du ministère public avant de passer aux observations de la défense. En ne faisant que résumer l'argument du ministère public sur l'utilisation possible de tous les éléments de preuve que le ministère public avait présentés au procès afin de résoudre la question centrale de l'intention criminelle, le juge du procès n'a pas commis d'erreur, encore moins une erreur de droit justifiant l'intervention d'une cour d'appel en application de l'al. 686(1)(a) du *Code criminel*. Même si cette dernière phrase récapitulative aurait dû, en réalité, être placée dans un paragraphe distinct afin d'établir une distinction avec l'élément de preuve spécifique auquel le juge du procès avait fait référence dans la phrase précédente, la confusion qui entoure cet extrait est susceptible de s'expliquer en partie par les difficultés que peut poser la transcription lors d'un procès. Les directives ont été données au jury en anglais et traduites phrase par phrase en inuktitut. La transcription est déjà réductionniste par nature et dans le cas d'un procès qui se déroule dans deux langues, il est possible que les pauses naturelles entre les sujets traités ne soient pas aussi évidentes qu'à l'habitude compte tenu des interruptions constantes que nécessite la traduction. Il ne faut pas interpréter la structure des paragraphes de l'exposé au jury dans la transcription comme si elle reflétait nécessairement la structure réelle de l'exposé au procès, particulièrement lorsque l'exposé au jury a été fait de vive voix et traduit phrase par phrase pour le jury. Une cour d'appel se fonde nécessairement sur la transcription à titre d'enregistrement des audiences tenues devant les tribunaux d'instances inférieures, mais son utilité ne signifie pas que la cour n'a pas à l'examiner d'un œil critique, au besoin. [31-34]

Une ambiguïté que comporte un exposé ne devrait pas systématiquement être résolue en faveur de l'accusé. Même si l'interprétation restrictive peut être justifiée advenant une ambiguïté qui n'est pas susceptible d'être résolue par les principes d'interprétation habituels, ce principe ne s'applique qu'en dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l'objet et le contexte. En l'espèce, lorsqu'elle est interprétée dans le contexte global de l'exposé, de la preuve et de l'ensemble du procès, la déclaration contestée ne possède qu'un seul sens raisonnable. [37-38]

Finalement, même si l'exposé avait contenu une erreur, il s'agit en l'espèce d'une affaire où la disposition réparatrice s'appliquerait, car aucun tort important ni aucune erreur judiciaire n'en a résulté. [3] [43] [45]

Per Binnie and Fish JJ. (dissenting): The conviction should be set aside and a new trial ordered. The only real issue at trial was whether the accused had acted with the requisite intent for murder. The trial judge misdirected the jury in that regard by twice suggesting to the jurors that they could consider the accused's post-offence conduct in determining his intent at the moment of the shooting. These were not isolated or fleeting comments. The impugned references all occurred in the context of his review of evidence and of Crown submissions explicitly and directly related to the accused's intent when he caused the death of the police officer. These references formed an important part of his instruction to the jury on how they were to determine whether the accused had the requisite intent for murder. While the jury might well have understood that the trial judge was summarizing his entire discussion of the accused's intent or, at the very least, the Crown's theory on that issue, in either case, part of the evidence which the jury was invited to rely on included evidence of the accused's post-offence conduct. That is the problem. The trial judge clearly indicated to the jury that if they accepted the evidence he had reviewed for them, including the accused's post-offence conduct, they were free to conclude that the accused had the requisite intent for murder. This was an instruction in law, which the jury was bound to accept. It is of no moment that the trial judge's instruction rested on a misunderstanding of the Crown's position. What matters is that the jury was told by the trial judge that it could draw, in respect of the critical issue in the case, an inference prohibited by law. The judge's instruction was plainly erroneous in law but, even if it were merely "confusing", any uncertainty as to its meaning and effect would surely have to be resolved in the accused's favour and not in the Crown's favour. [47] [63] [75] [80] [82-83] [85] [90] [97] [103]

While transcripts do not always record fully or accurately everything that in fact was said, appellate courts must nonetheless rely on the record as they have it. Here, on the material, nothing suggests that the trial judge's erroneous instruction is a function of miscommunication arising from the bilingual proceedings at trial, or the misplacement of certain paragraphs in the transcript. [93] [95]

Les juges Binnie et Fish (dissidents) : Il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La seule question réellement en litige était celle de savoir si l'accusé avait l'intention requise pour commettre un meurtre au moment où il a agi. Le juge du procès a donné au jury des directives erronées à cet égard en amenant à deux reprises les jurés à croire qu'ils pouvaient examiner le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour juger de son intention au moment où le coup de feu a été tiré. Il ne s'agissait pas de commentaires isolés ou éphémères. Le juge du procès a fait toutes ses références contestées au comportement de l'accusé postérieur à l'infraction dans le cadre de son examen de la preuve et des arguments du ministère public se rapportant explicitement et directement à l'intention de l'accusé au moment où il a causé la mort de l'agent. Ces références constituaient une partie importante de la directive qu'il a donnée aux jurés sur la façon dont ils devaient déterminer si l'accusé avait l'intention requise pour commettre un meurtre. Le jury peut fort bien avoir compris que le juge résumait l'ensemble de ses observations sur l'intention de l'accusé ou, à tout le moins, la thèse du ministère public sur la question; il n'en demeure pas moins que, dans les deux cas, le jury a été invité à fonder sa décision notamment sur des éléments de preuve relatifs au comportement de l'accusé postérieur à l'infraction. Voilà le problème. Le juge du procès a clairement indiqué aux jurés que s'ils retenaient la preuve qu'il avait examinée pour eux, y compris le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction, ils étaient libres de conclure que l'accusé avait l'intention requise pour le meurtre. Il s'agissait d'une directive en droit que le jury était tenu d'accepter. Il n'est pas pertinent que la directive du juge du procès ait été fondée sur une mauvaise compréhension de la position du ministère public. Ce qui importe, c'est que le juge du procès ait dit aux jurés qu'ils pouvaient — quant à une question décisive en l'espèce — tirer une inférence prohibée. La directive du juge était manifestement erronée en droit, et même si elle n'était que « confus[e] », toute incertitude quant au sens et à l'effet qu'il faut lui donner devrait assurément être résolue en faveur de l'accusé, pas en faveur du ministère public. [47] [63] [75] [80] [82-83] [85] [90] [97] [103]

Bien que les transcriptions ne témoignent pas toujours de façon complète ou fidèle de tout ce qui a été dit, les tribunaux d'appel doivent néanmoins se fonder sur le dossier qui leur a été soumis. En l'espèce, compte tenu des éléments du dossier, rien ne porte à croire que les directives erronées du juge du procès découlent des problèmes de communication dus au bilinguisme du procès ou du mauvais découpage de certains paragraphes dans la transcription. [93] [95]

The curative proviso is not applicable. Once a legal error is established, the burden is on the Crown to persuade the court that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred. The Crown has not discharged that burden. The trial judge's erroneous instructions, which concern the only real issue at trial, cannot be characterized as "harmless" or "having no impact on the verdict". Nor can the evidence pointing to the accused's guilt of murder, as opposed to manslaughter, be described as so overwhelming that any other verdict but a conviction for murder would be impossible. On this branch of the test, the accused's evidence that he never intended to shoot the police officer, the evidence of the Crown's own witness as to the potential effect of pepper spray on the accused's mental state, and the fact that the shooting occurred during a struggle where both the officer and the accused had both hands on the weapon must be borne in mind. [48] [100-101]

Cases Cited

By LeBel J.

Referred to: *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462; *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Khan, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Torbiak* (1974), 26 C.R.N.S. 108; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286, rev'd [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. Gallagher* (1922), 63 D.L.R. 629; *Bigaouette v. The King*, [1927] S.C.R. 112; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. C.D.*, 2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 231(4)(a), 235(1), 686(1)(a), (b)(iii).

La disposition réparatrice n'est pas applicable. Dès qu'une erreur de droit est établie, il incombe au ministère public de convaincre la cour qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. Le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau. Les directives erronées du juge du procès, qui portaient sur la seule question réellement en litige au procès, ne peuvent être considérées comme « inoffensives » ou comme « n'ayant aucune incidence sur le verdict ». La preuve qui tend à établir la culpabilité pour meurtre de l'accusé, plutôt que pour homicide involontaire coupable, ne peut pas non plus être considérée comme étant à ce point accablante qu'il serait impossible d'obtenir un verdict autre qu'une déclaration de culpabilité pour meurtre. En ce qui concerne ce volet de l'analyse, il faut tenir compte du témoignage de l'accusé selon lequel il n'a jamais eu l'intention d'abattre le policier, de la déposition du témoin du ministère public sur l'effet que peut avoir eu le gaz poivré sur l'état mental de l'accusé et du fait que le coup de feu a été tiré lors d'une bagarre durant laquelle l'agent et l'accusé avaient tous les deux les mains sur l'arme. [48] [100-101]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462; *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Khan, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Torbiak* (1974), 26 C.R.N.S. 108; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286, inf. par [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. Gallagher* (1922), 63 D.L.R. 629; *Bigaouette c. The King*, [1927] R.C.S. 112; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. C.D.*, 2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 231(4)(a), 235(1), 686(1)(a), (b)(iii).

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Nunavut Court of Appeal (Martin, Watson and Johnson JJ.A.), 2008 NUCA 2, 432 A.R. 297, 424 W.A.C. 297, [2008] Nu.J. No. 16 (QL), 2008 CarswellNun 17, upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed, Binnie and Fish JJ. dissenting.

Marvin R. Bloos, Q.C., for the appellant.

Ron Reimer and Susanne Boucher, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] The appellant, Salomonie Goo Jaw, appeals from his conviction by the Nunavut Court of Justice for the first degree murder of a police officer. Constable Jurgen Seewald died from a gunshot wound he sustained while responding to a 911 call about a domestic dispute between the appellant and his common-law spouse. At trial, the appellant admitted to having shot the officer, but claimed he lacked the intent to kill.

[2] The majority of the Nunavut Court of Appeal upheld the murder conviction. Martin J.A., in dissent, found that the trial judge had made a reversible error in his charge to the jury in suggesting that the jury might directly infer an intention to kill the police officer from the appellant's post-offence conduct. The issue on this appeal is whether the trial judge's statement in the jury charge regarding the appellant's post-offence conduct was

Doctrine citée

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto : Thomson/Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nunavut (les juges Martin, Watson et Johnson), 2008 NUCA 2, 432 A.R. 297, 424 W.A.C. 297, [2008] Nu.J. No. 16 (QL), 2008 CarswellNun 17, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Fish sont dissidents.

Marvin R. Bloos, c.r., pour l'appelant.

Ron Reimer et Susanne Boucher, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] M. Salomonie Goo Jaw, l'appelant, interjette appel de sa condamnation par la Cour de justice du Nunavut pour le meurtre au premier degré d'un policier. L'agent Jurgen Seewald est mort des suites d'une blessure par balle alors qu'il répondait à un appel au service 911 concernant une querelle opposant l'appelant et sa conjointe de fait. Au procès, l'appelant a admis avoir fait feu sur l'agent; il a toutefois soutenu qu'il n'avait pas l'intention de le tuer.

[2] Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nunavut ont confirmé la condamnation pour meurtre. Dans ses motifs dissidents, le juge Martin a estimé que le juge du procès avait commis, dans son exposé au jury, une erreur justifiant d'infirmer sa décision en indiquant que les jurés pouvaient s'appuyer sur le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour inférer directement de celui-ci l'existence de son intention de tuer le policier. Dans

wrong and whether the error warrants a new trial.

[3] In my opinion, the appeal should be dismissed and the conviction upheld. The trial judge's charge to the jury did not contain an error. Read in isolation, the impugned portion of the charge could be understood to suggest that the appellant's post-offence conduct might be used to infer that he intended to kill the officer. However, a charge to the jury must be read in its entire context. On the whole, the judge did not put this inference to the jury and the charge contained no identifiable error. Even if there had been an error in the charge, this is a case in which the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, would apply, since no substantial wrong or miscarriage of justice would have occurred.

II. Facts

[4] The trial testimony revealed that, in the hours before the shooting on March 5, 2001, the appellant had had an argument with his common-law partner, Barbara Ettinger. Ms. Ettinger had tried to end their relationship, asking him to move out of her apartment, but he refused to leave and instead made an attempt at reconciliation. Eventually they went to bed, at which point the appellant tried to become intimate and to remove Ms. Ettinger's clothing. She resisted, and called out to the neighbours through the bedroom wall to get them to call the police. The appellant brought her the phone himself so she could make the call.

[5] According to the transcript of her conversation with the RCMP dispatcher, Ms. Ettinger suggested that the argument could become "physical", and she told the dispatcher that the appellant had said he was prepared to put up a fight when the police arrived. Once the call had ended, the appellant removed a shotgun from the closet — he

le présent pourvoi, la Cour est appelée à déterminer si, d'une part, la déclaration du juge du procès — dans son exposé au jury — sur le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction constitue une erreur, et si, d'autre part, cette erreur justifie la tenue d'un nouveau procès.

[3] À mon avis, le pourvoi devrait être rejeté et la déclaration de culpabilité maintenue. L'exposé du juge du procès au jury ne contenait pas d'erreur. Considéré isolément, l'extrait contesté de cet exposé pourrait laisser croire qu'il est possible d'utiliser le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction pour inférer son intention de tuer le policier. Toutefois, l'exposé au jury doit être interprété dans son ensemble. Considéré ainsi, l'exposé en cause n'a pas donné une directive en ce sens au jury et ne contient aucune erreur identifiable. En outre, même si l'exposé avait contenu une erreur, il s'agit en l'espèce d'une affaire où la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s'appliquerait, car aucun tort important ni aucune erreur judiciaire n'en a résulté.

II. Les faits

[4] Au procès, les témoignages entendus ont révélé que, le 5 mars 2001, au cours des heures ayant précédé le coup de feu, l'appelant s'est querellé avec sa conjointe de fait, M^{me} Barbara Ettinger. Celle-ci avait tenté de mettre fin à leur relation et avait demandé à l'appelant de quitter son appartement. Ce dernier a refusé, essayant plutôt de se réconcilier avec elle. Ils se sont finalement couchés et, aussitôt, l'appelant a tenté d'avoir une relation intime avec M^{me} Ettinger et de lui retirer ses vêtements. Elle a résisté et, à travers le mur de la chambre à coucher, a crié à ses voisins d'appeler la police. L'appelant lui a apporté le téléphone lui-même afin qu'elle puisse effectuer l'appel.

[5] Selon la transcription de la conversation intervenue entre elle et le répartiteur de la GRC, M^{me} Ettinger a laissé entendre que la situation pourrait dégénérer en confrontation physique et a dit que l'appelant avait déclaré être prêt à se battre dès l'arrivée de la police. Au terme de l'appel, l'appelant a sorti un fusil de chasse du placard et, déclarant

claimed that he felt this would make her stop arguing — and pumped it to show that it was loaded. This caused a live round to eject, which he placed back in the gun before returning it to the closet. The appellant then had a cigarette and coffee while waiting for the police to arrive. Ms. Ettinger testified that the appellant double-checked the gun in the closet when Cst. Seewald knocked on the door, and put it back when Ms. Ettinger admonished him to do so. The appellant denied having done this.

[6] When Cst. Seewald arrived, Ms. Ettinger answered the door and informed him that the appellant had a gun before letting him into the apartment. The officer assured her that everything would be fine and entered the apartment. Ms. Ettinger testified that no guns were visible in the apartment at that time. Once inside, the officer asked the appellant to sit down in the living room. According to the appellant, he refused to sit down and Cst. Seewald then pushed him into a chair, ripping his T-shirt in the process. Ms. Ettinger left the room to get him a new shirt. In her absence, the appellant claimed, he stood up from the chair and the officer started to pepper-spray him, causing intense pain and a burning sensation in his eyes. Ms. Ettinger did not hear or see anything while she was getting the shirt, but she testified that when she returned to the living room, the appellant was trying to shield his eyes from the pepper spray, exclaiming that it hurt.

[7] Ms. Ettinger then recalled seeing the appellant and Cst. Seewald struggling with each other in the living room and moving out onto the porch, where the struggle continued. She did not see either of them pick up the shotgun, but first noticed it when the two men were outside on the porch. She testified that they both had their hands on the weapon, and that Cst. Seewald had said something like “Give me the gun”, while pushing down on the barrel. Finally, she heard a shot and saw a bright flash. Constable Seewald exclaimed “I’m shot” and fell to the ground. A neighbour testified that she heard Ms. Ettinger cry out “No, don’t” before the

penser que ce geste la ferait taire, a actionné la pompe de l’arme pour montrer qu’elle était chargée. Cette manœuvre a provoqué l’éjection d’une cartouche non éclatée qu’il a replacée dans le fusil de chasse avant de remettre celui-ci dans le placard. L’appellant s’est alors allumé une cigarette et servi un café en attendant l’arrivée de la police. M^{me} Ettinger a témoigné que l’appellant était allé vérifier le fusil de chasse dans le placard lorsque le policier Seewald a frappé à la porte, et qu’il l’y avait replacé après qu’elle l’eut sommé de le faire. L’appellant a nié avoir agi de la sorte.

[6] À l’arrivée de l’agent Seewald, M^{me} Ettinger a répondu à la porte et, avant de le laisser entrer dans l’appartement, lui a dit que l’appellant avait un fusil de chasse. Le policier l’a assuré que tout irait bien et est entré dans l’appartement. D’après M^{me} Ettinger, aucun fusil de chasse n’était alors visible dans l’appartement. Une fois à l’intérieur, l’agent Seewald a demandé à l’appellant de s’asseoir au salon. Ce dernier a soutenu qu’il avait refusé d’obtempérer et que le policier l’avait poussé sur une chaise, déchirant du même coup sa chemise. M^{me} Ettinger a quitté la pièce pour aller lui chercher une nouvelle chemise. En son absence, l’appellant soutient qu’il s’est levé et que le policier a commencé à l’asperger de gaz poivré, lui occasionnant ainsi d’intenses douleurs et de l’irritation aux yeux. M^{me} Ettinger n’a rien vu ni entendu pendant qu’elle est allée chercher la chemise, mais a déclaré durant son témoignage que, lorsqu’elle est revenue au salon, l’appellant tentait de se protéger les yeux du jet de gaz poivré en criant qu’il avait mal.

[7] M^{me} Ettinger s’est ensuite rappelé qu’elle avait vu l’appellant et l’agent Seewald se battre dans le salon et se déplacer vers la galerie où la bagarre s’est poursuivie. Elle n’a vu ni l’un ni l’autre des deux hommes s’emparer du fusil de chasse. Elle ne l’a remarqué qu’au moment où les deux belligérants étaient sur la galerie. Selon son témoignage, les deux hommes avaient les mains sur l’arme et l’agent Seewald a dit quelque chose comme [TRADUCTION] « Donne-moi le fusil » tout en poussant vers le bas le canon du fusil. Finalement, elle a entendu un coup de feu et vu un éclair brillant. L’agent Seewald a dit [TRADUCTION] « je suis touché », et est tombé

shot was fired. Ms. Ettinger recalled screaming after the officer was shot, and described a look of disbelief on the appellant's face.

[8] At trial, to counter the appellant's claim that the shot was fired accidentally in a struggle over the gun, the Crown led expert evidence on the likely distance from which the shot was fired. According to Dr. Bannach, a forensic pathologist, the scalloped edges of the wound were consistent with a shot fired from a distance of at least three feet, while the existence of satellite wounds and the presence of plastic wads extended the likely distance to between four and eight feet. Mr. Voth, an RCMP forensic firearms expert, offered a similar estimate that the shot was fired at a distance of between two and five feet; his estimate was based on his analysis of gunshot residue on Cst. Seewald's parka and on a parka similar in make and style to the one worn by the officer on the night of the shooting. Mr. Voth also testified that the gun could not have discharged accidentally or as a result of being dropped or struck. Defence counsel objected to Mr. Voth's conclusions on the basis of how the parka had been transported from the scene of the shooting and of the order in which he had conducted the chemical tests, which, Mr. Voth admitted, may have had an impact on his ability to form a conclusive opinion of the results.

[9] The appellant claimed to have no memory of the events after he was pepper-sprayed until he found himself on the porch and heard Ms. Ettinger yelling. He testified that when he realized he had shot the officer, he reloaded the gun to kill himself. Ms. Ettinger intervened and stopped him from doing so. The appellant then walked out onto the sea ice with his gun, still contemplating suicide.

au sol. Une voisine a témoigné qu'elle avait entendu M^{me} Ettinger crier [TRADUCTION] « Non, ne fais pas ça », avant que le coup de feu soit tiré. M^{me} Ettinger s'est rappelé avoir crié après que le policier ait été abattu et a décrit l'expression d'incrédulité sur le visage de l'appellant.

[8] Au procès, afin de réfuter la thèse de l'appellant selon laquelle le coup de feu aurait été tiré accidentellement au cours de la bagarre pour le fusil, le ministère public a déposé une preuve d'expert relativement à la distance probable entre l'arme et la victime au moment où le coup de feu a été tiré. Selon le D^r Bannach, médecin légiste, les bordures cannelées de la blessure correspondaient à celles d'un coup de feu tiré d'une distance d'au moins trois pieds, tandis que la présence de blessures satellites et de bourre de matière plastique indiquait une distance probable de tir de quatre à huit pieds. M. Voth, expert en balistique de la GRC, a proposé une évaluation semblable selon laquelle le coup de feu avait été tiré d'une distance de deux à cinq pieds, conclusion qu'il a tirée au terme de son analyse des résidus de poudre trouvés sur le parka de l'agent Seewald et de ceux reproduits sur un parka de marque et de style semblables à celui porté par l'agent la nuit où le coup de feu a été tiré. M. Voth a aussi affirmé qu'on ne pouvait pas avoir déchargé le fusil accidentellement, ou encore en l'échappant ou en le frappant. Soulignons que l'avocate de la défense s'est opposée aux conclusions de M. Voth. Elle se fondait, d'une part, sur la façon dont le parka avait été transporté depuis le lieu du meurtre et, d'autre part, sur l'ordre précis dans lequel il avait effectué les tests chimiques, ce qui, de l'aveu même de M. Voth, a pu influencer sa capacité d'en venir à une opinion définitive à partir des résultats.

[9] L'appellant soutient n'avoir aucun souvenir des événements survenus après qu'il eut été aspergé de gaz poivré jusqu'à ce qu'il se retrouve sur la galerie et entende les hurlements de M^{me} Ettinger. Selon le témoignage de l'appellant, lorsqu'il a réalisé qu'il avait abattu le policier, il a rechargé le fusil de chasse pour se suicider. M^{me} Ettinger est intervenue pour l'en empêcher. L'appellant s'est alors rendu à pied sur la banquise avec son fusil, pensant toujours se suicider.

[10] Constable Seewald died from his wounds shortly after emergency workers arrived on the scene. Later that day, the appellant turned himself in to the police and was charged with first degree murder contrary to s. 235(1) of the *Criminal Code*.

III. Judicial History

A. *Nunavut Court of Justice (Vertes J.)*

[11] The appellant's jury trial was conducted in both Inuktitut and English. Every word was translated, generally on a sentence-by-sentence basis.

[12] The central issue at trial was whether the appellant had formed the intent to kill the officer, or whether the officer's death was caused accidentally. A finding of intent would result in a conviction for first degree murder pursuant to s. 231(4)(a) of the *Criminal Code*. A finding of accidental discharge could either lead to an acquittal if it were a "pure accident" — if, for example, the officer had grabbed the gun unlawfully and it went off accidentally while the appellant was trying to wrest it away — or result in a conviction for manslaughter if the jury concluded that the appellant was committing an unlawful act — for example, by pointing the gun or using it carelessly — at the time of the shooting.

[13] In her closing address to the jury, Crown counsel briefly mentioned the appellant's post-offence conduct. More specifically, she referred to the allegation that the appellant had intended to commit suicide even though he had not checked on the officer's condition and thus could not even have known whether Cst. Seewald had been killed. In this address, Crown counsel stated:

I'm going to now go to the suicide, quote "attempt". Did Salamonie [*sic*] really want to commit suicide when, by his own evidence, he didn't even know if the shot had hit [Cst. Seewald]? He didn't check him. He didn't see a wound. So, why would he feel it necessary to commit

[10] L'agent Seewald est mort des suites de ses blessures peu après l'arrivée des secouristes sur la scène. L'appellant s'est rendu lui-même à la police plus tard ce jour-là et a été accusé de meurtre au premier degré, infraction prévue au par. 235(1) du *Code criminel*.

III. L'historique judiciaire

A. *Cour de justice du Nunavut (le juge Vertes)*

[11] Le procès devant jury de l'appellant s'est déroulé en inuktitut et en anglais. Tous les mots ont été traduits, de façon générale, phrase par phrase.

[12] La question centrale soulevée au procès était celle de savoir si l'appellant avait formé l'intention de tuer le policier, ou si la mort de ce dernier était accidentelle. Conclure à l'existence de l'intention allait conduire à une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré en application de l'al. 231(4)a) du *Code criminel*. Conclure à un coup de feu accidentel allait mener soit à un acquittement, si ce coup de feu était « purement accidentel » — comme dans le cas d'un tir qui aurait été déclenché accidentellement alors que l'appellant se débattait pour retirer le fusil des mains de l'agent qui l'aurait lui-même agrippé illégalement —, soit à une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable, si le jury décidait que l'appellant commettait un acte illégal — par exemple, braquer le fusil ou en faire usage de façon négligente — au moment où le coup de feu a été tiré.

[13] Dans son exposé final au jury, l'avocate du ministère public a fait brièvement référence au comportement de l'appellant après l'infraction. Plus précisément, elle a traité de l'intention prétendue que l'appellant aurait eue de se suicider, en dépit du fait qu'il n'avait pas vérifié l'état du policier et qu'il ne pouvait pas savoir si l'agent Seewald avait été tué. L'avocate du ministère public s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] J'aborderai maintenant la — entre guillemets — « tentative » de suicide. Salamonie [*sic*] a-t-il vraiment voulu se suicider compte tenu du fait que, selon son propre témoignage, il ne savait même pas si le coup de feu avait atteint [l'agent Seewald]? Il ne l'a pas

suicide? Was this a show for Barbara, and for you? [A.R., at p. 177]

[14] After saying this, Crown counsel pointed to other inconsistencies in the appellant's testimony concerning his actions after the shooting. For instance, when the gun was found on the sea ice, there were no bullets in the chamber, which suggested that the appellant had not really intended to kill himself. The appellant also claimed to have called out the names of the fallen officer and his children in despair when he was out on the sea ice, but he later admitted that he did not know their names. Crown counsel mentioned these inconsistencies to impugn the appellant's credibility, and ultimately to discredit the defence argument that the appellant could not recall the events leading up to the shooting due to the disorienting effects of the pepper spray. She stated:

Ladies and gentlemen, these are some of the highlights of the difficulties with the accused's testimony, and I've gone over just some of them, because now, we get to an important part, and that is:

When [the appellant] tells you he can't remember what happened, can you believe him? But more importantly, it doesn't matter if he doesn't remember. What matters is that he knew what he did at the time that he did it. [A.R., at p. 177]

[15] In his charge to the jury, Vertes J. twice drew the jury's attention to the appellant's conduct after the shooting. First, Vertes J. made the following general statement when instructing the jury on the question of intent:

To determine the accused's state of mind, what he meant to do, you should consider all of the evidence. You should consider what he did, how he did it, and what he said. You should look at the accused's words and actions before, at the time, and after the shooting of Constable Seewald. All these things may shed light on the accused's state of mind. They may help you decide what he intended to do. [Emphasis added; A.R., at p. 27.]

examiné. Il n'a pas vu de blessure. Alors pourquoi aurait-il senti la nécessité de se suicider? Était-ce un spectacle destiné à Barbara, et à vous? [d.a., p. 177]

[14] Après avoir tenu ces propos, l'avocate du ministère public a souligné d'autres incohérences dans le témoignage de l'appellant relativement à son comportement postérieur au coup de feu. Par exemple, lorsque le fusil a été retrouvé sur la banquise, il n'y avait pas de balle dans la chambre, ce qui donne à penser que l'appellant n'avait pas vraiment eu l'intention de s'enlever la vie. L'appellant a également soutenu qu'il avait crié les noms du policier et de ses enfants en désespoir de cause lorsqu'il était sur la banquise, mais, ultérieurement, il a admis ignorer leurs noms. L'avocate du ministère public a insisté sur ces incohérences pour mettre en doute la crédibilité de l'appellant, et pour ultimement discrediter la thèse de la défense selon laquelle l'appellant n'arrivait pas à se souvenir des événements qui ont conduit au meurtre en raison des effets désorientants du gaz poivré. Elle a affirmé à ce propos :

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs, voilà quelques-uns des points essentiels des difficultés inhérentes au témoignage de l'accusé, et je n'en ai relaté que quelques-unes, car maintenant, nous arrivons à une partie importante, savoir :

Lorsque [l'appellant] vous dit qu'il ne peut se rappeler ce qui s'est produit, pouvez-vous le croire? Mais, fait plus important, peu importe qu'il ne se souvienne pas. Ce qui compte, c'est qu'il savait ce qu'il faisait au moment où il l'a fait. [d.a., p. 177]

[15] Dans son exposé au jury, le juge Vertes a attiré l'attention des jurés à deux reprises sur le comportement de l'appellant postérieur au coup de feu. D'abord, lorsqu'il a donné ses directives concernant la question de l'intention, le juge Vertes a fait le commentaire général suivant :

[TRADUCTION] Pour juger de l'état d'esprit de l'accusé, de ce qu'il voulait faire, vous devez examiner la preuve dans son ensemble. Vous devez examiner ce qu'il a fait, comment il l'a fait, et ce qu'il a dit. Vous devez tenir compte des paroles et des gestes de l'accusé avant, pendant et après le meurtre de l'agent Seewald. Tous ces éléments peuvent jeter un éclairage sur l'état d'esprit de l'accusé. Ils peuvent vous aider à déterminer ce qu'il avait l'intention de faire. [Je souligne; d.a., p. 27.]

[16] However, it was the judge's second reference to the appellant's post-offence conduct that raised concerns in the Court of Appeal. In summarizing the Crown's theory, Vertes J. stated:

Furthermore, I think it is fair to say that the Crown says you should conclude that the accused knew he shot Constable Seewald because he did not even bother to check Constable Seewald before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot, the accused intended to kill Constable Seewald, or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill Constable Seewald, and he was reckless about whether the constable died or not. [A.R., at p. 31]

[17] The appellant was ultimately convicted of first degree murder for the shooting death of Cst. Seewald. He was sentenced to life in prison with no possibility of parole for 25 years.

B. *Nunavut Court of Appeal* (2008 NUCA 2, 432 A.R. 297)

[18] The majority and the dissenting judge unanimously rejected the appellant's first five grounds of appeal, disagreeing only on the trial judge's reference to post-offence conduct in his charge to the jury. The question before the court was whether the jury would have been misled into thinking they could infer that the appellant had the requisite intent for first degree murder from the fact that he had thought about committing suicide without first checking on the officer's condition.

(1) Majority (Watson and Johnson JJ.A.)

[19] The majority of the Nunavut Court of Appeal dismissed the appeal, holding that the trial judge's reference to post-offence conduct in his charge was unfortunate but did not amount to an error of law. Watson J.A., writing for the majority, conceded that there was some merit to the appellant's argument

[16] Toutefois, c'est la deuxième référence du juge au comportement de l'appelant postérieur à l'infraction qui a soulevé des préoccupations en Cour d'appel. Le juge Vertes a résumé la thèse du ministère public dans ces termes :

[TRADUCTION] De plus, j'estime qu'il est juste de dire que le ministère public vous suggère de conclure que l'accusé savait qu'il avait abattu l'agent Seewald parce qu'il n'a même pas pris le soin de l'examiner avant de décider, comme il a dit, de s'enlever la vie. Ainsi, si vous retenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu, ou que l'accusé avait à tout le moins l'intention de causer des lésions corporelles en sachant qu'elles seraient de nature à causer la mort de l'agent Seewald, et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non. [d.a., p. 31]

[17] L'appelant a finalement été déclaré coupable de meurtre au premier degré pour avoir tué par balle l'agent Seewald. Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans.

B. *Cour d'appel du Nunavut* (2008 NUCA 2, 432 A.R. 297)

[18] Les juges majoritaires ainsi que le juge dissident ont rejeté à l'unanimité les cinq premiers moyens d'appel soulevés par l'appelant. Ils n'ont divergé d'opinion que sur la question de la référence du juge du procès dans son exposé au jury au comportement postérieur à l'infraction. La cour devait déterminer si les jurés avaient été amenés à croire, à tort, qu'ils pouvaient inférer que l'appelant avait l'intention requise pour commettre un meurtre au premier degré à partir du fait qu'il avait pensé à se suicider sans avoir vérifié au préalable l'état du policier.

(1) Les juges majoritaires (les juges Watson et Johnson)

[19] Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nunavut ont rejeté l'appel. Selon eux, la référence du juge du procès au comportement postérieur à l'infraction dans son exposé au jury était regrettable, mais elle ne constituait pas une erreur de droit. Toutefois, le juge Watson, s'exprimant pour les

that his actions after the shooting were not relevant to the question of intent, since the appellant could reasonably have been expected to know the consequences of a short-range shooting regardless of his intent or knowledge at the time of the shooting. On this point, Watson J.A. wrote that “[r]ealization of the lethality of the shooting after it occurred does not itself prove intent beforehand” (para. 104). The majority also conceded that the trial judge had mischaracterized the Crown’s argument concerning the appellant’s threat to commit suicide. Vertes J. had presented the appellant’s post-offence conduct as an indication that he knew he had shot the officer, thus drawing the common sense inference, whereas the Crown had actually relied on the suicide threat to impugn the appellant’s sincerity and credibility.

[20] Despite these errors, Watson J.A. was not persuaded that the charge was fundamentally wrong or prejudicial, since the trial judge had not actually instructed the jury that the appellant’s post-offence conduct directly proved intent. In any event, Watson J.A. held that it was open to the jury to consider the appellant’s level of awareness following the shooting in light of the appellant’s claim that he was disoriented from the pepper spray and had no memory of the events leading up to the fatal shot. The majority did not refer explicitly to the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, but appears to have relied on it in holding that no “substantial wrong or miscarriage of justice occurred” (para. 109).

(2) Dissent (Martin J.A.)

[21] Martin J.A., in dissent, found that the trial judge’s instruction on post-offence conduct amounted to an error of law that warranted a new trial. He agreed with the majority that the trial judge had misconstrued the Crown’s submission

judges majoritaires, a reconnu un certain fondement à la thèse de l’appelant selon laquelle son comportement postérieurement au coup de feu n’était pas pertinent quant à la question de l’intention, puisqu’il était raisonnablement possible de s’attendre à ce que l’appelant connaisse les conséquences d’un coup de feu tiré à courte distance, peu importe son intention ou sa conscience au moment du tir. À ce sujet, le juge Watson a écrit que [TRADUCTION] « [la] conscience de la létalité du tir après le fait ne prouve pas en soi l’existence de l’intention préalable » (par. 104). Les juges majoritaires ont également admis que le juge du procès avait mal qualifié la thèse du ministère public concernant la menace de suicide de l’appelant. Selon le juge Vertes, le comportement de l’accusé postérieur à l’infraction révélait qu’il savait avoir abattu le policier, rappelant ainsi la déduction conforme au bon sens. Or, en fait, le ministère public avait invoqué la menace de suicide pour mettre en doute la sincérité et la crédibilité de l’appelant.

[20] Malgré ces erreurs, le juge Watson n’était pas convaincu que l’exposé était fondamentalement erroné ou préjudiciable puisque le juge du procès n’avait pas vraiment dit au jury que le comportement de l’appelant postérieur à l’infraction prouvait directement l’intention. Quoi qu’il en soit, le juge Watson a statué que le jury pouvait prendre en compte le niveau de conscience de l’appelant postérieur au coup de feu à la lumière de sa prétention selon laquelle, d’une part, le gaz poivré l’avait désorienté et, d’autre part, il n’avait aucun souvenir des événements ayant conduit au coup de feu fatal. Les juges majoritaires n’ont pas explicitement renvoyé à la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, mais ils paraissent s’être appuyés sur elle pour conclure qu’aucun [TRADUCTION] « tort important ou erreur judiciaire grave [ne] s’est produit » (par. 109).

(2) La dissidence (le juge Martin)

[21] Dans ses motifs dissidents, le juge Martin a conclu que les directives du juge du procès sur le comportement postérieur à l’infraction constituaient une erreur de droit justifiant la tenue d’un nouveau procès. Comme ses collègues majoritaires, le juge

on post-offence conduct. Unlike the majority, however, Martin J.A. held that the jury may have been misled into thinking that the judge was not merely summarizing the Crown's submissions, but was actually instructing them that the appellant's post-offence conduct could be used to determine his intent at the time of the shooting.

[22] According to Martin J.A., the evidence could not support this inference. The sole issue at trial was whether the shooting was accidental or intentional. While post-offence conduct might be relevant to the question of whether the appellant had acted unlawfully, Martin J.A. held that it had no bearing on the question of intent. The appellant's intention to commit suicide without even checking the officer's condition was consistent with both an accidental and an intentional shooting. Furthermore, the error could not be cured by s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The error related to a critical issue at trial, and the evidence was not so overwhelming that the verdict would necessarily have been the same had the error not been made. Martin J.A. would have allowed the appeal.

IV. Analysis

A. *Issues*

[23] Two issues are raised in this appeal:

1. Did the trial judge's reference to post-offence conduct in his charge to the jury constitute an error that justifies appellate intervention under s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*?
2. If the trial judge did err in his charge to the jury, should the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* be applied to dismiss the appeal?

Martin a estimé que le juge du procès avait mal interprété la prétention du ministère public sur le comportement postérieur à l'infraction. Toutefois, contrairement aux juges majoritaires, il a conclu que le jury pouvait avoir été amené erronément à croire que le juge ne résumait pas simplement la thèse du ministère public, mais qu'il formulait en fait une directive selon laquelle le comportement de l'appellant postérieur à l'infraction pouvait être utilisé pour juger de son intention au moment où le coup de feu a été tiré.

[22] Selon le juge Martin, cette inférence ne pouvait s'appuyer sur la preuve. La seule question soulevée au procès était celle de savoir si le coup de feu était accidentel ou intentionnel. Bien que le comportement postérieur à l'infraction ait pu s'avérer pertinent pour trancher la question de savoir si l'appellant avait agi illégalement, le juge Martin a estimé qu'il n'avait aucune incidence sur la question de l'intention. La volonté de l'appellant de se suicider, sans même vérifier l'état du policier, se conciliait tout autant avec la thèse du caractère accidentel de coup de feu qu'avec celle de son caractère intentionnel. De plus, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne permettait pas de remédier à l'erreur du juge du procès. En effet, cette erreur portait sur une question déterminante du procès et la preuve n'était pas à ce point accablante que le verdict aurait forcément été le même en l'absence d'erreur dans l'exposé. Le juge Martin aurait accueilli l'appel.

IV. L'analyse

A. *Les questions en litige*

[23] Le présent pourvoi soulève deux questions :

1. La référence du juge du procès au comportement postérieur à l'infraction dans son exposé au jury constitue-t-elle une erreur donnant ouverture à une intervention en appel en vertu de l'al. 686(1)(a) du *Code criminel*?
2. Si le juge du procès a commis une erreur dans son exposé au jury, y a-t-il lieu de rejeter le pourvoi en vertu de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

B. *Instruction on Post-Offence Conduct*

[24] The appellant argues that the trial judge erred by instructing the jury to infer from evidence of the appellant's post-offence conduct that he intended to shoot the deceased. I cannot agree with the appellant's submission. The charge to the jury must be read as a whole, with attention paid to the fact that the trial was conducted in both Inuktitut and English. As I will explain in these reasons, the placement of the impugned reference in the charge indicates that the jury would not have interpreted the judge's reference to post-offence conduct as an instruction to infer intent merely from the appellant's actions following the shooting.

[25] The appellant points to two portions of the charge in which the trial judge referred to the post-offence conduct, and seeks to impugn them both. I will be focussing on one of these portions. All three judges of the Court of Appeal agreed that the trial judge's first reference to the post-offence conduct was not problematic, and I dispose of this submission on the same basis. The statement that jurors might consider "the accused's words and actions before, at the time, and after the shooting" (A.R., at p. 27) in attempting to ascertain the appellant's state of mind is simply a general guideline that encourages jurors to consider the actions of an accused person in their totality. Indeed, this very statement forms part of a model jury instruction on the offence of first degree murder of a police officer (D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005), at p. 450). There is no basis for this Court to interfere with it.

[26] The second impugned portion of the charge is reproduced here for ease of reference, but in its wider context:

B. *La directive concernant le comportement postérieur à l'infraction*

[24] L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury une directive qui lui permettrait de déduire du comportement de l'appelant postérieur à l'infraction son intention d'abattre le défunt. Je ne peux souscrire à cette thèse. L'exposé au jury doit être considéré dans son ensemble, en tenant compte du fait que le procès s'est déroulé en inuktitut et en anglais. Comme je l'expliquerai dans les présents motifs, compte tenu de la place du passage contesté dans l'exposé, le jury n'aurait pas interprété la référence (faite par le juge du procès) au comportement postérieur à l'infraction comme une recommandation d'inférer l'intention sur la seule base du comportement de l'appelant après le meurtre.

[25] L'appelant souligne à ce propos deux passages de l'exposé au jury dans lesquels le juge du procès a fait référence au comportement postérieur à l'infraction, et veut les contester tous deux. Les présents motifs portent principalement sur un de ces passages. Les trois juges de la Cour d'appel ont convenu que la première référence par le juge du procès au comportement postérieur à l'infraction ne posait pas problème, et je rejette le moyen proposé à son sujet pour les mêmes motifs. La proposition selon laquelle les jurés pourraient tenir compte [TRADUCTION] « des paroles et des gestes de l'accusé avant, pendant et après le meurtre » (d.a., p. 27) afin de déterminer son état d'esprit ne constitue qu'une ligne directrice générale qui incite les jurés à tenir compte de tous les gestes d'un accusé. En fait, cette déclaration est tirée d'un modèle de directives au jury relativement à l'infraction de meurtre au premier degré d'un policier (D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005), p. 450). Rien ne permet de penser qu'elle justifierait l'intervention de la Cour.

[26] Pour plus de commodité, je reproduis maintenant, dans son contexte élargi, le deuxième extrait contesté de l'exposé au jury :

So, it seems to me, ladies and gentlemen, that the Crown's theory as to why you should find the accused guilty of first-degree murder is this:

The accused was not willing to leave the apartment on his own. He went to check his guns to intimidate Barbara [Ms. Ettinger], but also to make sure that they were ready. During the scuffle, the police officer was trying to get the accused out of the apartment, and along the way, the accused managed to get the shotgun out of the closet.

During the struggle on the porch, the officer tried to take the shotgun away from the accused, and at one point, they separated, and the accused shot the police officer by pulling the trigger. Crown counsel reminded you of the neighbour's evidence, Pauletta, who said she heard Barbara scream, "No, don't," when she heard the shot.

Crown counsel also submitted that if the accused did not load the shotgun at the closet when he first checked it, he must have loaded it on the porch before the shot. The act of loading requires several deliberate steps; holding the release button and pumping the magazine. So, Crown counsel said the accused must have known to [*sic*] the shotgun was loaded. This, says Crown counsel, shows the accused's intent, his state of mind, and shows that what happened was not an accident.

Furthermore, I think it is fair to say that the Crown says you should conclude that the accused knew he shot Constable Seewald because he did not even bother to check Constable Seewald before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot, the accused intended to kill Constable Seewald, or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill Constable Seewald, and he was reckless about whether the constable died or not.

The defence, of course, says that you should at least have a reasonable doubt about the accused's intention. [Emphasis added; A.R., at pp. 30-31.]

[27] In the first sentence of the passage underlined above, Vertes J. indicated that the Crown had used the circumstances of the appellant's threat to commit suicide to suggest that he *knew* he had

[TRADUCTION] Donc, il me semble, mesdames et messieurs, que la thèse du ministère public au sujet des raisons pour lesquelles vous devriez déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré est la suivante :

L'accusé refusait de quitter l'appartement par lui-même. Il est allé vérifier ses fusils pour intimider Barbara [M^{me} Ettinger], mais également pour s'assurer qu'ils étaient prêts à faire feu. Pendant l'échauffourée, le policier tentait de faire sortir l'accusé de l'appartement et, au passage, l'accusé a réussi à prendre le fusil de chasse dans le placard.

Au cours de la bagarre sur la galerie, le policier a essayé de prendre le fusil de chasse des mains de l'accusé et, à un certain moment, ils se sont séparés. L'accusé a ensuite abattu le policier en appuyant sur la détente. L'avocate du ministère public vous a rappelé le témoignage de la voisine, Pauletta, qui a affirmé avoir entendu Barbara crier [TRADUCTION] « Non, ne fais pas ça », lorsqu'elle a entendu le coup de feu.

L'avocate du ministère public a également fait valoir que si l'accusé n'a pas chargé le fusil près du placard lorsqu'il l'a d'abord vérifié, il doit l'avoir chargé sur la galerie avant d'avoir tiré le coup de feu. L'acte de charger nécessite plusieurs étapes délibérées; il faut appuyer sur le bouton de déverrouillage du chargeur et actionner la poignée d'armement. L'avocate du ministère public a dit que l'accusé devait donc savoir que le fusil de chasse était chargé. Selon l'avocate du ministère public, cela démontre l'intention de l'accusé, son état d'esprit, et cela prouve que ce qui est arrivé n'était pas un accident.

De plus, j'estime qu'il est juste de dire que le ministère public vous suggère de conclure que l'accusé savait qu'il avait abattu l'agent Seewald parce qu'il n'a même pas pris le soin de l'examiner avant de décider, comme il a dit, de s'enlever la vie. Ainsi, si vous retenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu, ou que l'accusé avait à tout le moins l'intention de causer des lésions corporelles en sachant qu'elles seraient de nature à causer la mort de l'agent Seewald, et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non.

La défense, bien entendu, dit que vous devriez avoir au moins un doute raisonnable au sujet de l'intention de l'accusé. [Je souligne; d.a., p. 30-31.]

[27] Dans la première phrase de l'extrait souligné qui précède, le juge Vertes a indiqué que le ministère public s'était appuyé sur les circonstances entourant la menace de suicide de l'appelant pour

killed the officer. This misconstrues somewhat the Crown's actual reason for pointing to the appellant's post-offence conduct, which was to impugn the appellant's credibility and to suggest that he was fully aware of his actions at the time of the shooting. In this sense, it could be said to constitute an error in the charge.

[28] However, not every error in proceedings will warrant appellate review. Section 686(1)(a) of the *Criminal Code* sets out three grounds upon which an appellate court might allow an appeal against a conviction:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

- (a) may allow the appeal where it is of the opinion that
- (i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,
 - (ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or
 - (iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

[29] An error in proceedings that does not lead to an unreasonable verdict, a wrong decision on a question of law or a miscarriage of justice is indeed an error, but one without legal effect. The error in the instant case is a perfect example of this. The argument that the trial judge had attributed to the Crown is not contentious; the appellant did not dispute that he knew he had shot Cst. Seewald. Indeed, it was the very knowledge that he had killed the officer that supposedly caused him to threaten suicide in the first place. As a result, Vertes J.'s misstatement of the Crown's submission on post-offence conduct did not put anything to the jury that they would not already have presumed. It cannot reasonably be argued that an undisputed, uncontroversial

suggérer qu'il *savait* qu'il avait tué l'agent de police. Dans une certaine mesure, il a mal interprété la véritable raison pour laquelle le ministère public a attiré l'attention sur le comportement de l'appellant postérieur à l'infraction, soit pour mettre en doute la crédibilité de ce dernier et pour suggérer qu'il était pleinement conscient de ses actes au moment où il a tiré. En ce sens, cela pouvait être considéré comme une erreur dans l'exposé.

[28] Ce ne sont toutefois pas toutes les erreurs en cours d'instance qui justifient un examen en appel. L'alinéa 686(1)a du *Code criminel* prévoit trois motifs sur lesquels une cour d'appel peut s'appuyer pour accueillir l'appel interjeté à l'encontre d'une déclaration de culpabilité :

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

- a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :
- (i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,
 - (ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,
 - (iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

[29] L'erreur en cours d'instance qui ne conduit pas à un verdict déraisonnable, à une décision erronée sur une question de droit ou à une erreur judiciaire constitue certes une erreur, mais une erreur sans conséquence juridique. C'est précisément de ce type d'erreur dont il est question en l'espèce. L'argument que le juge a attribué au ministère public n'est pas litigieux; l'appellant n'a pas contesté qu'il savait avoir abattu le policier Seewald. En effet, c'est justement, et avant tout, parce qu'il savait avoir tué le policier que l'appellant a menacé de se suicider. Ainsi, la déclaration erronée du juge Vertes au sujet de l'argument du ministère public sur le comportement postérieur à l'infraction n'a rien appris aux jurés qu'ils

statement such as this one could lead to an unreasonable verdict under s. 686(1)(a)(i) or a miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii). There is no suggestion here that the verdict was not reasonably supported by the evidence or that the jury was swayed by this misstatement in a way that could have resulted in an unfair trial: *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), at pp. 540-41. Nor can it be said that the trial judge erred on a question of law as contemplated in s. 686(1)(a)(ii), since the error occurred while the trial judge was simply summarizing the Crown's position, not while he was giving an instruction on a point of law. The theory on post-offence conduct mistakenly attributed to the Crown was not contrary to law or otherwise impermissible. The conclusion that the appellant knew he had shot the officer could easily, and fairly, be drawn from the evidence of his actions after the shooting. Since this error does not engage any of the three branches of s. 686(1)(a), it is of no consequence to this appeal.

[30] The second part of the impugned paragraph might raise more serious concerns at first glance. Because the words "this evidence" were uttered immediately after the reference to the appellant's post-offence conduct, they would appear to refer solely to the post-offence conduct. On this basis, Vertes J. might seem to be saying that the jury could infer the requisite intent for murder from the fact that the appellant had threatened to commit suicide without first checking on the officer's condition. If this were a plausible interpretation of the passage, it might be reasonable to suggest that the trial judge erred in telling the jury they could make such an inference, and that this error falls under the third, and possibly the second, branch of s. 686(1)(a).

n'auraient déjà été en mesure de présumer. On ne saurait raisonnablement prétendre qu'une déclaration qui n'est pas contestée et qui ne prête pas à controverse, comme celle en cause en l'espèce, puisse conduire à un verdict déraisonnable visé par le sous-al. 686(1)(a)(i) ou à une erreur judiciaire visée par le sous-al. 686(1)(a)(iii). Dans ce dossier, personne ne plaide que le verdict ne peut raisonnablement s'appuyer sur la preuve, ou que le jury a été influencé par cette déclaration erronée au point où cela aurait compromis l'équité du procès : *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), p. 540-541. On ne saurait prétendre non plus que le juge du procès a commis une erreur sur une question de droit du type de celle visée par le sous-al. 686(1)(a)(ii), puisque l'erreur est survenue pendant que le juge ne faisait que résumer la thèse du ministère public, et non pas pendant qu'il donnait une directive juridique. La thèse relative au comportement postérieur à l'infraction qui a été erronément attribuée au ministère public n'était pas contraire à la loi ou inadmissible à un autre titre. Il était facile et équitable de tirer la conclusion selon laquelle l'accusé savait qu'il avait abattu le policier à partir de la preuve relative aux gestes de l'accusé après qu'il a tiré. Puisque cette erreur ne tombe sous aucun des trois volets de l'al. 686(1)(a), elle n'a aucune incidence sur le présent pourvoi.

[30] Toutefois, à première vue, la deuxième partie de l'extrait contesté pourrait soulever des préoccupations plus graves. Étant placés immédiatement après la référence au comportement de l'accusé postérieur à l'infraction, les mots « cette preuve » ne semblent faire référence qu'à ce comportement. Si on interprète le passage de cette façon, le juge Vertes pourrait sembler affirmer que les jurés pouvaient s'appuyer sur le fait que l'accusé a menacé de se suicider sans avoir vérifié l'état du policier pour inférer l'intention requise pour commettre un meurtre. Si cette interprétation de l'extrait en cause était plausible, on pourrait raisonnablement suggérer que le juge du procès a commis une erreur en permettant au jury de tirer cette conclusion et que cette erreur donne ouverture à l'application du troisième volet de l'al. 686(1)(a) susmentionné, voire du deuxième volet de la même disposition.

[31] However, I do not believe that this is the correct interpretation of the passage. Vertes J. was not suggesting that the appellant's actions after the shooting constituted the sole basis upon which the jury could infer intent. Rather, the words "this evidence" referred to the entirety of the Crown's evidence that the judge had just summarized for the jury.

[32] The grouping of the sentences in a single paragraph is misleading. An appellate court must examine the alleged error in the context of the entire charge and of the trial as a whole. When the passage is read in context, the second sentence cannot reasonably be understood to suggest that the jury could infer intent from the appellant's post-offence conduct alone.

[33] As is clear from the passage set out above, the impugned statement was made at the end of the judge's summary of the Crown's submissions and was immediately followed by a review of the defence theory. The structure of this portion of the charge suggests two things: first, that the second sentence in the impugned passage referred to the entirety of the Crown's evidence and not merely to the final piece of evidence, which the trial judge had newly summarized. This wrap-up sentence should really have been placed in a separate paragraph to distinguish it from the specific piece of evidence that Vertes J. had mentioned in the preceding sentence. Second, it suggests that Vertes J. was not *instructing* the jury to use the evidence in the manner suggested by the Crown, but was *concluding* his review of the Crown's position before moving on to the defence submissions. Simply put, the trial judge was merely setting out the Crown's argument on how *all* the evidence presented by the Crown at trial might be used: to resolve the central issue of intent. I cannot accept that in so doing, he committed any error at all, much less an error of law that could justify appellate

[31] Toutefois, je ne crois pas qu'il convienne d'interpréter ainsi cet extrait. Le juge Vertes ne laissait pas entendre que le jury pouvait se fonder uniquement sur le comportement de l'appelant postérieur au coup de feu pour inférer une intention. En fait, les mots « cette preuve » faisaient référence à l'intégralité de la preuve du ministère public que le juge venait de résumer pour le jury.

[32] Tout d'abord, le regroupement des phrases en un seul paragraphe prête à confusion. Une cour d'appel doit examiner l'erreur alléguée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et du déroulement général du procès. Lorsque l'extrait est lu dans son contexte, la deuxième phrase ne peut raisonnablement être interprétée comme une suggestion faite au jury d'utiliser uniquement le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction pour inférer l'existence de l'intention.

[33] Tel qu'il ressort clairement de l'extrait susmentionné, la déclaration contestée se trouve à la fin du résumé par le juge des arguments du ministère public, et est immédiatement suivie de l'examen de la thèse de la défense. La structure de cette partie de l'exposé au jury laisse entendre deux choses. Premièrement, elle suggère que la deuxième phrase de l'extrait contesté renvoyait à l'intégralité de la preuve du ministère public — et non simplement au dernier élément de preuve — que le juge du procès venait de résumer. Par conséquent, il aurait vraiment fallu placer cette dernière phrase récapitulative dans un paragraphe distinct afin d'établir une distinction avec l'élément de preuve spécifique auquel le juge Vertes avait fait référence dans la phrase précédente. Deuxièmement, cette structure laisse entendre que le juge Vertes n'a pas *donné la directive* au jury d'utiliser la preuve de la manière suggérée par le ministère public, mais qu'il *concluait* son examen de la thèse du ministère public avant de passer aux observations de la défense. Autrement dit, le juge du procès ne faisait que résumer l'argument du ministère public sur l'utilisation possible de *tous* les éléments de preuve que le ministère public

intervention under s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*.

[34] The confusion surrounding this passage might be explained in part by the potential for transcription difficulties at trial. As I mentioned above, the charge was delivered in English and translated sentence-by-sentence into Inuktitut. Indeed, the Crown has pointed out that even individual sentences were at times broken down to facilitate the translation. The transcription process is already reductionist in nature: the regular inflections in one's voice, one's emphasis on certain words and the natural flow of an idea or thought are not always captured by a written record. In the case of a trial conducted in two languages, the natural breaks between topics may not be as clear as usual, given the constant interruptions required for translation. The court reporter thus faced the difficult task of ensuring that the written record was true to the proceedings. The paragraph structure of the charge as set out in the transcript should not be read as necessarily reflecting the actual structure of the charge as presented at trial, particularly given that the instructions were delivered orally and were translated sentence-by-sentence for the jury. While an appellate court must certainly rely on transcripts as records of lower court hearings, their usefulness does not imply that the court should not examine them critically when necessary. A transcript is not an authoritative legal text.

[35] Indeed, counsel who represented the appellant at trial did not seem to have understood the charge as an instruction to the jury to use the appellant's knowledge that he had shot the officer without checking on his condition as a basis for inferring intent. She raised several objections to the charge, but the trial judge's reference to post-offence

avait présentés au procès afin de résoudre la question centrale de l'intention criminelle. Je ne puis souscrire à la conclusion que, ce faisant, il a commis une erreur, encore moins une erreur de droit justifiant l'intervention d'une cour d'appel en application de l'al. 686(1)a) du *Code criminel*.

[34] La confusion qui entoure cet extrait est susceptible de s'expliquer en partie par les difficultés que peut poser la transcription lors d'un procès. Comme je l'ai déjà mentionné, les directives ont été données au jury en anglais et traduites phrase par phrase en inuktitut. D'ailleurs, le ministère public a souligné que certaines phrases isolées avaient même parfois été fractionnées afin d'en faciliter la traduction. La transcription est déjà réductionniste par nature : les intonations ordinaires dans la voix, l'accent que quelqu'un met sur certains mots et l'enchaînement naturel des idées ou des pensées ne sont pas toujours restitués dans un compte rendu écrit. Dans le cas d'un procès qui se déroule dans deux langues, il est possible que les pauses naturelles entre les sujets traités ne soient pas aussi évidentes qu'à l'habitude compte tenu des interruptions constantes que nécessite la traduction. Le sténographe judiciaire était donc aux prises avec la tâche ardue de s'assurer que le compte rendu écrit était parfaitement fidèle à la nature des procédures. Il ne faut pas interpréter la structure des paragraphes de l'exposé au jury dans la transcription comme si elle reflétait nécessairement la structure réelle de l'exposé au procès, particulièrement lorsque l'exposé au jury a été fait de vive voix et traduit phrase par phrase pour le jury. Bien qu'une cour d'appel se fonde nécessairement sur la transcription à titre d'enregistrement des audiences tenues devant les tribunaux d'instances inférieures, son utilité ne signifie pas que la cour n'a pas à l'examiner d'un œil critique, au besoin. Une transcription ne constitue pas un texte juridique faisant autorité.

[35] De fait, l'avocate de l'appelant au procès ne semble pas avoir interprété l'exposé comme une directive donnée au jury d'utiliser la connaissance qu'avait l'appelant du fait qu'il avait abattu le policier sans avoir vérifié l'état de ce dernier comme un moyen d'inférer une intention. En appel, elle a contesté plusieurs extraits de l'exposé au jury, mais

conduct was not among them. Her failure to object on this point cannot be explained by a possibility that she overlooked this part of the charge, since she referred to this very passage in her post-charge submissions to the trial judge. Citing the passage impugned in this appeal, defence counsel objected on the basis that the trial judge had referred to the Crown's theory as evidence:

Now, the Crown -- or the court then went on to review the theory of the Crown in considerable detail, and my note indicates that at the conclusion of that, the court stated:

“If you accept this evidence, you should [*sic*] conclude that the accused intended to cause death or bodily harm.”

Of course, the Crown theory is not evidence. It is only the Crown theory, and the implication again being left to the jury, following as it does on the heels of [Crown counsel's] comments yesterday that the Crown is founded incontrovertibly in the evidence. [A.R., at p. 41]

[36] Even though defence counsel mistakenly thought Vertes J. had said “should” rather than the more permissive word “may”, she did not see any problem in this passage as regards the judge's reference to post-offence conduct. If defence counsel, who would be expected to have the best interests of her client in mind, did not interpret the charge as being prejudicial to the appellant, then it is difficult to find that the jury may have so interpreted it.

[37] Regarding the charge, I take issue with my colleague's statement that “any uncertainty as to [the charge's] meaning and effect would surely have to be resolved in the accused's favour” (para. 90). This is not a case in which the trial judge used a word or phrase that was reasonably capable of more than one meaning and the jury was left to discern which of the possible meanings was intended. When read in the context of the entire charge and of the evidence and the trial as a whole, the impugned statement has only one reasonable meaning. The possibility of an appellate court divining another

pas celui où le juge du procès a fait référence au comportement de l'accusé postérieur à l'infraction. L'absence d'objection sur ce point ne peut s'expliquer par la possibilité qu'elle ait négligé cette partie des directives puisqu'elle l'a mentionnée spécifiquement dans les observations qu'elle a ensuite présentées au juge du procès. En citant l'extrait contesté en l'espèce, l'avocate de la défense a critiqué ainsi la façon dont le juge du procès a traité la thèse du ministère public :

[TRADUCTION] Ensuite, le ministère public -- ou la Cour a ensuite examiné la thèse du ministère public de manière très détaillée, et mes notes indiquent qu'à la fin de son examen, la cour a déclaré ce qui suit :

« Si vous retenez cette preuve, vous devriez [*sic*] conclure que l'accusé avait l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles. »

Bien entendu, la thèse du ministère public ne constitue pas une preuve. Ce n'est que la thèse du ministère public, et ce que retiendra le jury, compte tenu des commentaires qu'a formulés [l'avocate du ministère public] hier, c'est que cette thèse repose indéniablement sur la preuve. [d.a., p. 41]

[36] Même si l'avocate de la défense croyait à tort que le juge Vertes avait utilisé le verbe « devriez » (« *should* ») plutôt que le verbe « pouvez » (« *may* »), qui exprime une faculté, elle ne voyait toujours pas de problème dans cette déclaration en ce qui a trait à l'utilisation par le juge du comportement de l'accusé postérieur à l'infraction. Si l'avocate de la défense, qui est censée songer au meilleur intérêt de son client, n'a pas interprété l'exposé d'une manière préjudiciable à l'accusé, il est difficile de conclure que le jury ait pu l'interpréter ainsi.

[37] En ce qui a trait à l'exposé, je ne suis pas d'accord avec mon collègue lorsqu'il affirme que « toute incertitude quant au sens et à l'effet qu'il faut [. . .] donner [à la directive] devrait assurément être résolue en faveur de l'accusé » (par. 90). Il ne s'agit pas ici d'un cas où le juge du procès a utilisé un mot ou une expression qui était raisonnablement susceptible de plus d'une interprétation, laissant ainsi au jury le soin de déterminer le sens voulu. Lorsqu'elle est interprétée dans le contexte global de l'exposé et à la lumière de la preuve et de l'ensemble du procès, la déclaration contestée ne

interpretation of the trial judge's words does not mean that the charge created uncertainty for the jury.

[38] Furthermore, although I need not resolve the issue, I have reservations about the proposition that any uncertainty in a charge *must*, as a matter of course, be resolved in favour of the accused. This proposition seems to be based on the strict constructionist approach to interpreting penal legislation that developed in the eighteenth century, when criminal law sanctions were especially severe. By the mid-1980s, however, the presumption of a restrictive interpretation of penal statutes had started to wear thin (*R. Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 472-74). A restrictive interpretation *may* be warranted where an ambiguity cannot be resolved by means of the usual principles of interpretation. But it is a principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation (*R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 881-82; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856, at para. 4). Even if the impugned statement in the instant case *did* disclose a true ambiguity, an attempt would first have to be made to resolve it by resort to general principles and methods of interpretation. For the reasons I have given above, an ambiguity in the charge should not automatically be resolved in favour of the accused.

[39] In sum, Vertes J.'s reference to the appellant's post-offence conduct in his charge to the jury is not an error capable of affecting the legality of the verdict. In fact, both the Crown and the trial judge could be said to have underestimated, to the appellant's advantage, the significance of the appellant's actions following the shooting. Vertes J. failed to give full effect in his charge to the Crown's argument that the appellant's actions — all revolving around the theatrics of a suicide attempt — revealed a lack of sincerity and credibility that the jury could take into account when assessing the veracity of the appellant's claim to have been so badly affected by the pepper spray

possède qu'un seul sens raisonnable. La possibilité qu'une cour d'appel puisse interpréter différemment les mots utilisés par le juge du procès ne signifie pas que l'exposé crée de l'incertitude pour les jurés.

[38] En outre, bien que je n'aie pas à trancher la question, j'ai des réserves à l'égard de l'affirmation selon laquelle toute incertitude que peut comporter un exposé *doit*, systématiquement, être résolue en faveur de l'accusé. Cette affirmation semble reposer sur le principe de l'interprétation stricte de la législation pénale qui a été élaboré au dix-huitième siècle, soit à une époque où les sanctions pénales étaient particulièrement sévères. Or, vers le milieu des années 1980, la présomption d'interprétation restrictive des lois pénales a commencé à s'effriter (*R. Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 472-474). L'interprétation restrictive *peut* être justifiée advenant une ambiguïté qui n'est pas susceptible d'être résolue par les principes d'interprétation habituels. Cependant, ce principe ne s'applique qu'en dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l'objet et le contexte (*R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 881-882; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856, par. 4). Même si la déclaration contestée en l'espèce a révélé une réelle ambiguïté, on doit d'abord tenter de la résoudre en recourant aux méthodes et principes généraux d'interprétation. Pour les raisons que j'ai exposées précédemment, j'estime que les ambiguïtés de l'exposé ne devraient pas être automatiquement résolues en faveur de l'accusé.

[39] En somme, la référence du juge Vertes — dans son exposé au jury — au comportement de l'appellant postérieur à l'infraction ne constitue pas une erreur susceptible d'avoir une incidence sur la légalité du verdict. On pourrait même dire que tant le ministère public que le juge du procès ont en fait sous-estimé, à l'avantage de l'appellant, l'importance de sa conduite postérieure au coup de feu. Le juge Vertes n'a pas donné, dans son exposé, plein effet à l'argument du ministère public selon lequel les gestes de l'appellant — inhérents au caractère théâtral d'une tentative de suicide — démontraient un manque de sincérité et de crédibilité, dont le jury pouvait tenir compte pour apprécier la

that he could not remember the events leading up to the shooting. It was entirely open to the Crown to engage in this line of reasoning at trial. While post-offence conduct cannot usually serve on its own as a basis for inferring the specific degree of culpability of an accused person who has admitted committing an offence (*R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 145; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462; *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.), at p. 631), it can be used, more generally, to impugn the accused person's credibility (*R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 26).

[40] Post-offence conduct may also be used to discredit a defence that relates to the accused person's state of mind at the time of the offence and that is therefore relevant to his or her ability to form the requisite intent for the offence, such as intoxication (*R. v. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112, at paras. 8-15; *Peavoy*, at pp. 630-31) or the "not criminally responsible" defence under s. 16 (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 42-53). In the case at bar, the Crown could have pursued the argument that the appellant's sense of awareness immediately after the shooting was relevant circumstantial evidence that he had the requisite intent, since it belied his claim to have been completely disoriented by the pepper spray. If the Crown had done so, then the jury should have been instructed on the limited probative value of the appellant's post-offence conduct. However, the Crown did not make this argument at trial, and the trial judge did not allude to it in his charge to the jury. There is obviously no need for a judge to include a limiting instruction pertaining to an issue that did not even arise in the case. This would have unnecessarily confused the jury and might have amounted to an error in its own right.

[41] For these reasons, I believe that the first sentence of the impugned passage contains at most an

véracité de la prétention de l'appelant selon laquelle il avait été tellement incommodé par le gaz poivré qu'il ne se souvenait de rien jusqu'au moment du coup de feu. Le ministère public était parfaitement autorisé à tenir ce raisonnement lors du procès. On ne peut généralement se fonder uniquement sur le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour inférer le degré particulier de culpabilité d'un accusé qui a admis avoir commis une infraction (*R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 145; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462; *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.), p. 631). Cependant, la preuve de ce comportement peut servir à miner la crédibilité de l'accusé en général (*R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 26).

[40] Le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction peut également servir à discréditer les moyens de défense relatifs à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction, qui peuvent donc influencer sur sa capacité de former l'intention requise pour commettre l'infraction, par exemple le moyen de défense fondé sur l'intoxication (*R. c. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112, par. 8-15; *Peavoy*, p. 630-631) et celui fondé sur la « non-responsabilité criminelle » que l'accusé peut invoquer en vertu de l'art. 16 (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 42-53). En l'espèce, le ministère public aurait pu présenter l'argument que la conscience qu'avait l'appelant immédiatement après le coup de feu constituait une preuve circonstancielle pertinente de son intention, puisque cette conscience réfutait sa prétention selon laquelle le gaz poivré l'avait totalement désorienté. Si le ministère public l'avait fait, le jury aurait alors dû recevoir des directives relativement à la valeur probante limitée du comportement de l'appelant postérieur à l'infraction. Or, le ministère public n'a pas utilisé cet argument au procès et le juge du procès n'y a pas fait allusion dans son exposé au jury. Manifestement, un juge n'a pas à donner une directive restrictive à l'égard d'une question qui n'a même pas été soulevée. Cela aurait semé inutilement la confusion dans l'esprit des jurés et aurait pu constituer une erreur en soi.

[41] Pour ces motifs, je suis d'avis que la première phrase de l'extrait contesté ne contient tout au plus

error without any legal effect, and that the second sentence contains no error whatsoever. However, even if this reference to the appellant's actions after the shooting *had* amounted to an error of law, I would have found that the appeal should be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

C. *Curative Proviso: Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code*

[42] This Court reviewed the law on the curative proviso in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823 (see also *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239). In essence, this provision allows a court to uphold a conviction despite an error of law if no substantial wrong or miscarriage of justice occurred as a result of the error. The Crown must demonstrate to the court either (1) that the error was so harmless, and so insignificant, that it could not have affected the verdict; or (2) that the error, while serious, did not result in a miscarriage of justice or a substantial wrong, because the case against the accused was so overwhelming that a conviction would have been inevitable even if the error had not been made.

[43] It is not strictly necessary in this case to invoke the curative proviso, as the trial judge did not commit an error of law in his charge to the jury. However, even if there were an error of law in this case, it would have been easily classified as a harmless one that could not have affected the verdict. It is highly unlikely that the purported ambiguity of the charge with respect to the appellant's post-offence conduct would have influenced the jury in a manner prejudicial to him. The evidence of the appellant's post-offence conduct was of very little significance to the case against him and was not emphasized at trial by either the Crown or the trial judge. Moreover, the Crown at no time argued that the appellant's actions after the shooting could be used as direct evidence of his intent to kill the officer. Indeed, it defies logic to suggest that the appellant's failure to check on the officer's condition before threatening to kill himself could be

qu'une erreur sans conséquence juridique, et que la deuxième phrase n'en contient aucune. Cependant, si cette référence à la conduite de l'appellant postérieur au coup de feu *avait* constitué une erreur de droit, j'aurais été d'avis de rejeter le pourvoi en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

C. *La disposition réparatrice : le sous-al. 686(1)(b)(iii) du Code criminel*

[42] Notre Cour a examiné le droit relatif à la disposition réparatrice dans l'arrêt *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823 (voir également *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239). Essentiellement, cette disposition permet à un tribunal de confirmer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'une erreur de droit, pourvu qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne se soit produit du fait de l'erreur. Le ministère public doit démontrer au tribunal soit que (1) l'erreur était si inoffensive, et si négligeable, qu'elle n'a pu avoir d'incidence sur le verdict; soit que (2) l'erreur, bien que grave, n'a entraîné aucune erreur judiciaire grave ni aucun tort important puisque la preuve contre l'accusé était à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité aurait été inévitable même si l'erreur n'avait pas été commise.

[43] En l'espèce, il n'est pas absolument nécessaire d'invoquer la disposition réparatrice, puisque le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit dans son exposé au jury. Toutefois, même si une erreur de droit avait été commise en l'espèce, elle entrerait facilement dans la catégorie des erreurs inoffensives qui n'auraient pas pu avoir d'incidence sur le verdict. En effet, il est fort peu probable que la possible ambiguïté des directives sur le comportement de l'appellant postérieur à l'infraction ait influencé le jury de manière à porter préjudice à l'accusé. La preuve de ce comportement n'a joué qu'un rôle mineur dans la poursuite visant l'accusé, et ni le ministère public ni le juge du procès n'ont mis l'accent sur elle au cours du procès. De plus, jamais le ministère public n'a allégué que la conduite de l'appellant postérieure au coup de feu pouvait être utilisée comme preuve directe de son intention de tuer le policier. En effet, il serait contraire à toute

probative of either an intentional or an accidental shooting. Bearing in mind that the language used by the trial judge in the impugned passage was permissive (“you may conclude”), I do not believe that the jury would have interpreted the charge as a direction to view the appellant’s questionable suicide attempt and his knowledge that he had killed Cst. Seewald as evidence of intent.

[44] Again, it is noteworthy that defence counsel did not object at trial to this portion of the charge. Of course, counsel’s failure to object at trial to a portion of a charge that is later raised on appeal is not a determining factor in the curative proviso analysis (*Arcangioli*, at p. 143; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1319-20). It is the judge, and not counsel, who is ultimately responsible for the adequacy of the charge. At the same time, a failure to object does merit consideration by the reviewing court (*Jacquard*, at paras. 37-38; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58). In the case at bar, the fact that defence counsel did not object suggests that the “error”, had it in fact been an error, would have been neither serious nor significant.

D. Conclusion

[45] A trial judge must not be held to a standard of perfection in delivering a charge to a jury. In this case, there was one small mistake in an otherwise faultless charge. Read in the context of the entire charge and of the trial as a whole, the impugned passage does not contain an error of law. If the purported error had in fact been an error, it would not have warranted a new trial, as no substantial wrong or miscarriage of justice would have occurred. For these reasons, the appeal should be dismissed and the conviction upheld.

logique de suggérer que l’omission par l’appelant de vérifier l’état de l’agent avant de menacer de se suicider établit de façon probante le caractère intentionnel ou accidentel d’un coup de feu. Compte tenu de la formulation — qui exprime une faculté — que le juge du procès a employée dans l’extrait contesté ([TRADUCTION] « vous pouvez conclure »), j’estime que le jury n’aurait pas interprété l’exposé comme une directive d’utiliser la soi-disant tentative de suicide de l’appelant et sa connaissance du fait qu’il avait tué l’agent Seewald comme une preuve de l’existence d’une intention.

[44] Encore une fois, il convient de souligner que l’avocate de la défense n’a formulé aucune objection au procès à l’égard de cet extrait de l’exposé. Le défaut de l’avocat de s’opposer, au procès, à une partie des directives qui fera par la suite l’objet d’un pourvoi ne constitue certainement pas un facteur déterminant pour l’analyse de la disposition réparatrice (*Arcangioli*, p. 143; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1319-1320). C’est le juge, et non l’avocat, qui en définitive est responsable de la justesse des directives. Cela étant dit, l’absence d’objection de l’avocat mérite néanmoins d’être prise en considération par la cour de révision (*Jacquard*, par. 37-38; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58). En l’espèce, l’omission par l’avocate de la défense de s’opposer à l’extrait contesté me porte à croire que « l’erreur », si on peut même affirmer qu’elle existe, n’était ni grave ni importante.

D. Conclusion

[45] Le juge du procès ne saurait être astreint à une norme de perfection dans son exposé au jury. Dans le cas qui nous occupe, nous nous trouvons en présence d’une toute petite erreur dans un exposé irréprochable à tous autres égards. Replacé dans le contexte de l’ensemble de l’exposé et du déroulement général du procès, l’extrait contesté ne contient aucune erreur de droit. Même si une erreur avait été commise, je demeure convaincu qu’elle ne justifierait pas la tenue d’un nouveau procès puisqu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit. Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de maintenir la déclaration de culpabilité.

The reasons of Binnie and Fish JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Binnie et Fish rendus par

FISH J. (dissenting) —

LE JUGE FISH (dissident) —

I

I

[46] The appellant unlawfully caused the death of a police officer who had been summoned by the appellant’s common-law spouse to the apartment they then shared. It was her apartment and the appellant refused to leave. Fearing violence, she called the RCMP. The officer dispatched to the scene was fatally shot soon after his arrival — in the heat of a violent struggle with the appellant.

[46] L’appelant a illégalement causé la mort d’un policier qui s’était rendu, à la demande de la conjointe de fait de l’appelant, dans l’appartement qu’elle partageait alors avec lui. C’était son appartement à elle et l’appelant refusait de quitter les lieux. Comme elle craignait qu’il soit violent, elle a téléphoné à la GRC. L’agent envoyé sur les lieux a été abattu peu après son arrivée — dans le feu d’une violente bagarre avec l’appelant.

[47] The only real issue at trial was whether the appellant had acted with the requisite intent for murder. In my respectful view, the trial judge misdirected the jury in that regard. He twice suggested to the jury that they could consider the appellant’s post-offence conduct in determining his intent at the moment of the shooting. Their verdict — guilty of murder, or only of manslaughter — was made to depend on that finding.

[47] La seule question réellement en litige était celle de savoir si l’appelant avait l’intention requise pour commettre un meurtre au moment où il a agi. À mon humble avis, le juge du procès a donné au jury des directives erronées à cet égard. À deux reprises, il a amené les jurés à croire qu’ils pouvaient examiner le comportement de l’appelant postérieur à l’infraction pour juger de son intention au moment où le coup de feu a été tiré. Leur verdict — coupable de meurtre ou seulement d’homicide involontaire coupable — reposait sur leur conclusion à cet égard.

[48] The judge’s erroneous instruction can hardly be characterized as “harmless”, since it concerned the only real issue at trial. Nor was the rest of the evidence “so overwhelming . . . that there was no substantial wrong or miscarriage of justice”: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26. Accordingly, the judge’s error cannot be “cured” under the proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[48] Les directives erronées du juge ne sauraient être considérées comme « inoffensives » puisqu’elles portaient sur la seule question réellement en litige. Le reste de la preuve n’était pas non plus « accablant au point de conclure qu’aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s’est produit » : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26. Par conséquent, on ne peut « remédier » à l’erreur du juge en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[49] Like Martin J.A., dissenting in the Court of Appeal, I have concluded that a new trial must therefore be had.

[49] Comme le juge Martin, dissident en Cour d’appel, j’estime qu’il doit y avoir un nouveau procès.

II

II

[50] In his overview of the relevant facts, with which I am otherwise in general agreement, Justice

[50] Dans son aperçu des faits pertinents, auquel je souscris par ailleurs pour l’essentiel, le juge

LeBel makes little reference to the victim's pepper-spraying of the appellant immediately before the shooting. Because of its importance, especially with respect to the applicability of the curative proviso, I think it necessary to flesh out the evidence on this issue and to place in context the fatal struggle that ensued.

[51] The appellant, Salomonie Goo Jaw, was an Inuk resident of Cape Dorset, Nunavut, in March 2001, when the fatal shooting occurred. He had been living with his partner, Barbara Ettinger, for approximately two years. An acrimonious quarrel erupted and, in response to a 911 call to the RCMP by Ms. Ettinger, Cst. Jurgen Seewald was dispatched to Ms. Ettinger's apartment.

[52] Upon his arrival, Cst. Seewald, addressing the appellant, said "[l]et's talk", and "steered" the appellant into the living room of the apartment. Once inside, Cst. Seewald told Mr. Jaw to sit down and, when the appellant did not comply, Cst. Seewald pushed him into a chair, ripping the appellant's shirt in the process. At that point, Ms. Ettinger left the room to fetch a new shirt for the appellant. When she returned, she saw Cst. Seewald holding the appellant with one hand and pepper-spraying him in the face, persistently, with the other. The use of pepper spray was not disputed by the Crown.

[53] The appellant testified that the pepper spray was so "painful" and "burning" that he could not keep his eyes open. Ms. Ettinger confirmed his evidence as to the use and apparent effect of the pepper spray. Indeed, the trial judge found no contradictions between Ms. Ettinger and the appellant "going to the fundamental issues" (pre-charge conference, A.R., at p. 15).

[54] In Ms. Ettinger's words, "Salomonie had his hands and arms up in front of his face and eyes, trying to protect himself from the pepper spray". Mr. Jaw complained that the pepper spray "stings", is "burning" and "hurts". According to Ms. Ettinger, the officer continued holding onto the appellant and spraying him as the pair moved out of the living room, toward the kitchen.

LeBel ne fait guère référence au fait que la victime a aspergé l'appellant de gaz poivré juste avant d'être abattue. Vu l'importance de ce fait, surtout en ce qui concerne l'applicabilité de la disposition réparatrice, j'estime qu'il est nécessaire d'étoffer le rappel de la preuve sur ce point et de remettre en contexte la bagarre fatale qui a suivi.

[51] L'appellant, M. Salomonie Goo Jaw, un Inuit, résidait à Cape Dorset (Nunavut) au moment où a eu lieu la fusillade mortelle, en mars 2001. Il habitait depuis environ deux ans avec sa conjointe, M^{me} Barbara Ettinger. Une violente dispute a éclaté et, en réponse à un appel au service 911 fait par M^{me} Ettinger pour joindre la GRC, l'agent Jurgen Seewald s'est rendu chez elle.

[52] À son arrivée, l'agent Seewald a dit à l'appellant [TRADUCTION] « on va se parler » et l'« a entraîné » dans le salon de l'appartement. Une fois dans cette pièce, l'agent Seewald a demandé à M. Jaw de s'asseoir. Comme l'appellant n'obtempérait pas, l'agent Seewald l'a poussé sur une chaise, déchirant du même coup sa chemise. M^{me} Ettinger a alors quitté la pièce pour aller lui en chercher une nouvelle. À son retour, elle a vu que l'agent Seewald retenait l'appellant d'une main et, sans répit, lui aspergeait le visage de gaz poivré de l'autre. Le ministère public n'a pas nié l'utilisation du gaz en question.

[53] L'appellant a déclaré que le gaz poivré était si [TRADUCTION] « douloureux » et « irritant » qu'il ne pouvait garder les yeux ouverts. M^{me} Ettinger a confirmé son témoignage quant à l'utilisation et à l'effet apparent du gaz poivré. D'ailleurs, le juge du procès n'a noté aucune contradiction entre les témoignages de M^{me} Ettinger et de l'appellant [TRADUCTION] « sur les questions fondamentales » (conférence préalable à l'exposé, d.a., p. 15).

[54] Comme l'a affirmé M^{me} Ettinger, [TRADUCTION] « Salomonie avait les mains et les bras devant son visage et ses yeux. Il essayait de se protéger du gaz poivré ». M. Jaw s'est plaint du fait que le gaz poivré [TRADUCTION] « piqu[ait] », « brûll[ait] » et « fai[sait] mal ». Selon M^{me} Ettinger, l'agent a continué de tenir l'appellant et de l'asperger de gaz poivré pendant qu'ils sortaient du salon et se déplaçaient vers la cuisine.

[55] Staff Sergeant Robert Ervin of the RCMP, a witness called by the Crown, testified on cross-examination that someone who is pepper-sprayed directly in the eyes may become confused or disoriented, and is usually distracted by the pain. Again as a result of the pain, people who are sprayed sometimes experience “auditory exclusion”, a condition that blocks out the sound that in fact reaches their ears. Sergeant Ervin also explained how the inhalation of pepper spray interferes with breathing and can cause “extreme burning” on contact with exposed skin.

[56] Ms. Ettinger testified that she observed the two men as a single “mass” while they moved from the kitchen, through the apartment door and into the common area. At some point during this scuffle, the loaded shotgun was retrieved from the closet in which Mr. Jaw had placed it prior to the officer’s arrival. Ms. Ettinger did not see who retrieved the shotgun, but she testified that *both men had both hands on the weapon* once the two were outside the apartment.

[57] The Crown relied on the evidence of Dr. Bernard Bannach, a forensic pathologist, and Alan Voth, an RCMP forensic firearms expert, to rebut the defence claim that the shooting occurred accidentally in the course of a struggle. Dr. Bannach and Mr. Voth estimated that the shot was fired from between four to eight feet and two to five feet respectively. According to the eye-witness Ms. Ettinger, however, the officer was holding the barrel and the appellant was holding the butt-end of the gun when the gun discharged.

[58] Ms. Ettinger screamed when the gun discharged. She heard Cst. Seewald say “I’m shot” before he fell to the floor. According to Ms. Ettinger, the appellant then said “I shot him” and had a look of disbelief on his face. Ms. Ettinger testified that the appellant’s face and eyes were “still burning from the pepper spray” at that point. The appellant then knelt down, positioned to shoot himself.

[55] Robert Ervin, sergent d’état-major de la GRC, appelé comme témoin par le ministère public, a déclaré lors de son contre-interrogatoire qu’une personne qui reçoit du gaz poivré directement dans les yeux peut devenir confuse ou désorientée et est habituellement distraite par la douleur. Toujours en raison de cette douleur, une personne aspergée de gaz poivré éprouve parfois une [TRADUCTION] « exclusion auditive », une affection qui bloque les sons qui, dans les faits, sont parvenus à ses oreilles. Le sergent Ervin a aussi expliqué comment l’inhalation de gaz poivré nuit à la respiration et risque de causer une [TRADUCTION] « brûlure extrême » au contact de la peau.

[56] M^{me} Ettinger a dit que les deux hommes ne semblaient former qu’une seule [TRADUCTION] « masse » pendant qu’ils se déplaçaient de la cuisine à la zone commune à l’extérieur de l’appartement. À un moment donné pendant l’échauffourée, quelqu’un a pris le fusil de chasse chargé qui se trouvait dans le placard, là où M. Jaw l’avait laissé avant l’arrivée de l’agent. M^{me} Ettinger n’a pas vu qui s’est emparé du fusil de chasse, mais elle a dit que *les deux hommes avaient les mains sur l’arme* lorsqu’ils se sont retrouvés à l’extérieur.

[57] Le ministère public s’est fondé sur les témoignages du D^r Bernard Bannach, médecin légiste, et d’Alan Voth, expert en balistique de la GRC, pour réfuter la prétention de la défense selon laquelle le coup de feu avait été tiré accidentellement durant la bagarre. Ces experts ont estimé respectivement que le coup de feu avait été tiré d’une distance de quatre à huit pieds et de deux à cinq pieds. Toutefois, selon M^{me} Ettinger, témoin de la scène, l’agent avait les mains sur le canon du fusil et l’appelant en tenait l’extrémité au moment où le coup de feu a été tiré.

[58] M^{me} Ettinger a crié quand le coup est parti. Elle a entendu l’agent Seewald dire [TRADUCTION] « je suis touché » avant qu’il ne tombe au sol. Selon elle, l’appelant a alors affirmé [TRADUCTION] « je l’ai tué » et avait une expression d’incrédulité sur le visage. Dans son témoignage, M^{me} Ettinger a déclaré que, à ce moment-là, le visage et les yeux de l’appelant [TRADUCTION] « brûlaient toujours à

Ms. Ettinger told him that suicide would only make things worse and urged him to desist.

[59] Mr. Jaw testified that all he could focus on or remember from the time of the shooting was the pain and burning caused by the pepper spray. The first thing he recalled after the shotgun blast was Ms. Ettinger screaming and Cst. Seewald lying on the floor. The appellant did not check the officer's condition. He testified that he did not know how he came to be holding the gun.

[60] Mr. Jaw told the jury that he had never intended to shoot Cst. Seewald, either before or after the constable arrived. Once he realized that he had shot the officer, Mr. Jaw told Ms. Ettinger that he did not want to live any longer. Ms. Ettinger tried unsuccessfully to wrest the gun from Mr. Jaw. After some discussion, Mr. Jaw left the apartment with the gun, apparently intending to kill himself on the sea ice. The appellant stayed on the sea ice overnight before returning home. He turned himself in to the RCMP later that day.

III

[61] The trial judge correctly instructed the jury to find the appellant guilty of murder if they were satisfied beyond a reasonable doubt that he “either intended to kill or intended to cause bodily harm that the accused knew was likely to kill and was reckless about whether Constable Seewald [the victim] died or not” (A.R., at p. 26). Immediately thereafter, the judge charged the jury as follows:

To determine the accused's state of mind, what he meant to do, you should consider all of the evidence. You should consider what he did, how he did it, and what he said. You should look at the accused's words and actions before, at the time [of], and after the shooting of Constable Seewald. All these things may shed light on the accused's state of mind. [Emphasis added; A.R., at p. 27.]

cause du gaz poivré ». L'appellant s'est ensuite agenouillé, prêt à se tuer. M^{me} Ettinger lui a dit que se suicider ne ferait qu'empirer la situation et l'a prié de ne pas le faire.

[59] Dans son témoignage, M. Jaw a déclaré que, au moment du meurtre, il était obnubilé par la douleur et la sensation de brûlure qu'il ressentait à cause du gaz poivré ou, du moins, que c'est tout ce dont il se souvient. Par contre, la première chose dont il se souvient après le coup de feu, c'est d'avoir entendu M^{me} Ettinger crier et d'avoir vu l'agent Seewald gisant sur le sol. L'appellant n'a pas vérifié l'état de l'agent. Il a dit ne pas savoir comment il s'est retrouvé en possession du fusil.

[60] M. Jaw a déclaré au jury qu'il n'avait jamais eu l'intention d'abattre l'agent Seewald, ni avant, ni après l'arrivée de ce dernier. Quand il a réalisé qu'il avait tué le policier, M. Jaw a avoué à M^{me} Ettinger qu'il ne souhaitait plus vivre. Cette dernière a tenté, en vain, de lui enlever le fusil. Après discussion, M. Jaw a quitté l'appartement avec le fusil, apparemment avec l'intention de s'enlever la vie sur la banquise. L'appellant est resté sur la banquise toute la nuit avant de revenir à la maison. Il s'est rendu lui-même à la GRC plus tard ce jour-là.

III

[61] Le juge du procès a donné des directives correctes lorsqu'il a dit aux jurés qu'ils devaient déclarer l'appellant coupable de meurtre s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il [TRADUCTION] « avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que l'agent Seewald [la victime] meure ou non » (d.a., p. 26). Tout de suite après, le juge leur a donné les directives suivantes :

[TRADUCTION] Pour juger de l'état d'esprit de l'accusé, de ce qu'il voulait faire, vous devez examiner la preuve dans son ensemble. Vous devez examiner ce qu'il a fait, comment il l'a fait, et ce qu'il a dit. Vous devez tenir compte des paroles et des gestes de l'accusé avant, pendant et après le meurtre de l'agent Seewald. Tous ces éléments peuvent jeter un éclairage sur l'état d'esprit de l'accusé. [Je souligne; d.a., p. 27.]

[62] Later in the charge, the trial judge summarized what he mistakenly considered to be the Crown's theory of the case. He concluded his summary this way:

Furthermore, I think it is fair to say that the Crown says you should conclude that the accused knew he shot Constable Seewald because he did not even bother to check Constable Seewald before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot, the accused intended to kill Constable Seewald, or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill Constable Seewald, and he was reckless about whether the constable died or not. [A.R., at p. 31]

[63] The judge thus suggested to the jury — and, in my respectful view, erroneously — that they could consider the appellant's post-offence conduct in determining whether he had acted, at the time of the shooting, with the culpable intent that is an essential element of murder. These were not isolated or fleeting comments. As we shall see, they formed an integral part of a recurring theme in the portions of the judge's charge dealing with the appellant's mental state when he caused the death of the constable.

[64] The law regarding evidence of post-offence conduct is definitively set out in *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 145:

... where an accused's conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences, ... a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence.

[65] And in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 28, Major J. explained the circumstances in which a jury should be instructed that post-offence conduct has no probative value:

Such an instruction is most likely to be warranted where, as in *Arcangioli* itself, the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act In

[62] Plus loin, le juge du procès a résumé ce qu'il a considéré à tort comme étant la thèse du ministère public. Il a conclu son résumé comme suit :

[TRADUCTION] De plus, j'estime qu'il est juste de dire que le ministère public vous suggère de conclure que l'accusé savait qu'il avait abattu l'agent Seewald parce qu'il n'a même pas pris le soin de l'examiner avant de décider, comme il a dit, de s'enlever la vie. Ainsi, si vous retenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu, ou que l'accusé avait à tout le moins l'intention de causer des lésions corporelles en sachant qu'elles seraient de nature à causer la mort de l'agent Seewald, et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non. [d.a., p. 31]

[63] Le juge a donc indiqué aux jurés — à tort, à mon humble avis — qu'ils pouvaient tenir compte du comportement de l'appelant postérieur à l'infraction pour déterminer s'il avait, au moment où le coup de feu a été tiré, l'intention coupable qui constitue un élément essentiel de l'infraction de meurtre. Il ne s'agissait pas de commentaires isolés ou éphémères. Comme nous le verrons, ils faisaient partie intégrante d'un thème qui est souvent revenu dans les extraits de l'exposé du juge sur l'état psychologique de l'appelant au moment où il a causé la mort de l'agent.

[64] Le droit applicable à une preuve de comportement postérieur à l'infraction a été définitivement énoncé dans *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 145 :

... lorsque le comportement de l'accusé peut s'expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, [. . .] le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise.

[65] En outre, dans *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 28, le juge Major a expliqué les circonstances dans lesquelles un jury devrait être informé que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'a aucune valeur probante :

Une telle directive sera très probablement justifiée lorsque, comme dans l'affaire *Arcangioli*, l'accusé avoue avoir accompli l'*actus reus*, mais nie un degré de culpabilité donné à l'égard de cet acte [. . .] En pareil cas,

such cases, the participation of the accused in the culpable event is not at issue; the question to be decided is merely the extent or legal significance of that participation. [Emphasis added.]

[66] In this case, the only element distinguishing manslaughter from murder was the “specific level of culpability” of the appellant. Once the jury accepted that it was the appellant who had retrieved the shotgun, his “participation . . . in the culpable event” was no longer in issue.

[67] Moreover, the appellant’s post-offence conduct was equally consistent with murder *and* manslaughter. His failure to check on the victim’s condition “may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences” (*Arcangioli*, at p. 145): murder, if the appellant intentionally caused the victim’s mortal injuries, and was reckless whether death ensued or not; manslaughter, if the appellant, having discharged the weapon unintentionally became totally distraught on realizing that he had shot the constable — as the appellant, in effect, testified.

[68] Yet the trial judge did not give the required limiting instruction: He failed to warn the jury not to use Mr. Jaw’s post-offence conduct to infer intent. On the contrary, *he expressly invited the jury to do so*.

[69] It was not in issue that Mr. Jaw had struggled with Cst. Seewald and ultimately discharged the weapon. As a preliminary matter, the jury had to decide whether Mr. Jaw had retrieved the gun from the closet, handled it unlawfully, and thus caused Cst. Seewald’s death. In the circumstances of this case, this alone would have supported a finding of culpable homicide.

[70] The jury would then have to decide whether Mr. Jaw was guilty of murder or only of manslaughter. As mentioned earlier, that depended entirely on his intent at the time of the shooting. Under both *Arcangioli* and *White*, the jury should have been instructed that it could not infer from his conduct

la participation de l’accusé à l’acte coupable n’est pas contestée; seule l’ampleur de cette participation ou son incidence sur le plan légal doit être déterminée. [Je souligne.]

[66] En l’espèce, le seul élément qui permettait de distinguer l’homicide involontaire coupable du meurtre était le « degré de culpabilité donné » de l’appelant. Dès lors que le jury convenait du fait que l’appelant avait pris le fusil de chasse, sa « participation [. . .] à l’acte coupable » n’était plus en litige.

[67] En outre, le comportement de l’appelant postérieur à l’infraction était compatible *tant* avec le meurtre *qu’avec* l’homicide involontaire coupable. Son omission de vérifier l’état de la victime « peut s’expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus » (*Arcangioli*, p. 145) : le meurtre, si l’appelant a intentionnellement causé les blessures mortelles de la victime et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non; l’homicide involontaire coupable, si l’appelant, qui a involontairement déchargé son arme, a été complètement bouleversé quand il a réalisé qu’il avait tué l’agent — comme de fait l’a dit l’appelant dans son témoignage.

[68] Pourtant, le juge du procès n’a pas donné la directive restrictive requise. En effet, il a omis d’avertir le jury de ne pas tenir compte du comportement postérieur à l’infraction de M. Jaw pour inférer une intention. Au contraire, *il a expressément invité le jury à le faire*.

[69] Nul n’a contesté que M. Jaw s’était battu avec l’agent Seewald et avait, en définitive, tiré le coup de fusil. À titre préliminaire, le jury devait décider si M. Jaw avait sorti le fusil du placard, s’en était servi illégalement et avait ainsi causé la mort de l’agent Seewald. Dans les circonstances de l’espèce, cela aurait suffi à justifier une conclusion d’homicide coupable.

[70] Advenant ce cas de figure, le jury devait ensuite décider si M. Jaw était coupable de meurtre ou seulement d’homicide involontaire coupable, ce qui, je le répète, dépendait entièrement de son intention au moment du meurtre. Dans *Arcangioli* et *White*, le jury aurait dû recevoir la directive de ne

immediately after the shooting that he had acted with the specific intent that is a requisite element of murder.

[71] And I repeat once more that the jury was told the opposite.

IV

[72] According to Justice LeBel, it “might be reasonable to suggest that the trial judge erred” if he invited the jury to infer intent from the appellant’s post-offence conduct (para. 30). In my colleague’s view, however, this impermissible inference was never put to the jury (paras. 3 and 31).

[73] The issue that divides us, then, is whether the trial judge in fact invited the jury to consider post-offence conduct in determining Mr. Jaw’s intention at the time of the shooting. Like all three judges in the Court of Appeal (2008 NUCA 2, 432 A.R. 297), I believe that he did.

[74] We cannot safely conclude that the jurors understood the judge’s instruction differently.

V

[75] Justice LeBel stresses throughout his reasons that we must read the judge’s charge in context. I agree. But this heightens rather than assuages my concern: The trial judge’s impugned references to post-offence conduct all occurred in the context of his review of evidence and Crown submissions *explicitly and directly related to the appellant’s intent at the time of the shooting*.

[76] At the beginning of this portion of his charge, the trial judge provided the jury with an analytical framework, or decisional roadmap, for determining the appellant’s culpable intent. He organized this roadmap in terms of Mr. Jaw’s conduct before,

pas déduire du comportement de l’accusé immédiatement après le coup de feu qu’il avait agi avec l’intention spécifique qui constitue un élément essentiel de l’infraction de meurtre.

[71] Je répète encore une fois que le jury a reçu la directive contraire.

IV

[72] Selon le juge LeBel, « on pourrait raisonnablement suggérer que le juge du procès a commis une erreur » s’il a invité le jury à inférer l’intention de l’appelant de son comportement postérieur à l’infraction (par. 30). Or, selon mon collègue, l’exposé n’a pas soumis cette conclusion inadmissible au jury (par. 3 et 31).

[73] Ainsi, la question sur laquelle nous sommes en désaccord est celle de savoir si le juge du procès a, de fait, invité le jury à tenir compte du comportement postérieur à l’infraction pour juger de l’intention de M. Jaw au moment du coup de feu. Comme les trois juges de la Cour d’appel (2008 NUCA 2, 432 A.R. 297), je crois qu’il l’a fait.

[74] Nous ne pouvons conclure sans risque que les jurés ont interprété les directives du juge autrement.

V

[75] Le juge LeBel insiste tout au long de ses motifs sur le fait que nous devons interpréter l’exposé du juge dans son contexte. Je suis d’accord. Cependant, cela accentue ma crainte plutôt que de l’apaiser. Le juge du procès a fait toutes ses références contestées au comportement de l’appelant postérieur à l’infraction dans le cadre de son examen de la preuve alors que les arguments du ministère public *se rapportaient explicitement et directement à l’intention de l’appelant au moment où le coup de feu a été tiré*.

[76] Au début de cette portion de l’exposé, le juge du procès a fourni au jury un cadre analytique, ou un guide décisionnel, servant à juger de l’intention coupable de l’appelant. Il a organisé ce guide en fonction du comportement de M. Jaw avant,

during and after the offence — and then followed the roadmap sequentially. While discussing Mr. Jaw's intent prior to or at the time of the shooting, the trial judge cited the appellant's awareness *after the shooting* that he had shot Cst. Seewald. This could only have been intended to convey to the jury that the appellant's post-offence awareness was evidence of an earlier murderous intent. And I see no reason to suppose that the jury understood it otherwise.

[77] For ease of reference, I again reproduce what the trial judge told the jury in summarizing the theory of the Crown:

Furthermore, I think it is fair to say that the Crown says you should conclude that the accused knew he shot Constable Seewald because he did not even bother to check Constable Seewald before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot, the accused intended to kill Constable Seewald, or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill Constable Seewald, and he was reckless about whether the constable died or not. [A.R., at p. 31]

[78] For Justice LeBel, the first sentence in this extract from the judge's charge is "not contentious" since the "appellant did not dispute that he knew he had shot Cst. Seewald" (para. 29), and the second is harmless. With respect, I disagree with both propositions. In view of their juxtaposition, moreover, I believe the two sentences in the impugned extract cannot be conceptually disjoined. Each must be read in the context of the other. For present purposes, I am nonetheless prepared to consider them separately, as my colleague does.

[79] As to the first, Justice LeBel finds that the trial judge's "misstatement of the Crown's submission on post-offence conduct did not put anything to the jury that they would not already have presumed" (para. 29).

[80] With respect, however, the issue here is not the *accuracy* of the judge's statement regarding

pendant et après l'infraction — puis, il a suivi le guide dans l'ordre indiqué. Au sujet de l'intention de M. Jaw avant ou pendant le meurtre, le juge du procès a parlé du fait que l'appellant savait *après le coup de feu* qu'il avait abattu l'agent Seewald. Cette remarque ne pouvait que viser à faire comprendre au jury que la conscience de l'appellant après l'infraction révélait une intention meurtrière antérieure. Je ne vois aucune raison de croire que le jury l'a comprise autrement.

[77] Pour plus de commodité, je reproduis à nouveau ce que le juge du procès a dit au jury lorsqu'il a résumé la thèse du ministère public :

[TRADUCTION] De plus, j'estime qu'il est juste de dire que le ministère public vous suggère de conclure que l'accusé savait qu'il avait abattu l'agent Seewald parce qu'il n'a même pas pris le soin de l'examiner avant de décider, comme il a dit, de s'enlever la vie. Ainsi, si vous retenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu, ou que l'accusé avait à tout le moins l'intention de causer des lésions corporelles en sachant qu'elles seraient de nature à causer la mort de l'agent Seewald, et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non. [d.a., p. 31]

[78] Pour le juge LeBel, la première phrase de cet extrait de l'exposé du juge n'est « pas litigieuse », puisque « l'appellant n'a pas contesté qu'il savait avoir abattu le policier Seewald » (par. 29), et la deuxième est inoffensive. Avec égards, je ne souscris à ni l'une ni l'autre de ces propositions. En outre, compte tenu de leur juxtaposition, je suis d'avis que les deux phrases de l'extrait contesté ne peuvent être dissociées sur le plan conceptuel. Chaque phrase doit être lue en fonction de l'autre. Pour les besoins de l'espèce, je suis néanmoins disposé à les examiner séparément comme le fait mon collègue.

[79] S'agissant de la première phrase, le juge LeBel estime que « la déclaration erronée du [juge du procès] au sujet de l'argument du ministère public sur le comportement postérieur à l'infraction n'a rien appris aux jurés qu'ils n'auraient déjà été en mesure de présumer » (par. 29).

[80] Cependant, en tout respect, ce qui est en cause ici est non pas l'*exactitude* de la déclaration

the appellant's post-offence conduct, but the *use* to which the jury was invited to put it. The trial judge's reference to post-offence conduct formed an important part of his instruction to the jury on how they were to determine whether the appellant had the requisite intent for murder.

[81] In finding no error, Justice LeBel reasons as well that the trial judge “was not *instructing* the jury to use the evidence in the manner suggested by the Crown, but was *concluding* his review of the Crown's position before moving on to the defence submissions” (para. 33 (emphasis in original)). With respect, I find this distinction unconvincing — and unwarranted.

[82] I agree that the jury might well have understood that the judge was summarizing his entire discussion of the appellant's intent or, at the very least, the Crown's theory on that issue. In either case, however, *part* of the evidence which the jury was invited to rely on included evidence of the appellant's post-offence conduct. In my respectful view, that is the problem, not the solution.

[83] The trial judge clearly indicated to the jury that if they accepted the evidence he had reviewed for them, including the appellant's post-offence conduct, they were free to conclude that the appellant had the requisite intent for murder. Called by any other name, this was an instruction in law, which the jury was bound to accept.

[84] I agree in this regard with Martin J.A., dissenting in the court below (at para. 125):

The Crown's failure to rely on the appellant's post-offence conduct in the manner ascribed to it by the trial judge, followed by his instruction, “So if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot the accused intended to kill Constable Seewald . . .”, could well have led the jury to understand that this was not part of the Crown's position, but part of the trial judge's instruction on the law

du juge au sujet du comportement de l'appelant postérieur à l'infraction, mais *l'usage* que le jury a été invité à en faire. La référence du juge du procès au comportement postérieur à l'infraction constituait une partie importante de la directive qu'il a donnée aux jurés sur la façon dont ils devaient déterminer si l'appelant avait l'intention requise pour commettre un meurtre.

[81] N'ayant relevé aucune erreur, le juge LeBel estime également que le juge du procès « n'a pas *donné la directive* au jury d'utiliser la preuve de la manière suggérée par le ministère public, mais qu'il *concluait* son examen de la thèse du ministère public avant de passer aux observations de la défense » (par. 33 (en italique dans l'original)). Soit dit en tout respect, j'estime que cette distinction est peu convaincante — et injustifiée.

[82] Je conviens que le jury peut fort bien avoir compris que le juge résumait l'ensemble de ses observations sur l'intention de l'appelant ou, à tout le moins, la thèse du ministère public sur la question. Dans les deux cas, toutefois, le jury a été invité à fonder sa décision *notamment* sur des éléments de preuve relatifs au comportement de l'appelant postérieur à l'infraction. Avec égards, voilà le problème, non pas la solution.

[83] Le juge du procès a clairement indiqué aux jurés que s'ils retenaient la preuve qu'il avait examinée pour eux, y compris le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction, ils étaient libres de conclure que l'appelant avait l'intention requise pour le meurtre. Or, quel que soit le terme choisi pour la désigner, il s'agissait d'une directive en droit que le jury était tenu d'accepter.

[84] À cet égard, je suis d'accord avec le juge Martin, dissident en Cour d'appel (par. 125) :

[TRADUCTION] Le fait que le ministère public n'invoque pas le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction de la façon décrite par le juge du procès, suivi de sa directive, « Ainsi, si vous retenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu [. . .] », aurait bien pu amener le jury à penser qu'il ne s'agissait pas de la position du ministère public, mais plutôt de la

that they were bound to follow. In the result, it would be understood that if the jury found that the appellant did not check on the wounded constable before deciding to kill himself, they could infer that the killing was intentional. [Emphasis added.]

[85] Ultimately, it is thus of no moment that the trial judge's instruction rested on a misunderstanding of the Crown's position. What matters is that the jury was told *by the judge* that it could draw, in respect of the critical issue in the case, an inference prohibited by law. This misdirection would have been no less fatal if Crown counsel had *also* urged the jury to draw that same impermissible inference. On the contrary, where counsel for either side advances a theory contrary to law or suggests an impermissible use of evidence, trial judges are bound to set the record straight. Reiterating without correction an erroneous submission by counsel differs neither in law nor in effect from a misdirection of the judge's own making.

[86] It should never be forgotten that, in the eyes of a jury, the trial judge occupies a position "of great power and prestige which gives his every word an especial significance": *R. v. Torbiak* (1974), 26 C.R.N.S. 108 (Ont. C.A.), at pp. 109-10, *per* Kelly J.A., cited with approval in *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, at pp. 44-45. As I have written elsewhere, just as experienced counsel are ever anxious to discover the judge's mind, so too are jurors: *R. v. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286 (C.A.), at p. 323, dissent affirmed, [1998] 1 S.C.R. 306.

[87] And they find the judge's mind in the judge's words. When a trial judge repeats without correction an assertion by counsel that is erroneous in law, jurors, understandably, will find in the judge's words a tacit approval of the proposition erroneously advanced by counsel.

[88] It has long been recognized that jurors should be presumed to act in accordance with the judge's *instructions as given* and not on what the judge *may have intended them to convey*:

directive du juge du procès sur le droit applicable. Par conséquent, il serait entendu que si les jurés arrivaient à la conclusion que l'appelant n'a pas vérifié l'état de l'agent blessé avant de décider de s'enlever la vie, ils pourraient inférer que le meurtre était intentionnel. [Je souligne.]

[85] En définitive, il n'est pas pertinent que la directive du juge ait été fondée sur une mauvaise compréhension de la position du ministère public. Ce qui importe, c'est que *le juge* ait dit aux jurés qu'ils pouvaient — quant à une question décisive en l'espèce — tirer une inférence prohibée. Cette directive erronée n'aurait pas été moins fatale si l'avocate du ministère public avait, elle *aussi*, invité les jurés à tirer la même inférence prohibée. Au contraire, lorsque l'avocat de l'une ou l'autre partie avance une théorie contraire à la loi ou suggère une utilisation inacceptable de la preuve, les juges du procès sont tenus de remettre les pendules à l'heure. Répéter l'argument erroné d'un avocat sans le corriger revient, en droit et en fait, à donner des directives erronées.

[86] Il ne faut jamais oublier que, aux yeux d'un jury, [TRADUCTION] « en raison du grand pouvoir et du prestige qui se rattachent à son poste, tout ce que peut dire un juge [du procès] revêt une importance toute particulière » : *R. c. Torbiak* (1974), 26 C.R.N.S. 108 (C.A. Ont.), p. 109-110, le juge Kelly; propos cités et approuvés dans *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, p. 44-45. Comme je l'ai déjà précisé ailleurs, les avocats d'expérience sont impatients de connaître l'opinion du juge et il en est de même pour les jurés : *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286 (C.A.), p. 323, dissidence confirmée, [1998] 1 R.C.S. 306.

[87] C'est par les mots que le juge traduit son opinion. Quand un juge du procès répète l'affirmation erronée en droit d'un avocat sans la corriger, les jurés, naturellement, considèrent les propos du juge comme une approbation tacite de l'argument erroné en question.

[88] Il est reconnu depuis longtemps que les jurés doivent être présumés agir conformément *aux directives* du juge *telles qu'elles ont été données* et non en appliquant les directives que le juge *pourrait avoir voulu leur donner* :

[I]t is not what the Judge intended but what his words as uttered would convey to the minds of the jury which is the decisive matter. Even if the matter were evenly balanced, . . . and the language used were merely just as capable of the one meaning as the other, the position would be that the jury would be as likely to take the words in the sense in which it was forbidden to use them as in the innocuous sense and in such circumstances I think the error would be fatal.

(*R. v. Gallagher* (1922), 63 D.L.R. 629 (Alta. C.A.), at p. 630, *per* Stuart J.A., cited with approval by this Court in *Bigaouette v. The King*, [1927] S.C.R. 112, at p. 114; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, at p. 24.)

[89] Justice LeBel expresses reservations concerning the rule that any ambiguity in a judge's charge must necessarily be resolved in favour of the accused. According to my colleague, this rule "seems to be based on the strict constructionist approach to interpreting penal legislation that developed in the eighteenth century, when criminal law sanctions were especially severe" (para. 38), but is today a "principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation" (para. 38).

[90] With respect, we are not concerned in this case with the contemporary relevance of the long-established rule that ambiguous statutes should be interpreted in favour of the accused. That rule was recently reaffirmed by this Court in *R. v. C.D.*, 2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668, at para. 50 (*aff'g* *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 29). Our concern, rather, is with a charge to the jury that left it open to the jurors to draw an impermissible inference. In my view, the judge's instruction was plainly erroneous in law, rather than "confus[ing]" (LeBel J., at para. 34). But even if it were merely "confusing", any uncertainty as to its meaning and effect would surely have to be resolved in the accused's favour — not in favour of the Crown.

VI

[91] Finally, a brief comment on Justice LeBel's discussion of the simultaneous translation at the

[TRANSLATION] [C]e n'est pas ce que le juge a voulu dire qui est décisif, mais bien le message qu'ont transmis les mots qu'il a prononcés à l'intention des jurés. Même si le propos était équilibré, [. . .] et que les termes choisis pouvaient aussi bien exprimer une thèse que l'autre, le jury pourrait interpréter les paroles du juge tout autant de la manière prohibée que dans leur sens inoffensif et, dans de telles circonstances, j'estime que l'erreur serait fatale.

(*R. c. Gallagher* (1922), 63 D.L.R. 629 (C.A. Alb.), p. 630, le juge Stuart, propos cités et approuvés par la Cour dans *Bigaouette c. The King*, [1927] R.C.S. 112, p. 114; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, p. 24.)

[89] Le juge LeBel exprime des réserves à l'égard de l'affirmation selon laquelle toute incertitude que peut comporter un exposé doit, systématiquement, être résolue en faveur de l'accusé. Selon mon collègue, cette règle « semble reposer sur le principe de l'interprétation stricte de la législation pénale qui a été élaboré au dix-huitième siècle, soit à une époque où les sanctions pénales étaient particulièrement sévères » (par. 38), mais aujourd'hui, il s'agit d'un principe de « dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l'objet et le contexte » (par. 38).

[90] Avec égards, nous ne sommes pas appelés en l'espèce à nous pencher sur la pertinence actuelle de la règle, établie depuis longtemps, voulant que les lois ambiguës soient interprétées en faveur de l'accusé. Cette règle a d'ailleurs été réaffirmée récemment par la Cour dans *R. c. C.D.*, 2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668, par. 50 (*conf. R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 29). Nous devons plutôt examiner un exposé qui permettait aux jurés de tirer une inférence prohibée. À mon avis, la directive du juge était manifestement erronée en droit, non pas « confus[e] » (le juge LeBel, par. 34). Quoi qu'il en soit, même si la directive n'était que « confus[e] », toute incertitude quant au sens et à l'effet qu'il faut lui donner devrait assurément être résolue en faveur de l'accusé — pas en faveur du ministère public.

VI

[91] Enfin, il y a lieu de faire un bref commentaire quant aux propos du juge LeBel sur l'interprétation

appellant's trial, which was conducted in English and Inuktitut.

[92] Justice LeBel finds that some of the “confusion” surrounding the trial judge’s concluding statement on intent “might be explained in part by the potential for transcription difficulties at trial” (para. 34). My colleague considers that “[i]n the case of a trial conducted in two languages, the natural breaks between topics may not be as clear as usual, given the constant interruptions required for translation” (para. 34).

[93] I agree that transcripts do not always record fully or accurately everything that in fact was said. Appellate courts must nonetheless rely on the record as they have it. Where the trial record is limited to transcripts, appellate review cannot proceed on any other basis.

[94] Those of us who have conducted or participated in bilingual trials know from experience that interpreted proceedings invite closer scrutiny to ensure the integrity of the transcripts. In the absence of a factual foundation, however, appellate courts cannot excuse errors disclosed by the record on the speculative ground of its possible imperfections.

[95] On the materials before us, nothing suggests to me that the erroneous instructions of the trial judge in this case are a function of miscommunication arising from the bilingual proceedings at trial, or the misplacement of certain paragraphs in the transcript.

VII

[96] I end as I began.

[97] The only real issue at trial was whether the appellant had acted with the requisite intent for murder. In this Court, the decisive question is whether the trial judge misdirected the jury in that regard. For the reasons given, and with great respect, I believe that he did.

simultanée au procès de l'appellant, qui s'est déroulé en anglais et en inuktitut.

[92] Le juge LeBel pense qu'une partie de la « confusion » qui entoure la conclusion du juge du procès sur l'intention « est susceptible de s'expliquer en partie par les difficultés que peut poser la transcription lors d'un procès » (par. 34). Mon collègue estime que « [d]ans le cas d'un procès qui se déroule dans deux langues, il est possible que les pauses naturelles entre les sujets traités ne soient pas aussi évidentes qu'à l'habitude compte tenu des interruptions constantes que nécessite la traduction » (par. 34).

[93] Je conviens que les transcriptions ne témoignent pas toujours de façon complète ou fidèle de tout ce qui a été dit. Les tribunaux d'appel doivent néanmoins se fonder sur le dossier qui leur a été soumis. Quand le dossier du procès ne contient que les transcriptions, il est impossible de procéder à l'examen en appel sur un autre fondement.

[94] Les juges qui ont mené des procès bilingues ou qui y ont participé savent, par expérience, qu'il faut porter une attention particulière à l'intégrité des transcriptions lorsqu'il y a intervention d'un interprète. Toutefois, en l'absence de faits, les tribunaux d'appel ne peuvent excuser les erreurs qui figurent dans le dossier au motif hypothétique qu'il contient de possibles imperfections.

[95] Compte tenu des éléments dont nous disposons, rien ne me porte à croire que les directives erronées du juge du procès, en l'espèce, découlent des problèmes de communication dus au bilinguisme du procès ou du mauvais découpage de certains paragraphes dans la transcription.

VII

[96] Je termine de la façon dont j'ai commencé.

[97] La seule question en litige était celle de savoir si l'appellant avait l'intention requise pour commettre un meurtre au moment où il a agi. Devant notre Cour, la question déterminante est celle de savoir si le juge du procès a donné des directives erronées au jury à cet égard. Pour les motifs exposés, et avec égards, je crois que oui.

[98] Though they divided as to the result, all three judges in the Court of Appeal agreed that the judge's charge had indeed invited the jury to consider the appellant's post-offence conduct in deciding whether he was guilty of murder or manslaughter: see Watson J.A., for the majority, at paras. 103-4 and 108-9; Martin J.A., dissenting, at paras. 122-25.

[99] Watson J.A. concluded as follows:

While the trial judge should have refrained from putting this position [regarding the appellant's post-offence conduct] to the jury, I am not persuaded that a substantial wrong or miscarriage of justice occurred. [para. 109]

[100] I note in passing that Watson J.A., having found that the trial judge had erred in law, adopted the wrong legal test in applying the curative proviso. Once legal error was established, the burden was *on the Crown* to persuade the court that *no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred*. The appellant, having established error, was not bound to establish the contrary.

[101] In my view, the Crown has not discharged that burden on this appeal. The trial judge's erroneous instruction cannot be characterized as "harmless" or "having no impact on the verdict": see *Khan*, at para. 26. Nor can the evidence pointing to the appellant's guilt of murder, as opposed to manslaughter, be described as "so overwhelming that any other verdict but a conviction [for murder] would be impossible": *Khan*, at para. 31. On this branch of the test, we must bear in mind not only the appellant's evidence that he never intended to shoot Cst. Seewald, but also the evidence of the Crown's own witness as to the potential effect of pepper spray on the appellant's mental state, and the fact that the shooting occurred in the course of a struggle during which both the constable and the appellant had both hands on the weapon.

[98] En dépit de leur désaccord quant à l'issue de l'affaire, les trois juges de la Cour d'appel ont convenu que l'exposé du juge avait bel et bien invité le jury à examiner le comportement de l'appellant postérieur à l'infraction pour décider s'il était coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable : voir le juge Watson, au nom de la majorité, par. 103-104 et 108-109; le juge Martin, dissident, par. 122-125.

[99] Le juge Watson a conclu comme suit :

[TRADUCTION] Même si le juge du procès aurait dû s'abstenir de présenter cette position [à propos du comportement de l'appellant postérieur à l'infraction] au jury, je ne suis pas convaincu qu'un tort important ou une erreur judiciaire grave s'est produit. [par. 109]

[100] Je signale en passant que le juge Watson, après avoir conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit, a adopté le mauvais critère juridique en appliquant la disposition réparatrice. Dès que l'erreur de droit a été établie, il incombait *au ministère public* de convaincre la cour qu'*aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'était produit*. Comme l'appellant avait prouvé qu'il y avait eu erreur, il n'était pas tenu de faire la preuve contraire.

[101] À mon avis, dans le présent pourvoi, le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau. La directive erronée du juge du procès ne peut être considérée comme une erreur « inoffensive » ou comme une erreur « qui n'[a] aucune incidence sur le verdict » : voir *Khan*, par. 26. La preuve qui tend à établir la culpabilité pour meurtre de l'appellant, plutôt que pour homicide involontaire coupable, ne peut pas non plus être considérée comme étant « à ce point accablante qu'il serait impossible d'obtenir un verdict autre qu'une déclaration de culpabilité [pour meurtre] » : *Khan*, par. 31. En ce qui concerne ce volet de l'analyse, nous devons non seulement tenir compte du témoignage de l'appellant selon lequel il n'a jamais eu l'intention d'abattre l'agent Seewald, mais également de la déposition du témoin du ministère public sur l'effet que peut avoir eu le gaz poivré sur l'état mental de l'appellant et du fait que le coup de feu a été tiré lors d'une bagarre au cours de laquelle l'agent et l'appellant avaient tous les deux les mains sur l'arme.

[102] In *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, the Court emphasized the very high threshold that the “overwhelming” standard imports. Justice Deschamps, writing for the majority, explained at para. 82 that the “overwhelming standard” “is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case ‘beyond a reasonable doubt’ at trial”. As Justice Deschamps noted, this “higher standard” reflects the difficulties that appellate courts face when considering “retroactively the effect that, for example, excluding certain evidence could reasonably have had on the outcome”. This will particularly be the case for jury trials where “no detailed findings of fact will have been made” (para. 82).

[103] In the result, I would allow the appeal, set aside the appellant’s conviction, and order a new trial.

Appeal dismissed, BINNIE and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Beresh Cunningham Aloneissi O’Neill Hurley, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

[102] Dans *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, la Cour a insisté sur le seuil très exigeant qu’il faut franchir pour satisfaire à la norme de la preuve « accablante ». La juge Deschamps, rédigeant au nom de la majorité, a expliqué au par. 82 que la « norme de la preuve accablante » « est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations “hors de tout doute raisonnable” lors du procès ». Comme la juge Deschamps l’a fait remarquer, cette « norme plus élevée » reflète les difficultés que les tribunaux d’appel éprouvent lorsqu’ils déterminent « rétroactivement quel effet, par exemple, l’exclusion de certains éléments de preuve aurait raisonnablement pu avoir sur l’issue du procès ». C’est surtout le cas des procès avec jury où les tribunaux d’appel « ne dispose[nt] pas de conclusions détaillées sur les faits » (par. 82).

[103] Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité de l’appellant et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE et FISH sont dissidents.

Procureurs de l’appellant : Beresh Cunningham Aloneissi O’Neill Hurley, Edmonton.

Procureur de l’intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.