

Alexander Francois Thomas *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THOMAS

File No.: 25943.

1998: June 19; 1998: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA COURT OF APPEAL

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of second degree murder following jury trial — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of whether accused guilty of second degree murder or manslaughter — Whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

The accused was charged with second degree murder in relation to the shooting death of his common law partner. The incident occurred in the presence of an eye-witness who testified that the accused had killed his partner. The accused relied on the defence of intoxication in support of his position that he should be convicted of manslaughter. In his closing address to the jury, defence counsel conceded that his client caused the death of his partner by means of an unlawful act. The accused was convicted of second degree murder and, because of ineffective legal representation, filed a notice of appeal more than two years after his conviction. In the meantime, a number of trial exhibits were destroyed. The Court of Appeal granted the motion to extend time to file the notice of appeal, allowed the appeal from conviction and ordered a new trial pursuant to s. 686(2) of the *Criminal Code*. The court held that the trial judge had not adequately answered questions from the jury on the issue of intent and intoxication. The court also issued an ancillary order under s. 686(8), confining the

Alexander Francois Thomas *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. THOMAS

N° du greffe: 25943.

1998: 19 juin; 1998: 17 décembre.

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

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

Droit criminel — Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré à la suite d'un procès devant jury — Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré relativement au décès de sa conjointe de fait, qui a été abattue d'un coup de feu. L'événement s'est produit en présence d'un témoin oculaire qui a affirmé, dans sa déposition, que l'accusé avait tué sa conjointe. L'accusé a invoqué la défense d'intoxication à l'appui de sa prétention selon laquelle il devait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Dans son exposé final au jury, l'avocat de la défense a admis que son client avait causé la mort de sa conjointe en commettant un acte illégal. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et, en raison d'une mauvaise représentation en justice, a déposé un avis d'appel plus de deux ans après la déclaration de culpabilité. Entretemps, plusieurs pièces qui avaient été déposées au procès ont été détruites. La Cour d'appel a accueilli la requête en prorogation du délai de dépôt de l'avis d'appel ainsi que l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité, et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès en application du par. 686(2) du *Code criminel*. La cour a conclu que le juge du procès avait donné des explications insatisfaisantes en réponse aux questions du jury au sujet de l'intention et de l'intoxication. En vertu du par. 686(8), la cour a également rendu une ordonnance accessoire limitant la portée du nouveau procès à

new trial to the issue of whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a full new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: Section 686(8) does not confer unlimited discretion on a court of appeal to issue ancillary orders. In addition to being constrained by what justice requires, a court of appeal should not issue an order that is at direct variance with the court's underlying judgment. Any order made under s. 686(8) must also be consistent with s. 686 when read in its entirety. A court of appeal must thus assess whether it has jurisdiction to issue a particular ancillary order under s. 686(8) having regard to the basis on which the appeal is disposed of and its various powers under s. 686 generally.

The Court of Appeal had no jurisdiction to issue an order limiting the accused's new trial to the issue of whether he is guilty of second degree murder or manslaughter. Orders limiting the scope of a new trial after granting an appeal from a jury verdict do not accord with the principles underlying the powers granted to courts of appeal under s. 686. While s. 686(4) applies only to appeals from acquittal, and this case deals with an appeal from a conviction, that subsection offers guidance as to the extent of an appeal court's jurisdiction under s. 686(8) to order a limited new trial in a jury case. Under s. 686(4)(b)(i), a court of appeal could not issue the kind of order that was issued in this case. To do so would be tantamount to entering a partial conviction against the accused, which s. 686(4)(b)(ii) specifically prevents the appeal court from doing. Therefore, the words "new trial" in s. 686(4)(b)(i) mean a full new trial and the same words in s. 686(2)(b) should be given a like meaning, at least where there has been a jury trial.

Further, there is no power under s. 686(2)(b) allowing an appellate court to substitute a finding of guilt for any other offence. The Court of Appeal's order in this case amounts to a finding of guilt for, at the least, manslaughter, constituting a substituted verdict for the jury's

la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès complet est ordonnée.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Le paragraphe 686(8) ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire illimité de rendre des ordonnances accessoires. En plus d'être limitée par les exigences de la justice, une cour d'appel ne doit pas rendre une ordonnance directement incompatible avec son jugement sous-jacent. Toute ordonnance fondée sur le par. 686(8) doit être compatible avec l'art. 686 envisagé dans son ensemble. Une cour d'appel doit donc déterminer si elle a compétence pour rendre une ordonnance accessoire fondée sur le par. 686(8), à la lumière des motifs justifiant la décision rendue en appel et des différents pouvoirs que lui confère l'art. 686 de façon générale.

La Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de rendre une ordonnance limitant le nouveau procès de l'accusé à la question de savoir s'il était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. Les ordonnances restreignant la portée d'un nouveau procès après que l'appel d'un verdict rendu par un jury a été accueilli ne sont pas conformes aux principes qui sous-tendent les pouvoirs conférés aux cours d'appel par l'art. 686. Bien que le par. 686(4) ne s'applique qu'aux appels d'un acquittement et que la présente affaire porte sur l'appel d'une déclaration de culpabilité, ce paragraphe donne une indication de l'étendue de la compétence qu'une cour d'appel a, en vertu du par. 686(8), pour ordonner la tenue d'un nouveau procès de portée limitée dans le cas d'une affaire devant jury. En vertu du sous-al. 686(4)(b)(i), une cour d'appel ne peut rendre une ordonnance du genre de celle qui a été rendue en l'espèce. Agir de la sorte équivaldrait à consigner une déclaration de culpabilité partielle contre l'accusé, ce que le sous-al. 686(4)(b)(ii) empêche expressément une cour d'appel de faire. Par conséquent, les mots «nouveau procès» au sous-al. 686(4)(b)(i) signifient un nouveau procès complet et, à l'al. 686(2)(b), ils doivent être interprétés de la même manière, à tout le moins lorsqu'il y a eu un procès devant jury.

En outre, l'al. 686(2)(b) n'autorise d'aucune façon une cour d'appel à substituer une déclaration de culpabilité relativement à quelque autre infraction que ce soit. En l'espèce, l'ordonnance de la Cour d'appel équivalait à tout le moins à une déclaration de culpabilité d'hom-

conviction of second degree murder. Section 686(8) does not extend so far as to provide authority for such an order in the circumstances of a jury trial. As a matter of principle, appeal courts should not restrict the plentitude of the jury's jurisdiction on a new trial by confining the scope of the issues normally within its province. In ordering a limited new trial, the Court of Appeal attempted to circumscribe the duties of the jury to deciding between manslaughter and second degree murder. The jury is precluded from entering a verdict of not guilty.

This case also illustrates that there may be dangers in restricting the ambit of new trials before a jury. Here, the questions posed by the jury to the trial judge indicate that the jury struggled with the issue of *mens rea*. Given the fundamental nature of those questions, were it not for the fact the accused's counsel conceded to the jury that his client had killed his partner and asked for a finding of guilty of manslaughter, it is unlikely that the Court of Appeal would have had any confidence in the accused's liability even for manslaughter. A limited new trial in this case would bind the accused to concessions made at the first trial which could limit his right to full answer and defence at the second trial and impinge on his presumption of innocence as protected by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Furthermore, since the accused's trial, there have been important developments in the law regarding the relationship between *mens rea*, intent and intoxication, including the enactment of s. 33.1 of the *Criminal Code* with respect to the defence of self-induced intoxication. It would be inappropriate in these circumstances to constrain the issues to be placed before the second jury.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): When a court of appeal orders a new trial pursuant to s. 686(2) of the *Criminal Code*, s. 686(8) allows the court to make "any order, in addition, that justice requires". In this context, the remedial purpose of s. 686(8) is to ensure that the interests of justice are protected where ordering a new trial alone would not ensure that justice is done. This remedial purpose should be broadly construed in order to enhance the ability of appellate courts to respond in a measured way to the nature and extent of the error made at trial. A court of appeal's jurisdiction under s. 686(8) to make all kinds of

homicide involontaire coupable, qui remplace le verdict de meurtre au deuxième degré rendu par le jury. Le paragraphe 686(8) n'a pas la portée nécessaire pour conférer le pouvoir de rendre une ordonnance de cette nature dans les cas de procès devant jury. En principe, les cours d'appel ne doivent pas réduire l'étendue de la compétence du jury à l'occasion d'un nouveau procès en restreignant la portée des questions litigieuses relevant normalement de sa compétence. En ordonnant un nouveau procès de portée limitée, la Cour d'appel a tenté de réduire les fonctions du jury à celle de décider entre l'homicide involontaire coupable et le meurtre au deuxième degré. On empêche le jury de rendre un verdict de non-culpabilité.

La présente affaire illustre également les dangers que peut entraîner le fait de restreindre la portée d'un nouveau procès devant jury. En l'espèce, les questions posées par le jury au juge du procès démontrent que le jury a éprouvé des difficultés à résoudre la question de la *mens rea*. Étant donné la nature fondamentale de ces questions, il est peu probable que la Cour d'appel aurait été convaincue de la culpabilité de l'accusé, même en ce qui a trait à l'homicide involontaire coupable, si l'avocat de l'accusé n'avait pas admis devant le jury que son client avait tué sa conjointe et s'il n'avait pas demandé que ce dernier soit déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. En l'espèce, un nouveau procès de portée limitée rendrait l'accusé prisonnier des concessions faites lors du premier procès, ce qui pourrait entraver l'exercice de son droit à une défense pleine et entière à l'occasion du second procès et contrevenir à la présomption d'innocence, qui sont respectivement protégés par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, depuis le procès de l'accusé, il y a eu une évolution importante du droit relativement à la relation entre la *mens rea*, l'intention et l'intoxication, notamment l'adoption de l'art. 33.1 du *Code criminel*, qui porte sur la défense d'intoxication volontaire. Il serait inapproprié, dans ces circonstances, de restreindre les questions à être soumises au second jury.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La cour d'appel qui ordonne la tenue d'un nouveau procès conformément au par. 686(2) du *Code criminel* peut, en vertu du par. 686(8), «en outre rendre toute ordonnance que la justice exige». Dans ce contexte, les fins réparatrices du par. 686(8) sont de veiller à ce que les intérêts de la justice soient protégés lorsque l'ordonnance de nouveau procès n'assurerait pas, à elle seule, que justice soit rendue. Ces mesures réparatrices doivent être interprétées largement afin d'accroître la capacité des cours d'appel de répondre de façon mesurée à la nature et à la gravité de l'erreur commise au

orders, including any ancillary order restricting the issues of a new trial, is limited only by what “justice requires”. What “justice requires” in a particular situation will vary and should be determined by the court of appeal on a case-by-case basis. The determination of what “justice requires” is informed by the remedial purpose of s. 686(8) and involves a consideration of both the individual interest of the accused in a fair trial and the collective interest in the proper administration of justice. In addition, the language of s. 686(8) is inconsistent with a determination that certain classes of orders are outside its scope. While the discretion granted under s. 686(8) to appellate courts is not unlimited, the proper approach for this Court is to review the exercise of that judicial discretion on a case-by-case basis and not to conclusively place entire classes of orders outside the jurisdiction of a court of appeal. Section 686(4), which is not at issue in this case, cannot be used to limit the jurisdiction granted to appellate courts by s. 686(8).

An order under s. 686(8) restricting a new trial to limited verdicts is an exceptional remedy that will be required by justice in “special circumstances”. Such an order may exceptionally be available where it is beyond reasonable doubt that the accused committed the guilty act and the only outstanding issue relates to the legal quality of that act. In this case, identity was not an issue at trial. Defence counsel admitted to the jury that the accused had caused the death of his partner by means of an unlawful act and that he was accordingly guilty of at least manslaughter. There was also overwhelming evidence tendered at trial against the accused. This led the Court of Appeal to conclude that there was no doubt that the accused killed his partner. In these special circumstances, the Court of Appeal’s order restricting the new trial to limited verdicts of manslaughter or second degree murder was appropriate and in accordance with the requirements of justice.

The order is not inconsistent with the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Here, the Crown has already discharged its burden with respect to the other elements of the crime and the jury has found beyond a reasonable doubt that the accused killed his partner. The trial judge’s error relates to his instructions on the issue of intent. Accordingly, the Court of Appeal only revived the elements relevant to

procès. La compétence qu’a une cour d’appel, en vertu du par. 686(8), de rendre toutes sortes d’ordonnances, y compris toute ordonnance accessoire limitant les questions qui font l’objet d’un nouveau procès, est restreinte uniquement par ce que «la justice exige». Ce que «la justice exige» dans une situation donnée variera et devrait être décidé par la cour d’appel selon chaque cas. La détermination de ce que «la justice exige» découle des fins réparatrices du par. 686(8) et fait intervenir tant l’examen de l’intérêt individuel de l’accusé dans un procès équitable que celui de l’intérêt collectif dans la bonne administration de la justice. De plus, le libellé du par. 686(8) est incompatible avec la conclusion que certains types d’ordonnances sont hors de sa portée. Bien que le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 686(8) aux cours d’appel ne soit pas illimité, l’approche appropriée pour notre Cour consiste à examiner l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire cas par cas et non pas à retrancher définitivement de la compétence des cours d’appel des catégories entières d’ordonnances. Le paragraphe 686(4), qui n’est pas ici en cause, ne saurait être appliqué de façon à limiter la compétence conférée aux cours d’appel par le par. 686(8).

Une ordonnance rendue en vertu du par. 686(8) et qui restreint le nouveau procès à un nombre limité de verdicts est une réparation exceptionnelle que la justice exigera dans des «circonstances spéciales». Une telle ordonnance peut exceptionnellement être rendue lorsqu’il n’existe aucun doute raisonnable que l’accusé a commis l’acte reproché et que la seule question non résolue a trait à la qualification juridique de cet acte. En l’espèce, l’identité n’était pas en litige au procès. L’avocat de la défense a admis devant le jury que l’accusé avait causé la mort de sa conjointe au moyen d’un acte illégal et que, par conséquent, il était au moins coupable d’homicide involontaire coupable. De plus, la preuve déposée au procès contre l’accusé était accablante. Cela a mené la Cour d’appel à conclure qu’il n’y avait aucun doute que l’accusé avait tué sa conjointe. Vu ces circonstances spéciales, l’ordonnance de la Cour d’appel restreignant le nouveau procès à un nombre limité de verdicts — homicide involontaire coupable ou meurtre au deuxième degré — était appropriée et conforme aux exigences de la justice.

L’ordonnance n’est pas incompatible avec la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte*. En l’espèce, le ministère public s’est déjà acquitté de son fardeau de preuve relativement aux autres éléments du crime, et le jury a conclu hors de tout doute raisonnable que l’accusé avait tué sa conjointe. L’erreur commise par le juge du procès est liée à ses directives portant sur la question de l’intention. En con-

the issue of intent. On those elements, the accused is entitled to a full presumption of innocence and the Crown must prove the intent required for second degree murder beyond a reasonable doubt. The same reasoning refutes the suggestion that a new trial on restricted issues violates the right to a jury trial guaranteed by s. 11(f) of the *Charter*. Furthermore, the accused will suffer no prejudice arising from the order. The restricting order corrects the error made at trial, returns the accused to the same position he was in at the conclusion of the trial, and permits him to fully litigate the only live issue — his level of intent — that remains undecided by a properly and fully instructed jury. Lastly, the changes in the law regarding intent and intoxication since the accused's trial are not relevant to this case because there is no suggestion that the accused was in a state resembling that of extreme intoxication akin to automatism.

The Court of Appeal did not err in hearing the motion to extend time at the same time as the appeal and in relying on the Crown's affidavits.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Distinguished: *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620; **referred to:** *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, rev'd on other grounds [1995] 2 S.C.R. 737; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. v. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210; *R. v. Geauvreau*, [1982] 1 S.C.R. 485; *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Pearson, [1998] 3 S.C.R. 620; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135; *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, rev'd on other grounds [1995] 2 S.C.R. 737; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Chek*

séquence, la Cour d'appel n'a fait renaître que les éléments relatifs à la question de l'intention. À l'égard de ces éléments, l'accusé a entièrement droit à la présomption d'innocence et le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable l'intention requise pour un meurtre au deuxième degré. Le même raisonnement réfute l'argument selon lequel la tenue d'un nouveau procès sur un nombre limité de questions viole le droit à un procès par jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte*. De plus, l'accusé ne subira aucun préjudice découlant de l'ordonnance. L'ordonnance limitative corrige l'erreur commise au procès, replace l'accusé dans la situation où il était à la fin du procès et lui permet de plaider la seule question encore en litige, soit son niveau d'intention, qui reste à être tranchée par un jury ayant reçu des directives appropriées et complètes. Enfin, l'évolution du droit relatif à l'intention et à l'intoxication depuis le procès de l'accusé n'est pas pertinente en l'espèce puisque rien n'indique que l'accusé était dans un état ressemblant à l'intoxication extrême équivalant à l'automatisme.

La Cour d'appel n'a commis aucune erreur en entendant la requête en prorogation de délai en même temps que l'appel et en se fondant sur les affidavits du ministère public.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Distinction faite d'avec l'arrêt: *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620; **arrêts mentionnés:** *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, inf. pour d'autres motifs [1995] 2 R.C.S. 737; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. c. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210; *R. c. Geauvreau*, [1982] 1 R.C.S. 485; *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Pearson, [1998] 3 R.C.S. 620; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135; *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, inf. pour d'autres motifs [1995] 2 R.C.S. 737; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Chek TV*

TV Ltd. (1986), 27 C.C.C. (3d) 380; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. v. Ruptash* (1982), 68 C.C.C. (2d) 182; *R. v. Popoff* (1960), 129 C.C.C. 250; *R. v. Geauvreau*, [1982] 1 S.C.R. 485; *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, aff'd [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), (f).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 33.1 [ad. 1995, c. 32, s. 1], Part XXI, 674, 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (2), (3) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145], (4) [*idem*], (6) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (7) [*idem*], (8).

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 1998, release No. 8).
 Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 85 B.C.A.C. 303, 138 W.A.C. 303, [1997] B.C.J. No. 341 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for second degree murder and ordering a new trial confined to the issue of whether the verdict should be one of second degree murder or of manslaughter. Appeal allowed and full new trial ordered,

Ltd. (1986), 27 C.C.C. (3d) 380; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. c. Ruptash* (1982), 68 C.C.C. (2d) 182; *R. c. Popoff* (1960), 129 C.C.C. 250; *R. c. Geauvreau*, [1982] 1 R.C.S. 485; *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, conf. par [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), f).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 33.1 [aj. 1995, ch. 32, art. 1], partie XXI, 674, 686(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (2), (3) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145], (4) [*idem*], (6) [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (7) [*idem*], (8).

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
 Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 1998, release No. 8).
 Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 85 B.C.A.C. 303, 138 W.A.C. 303, [1997] B.C.J. No. 341 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si le verdict devrait être celui de meurtre au deuxième degré ou celui d'homicide

L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Sheldon Goldberg, for the appellant.

Gregory J. Fitch, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — This appeal, along with the two others being released with it, *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, and *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620, deal with the powers of courts of appeal under s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The particular issue that arises in this case is whether on an appeal from a conviction, s. 686(8) of the *Criminal Code*, which provides that a court of appeal may make “any [additional] order . . . that justice requires”, authorizes it to order a new trial limited to the issue of whether the accused is guilty of second degree murder or manslaughter. This question was raised in another case which recently came before this Court but that case was ultimately decided on other grounds: *R. v. Wade*, [1995] 2 S.C.R. 737. I wish to state at the outset that my decision in this case focuses on an appellate court’s powers with respect to appeals from jury verdicts. I leave for another day the question of whether the same principles would apply to appeals from decisions by a judge alone and whether, in that case, s. 686(8) might allow a court of appeal to limit the defences available to an accused on a second trial. In addition, for the reasons given by Justice Major and myself in *Pearson*, the issue of entrapment presents such a special set of circumstances for appeal courts that it justifies a different approach to s. 686(8) of the *Criminal Code* than that which I take in this case.

involontaire coupable. Pourvoi accueilli et nouveau procès complet ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Sheldon Goldberg, pour l'appelant.

Gregory J. Fitch, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi, à l'instar des deux autres arrêts rendus simultanément, à savoir *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, et *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, porte sur les pouvoirs des cours d'appel selon l'art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La question particulière qui est soulevée en l'espèce est de savoir si, à la suite d'un appel contre une déclaration de culpabilité, le par. 686(8) du *Code criminel*, qui prévoit qu'une cour d'appel peut rendre « toute ordonnance [additionnelle] que la justice exige », autorise cette dernière à ordonner la tenue d'un nouveau procès sur la seule question de savoir si l'accusé est coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. Cette question a été soulevée dans le cadre d'un autre pourvoi formé récemment devant notre Cour, mais qui a finalement été tranché en fonction d'autres moyens: *R. c. Wade*, [1995] 2 R.C.S. 737. Je désire préciser au départ que la décision que je rends dans la présente affaire porte sur les pouvoirs de la cour d'appel chargée de statuer sur un appel formé à l'encontre du verdict d'un jury. Je n'aborde pas la question de savoir si les mêmes principes s'appliquent aux appels interjetés contre les décisions rendues par un juge seul et si, dans un tel cas, le par. 686(8) pourrait permettre à une cour d'appel de restreindre les moyens de défense que peut invoquer l'accusé lors d'un second procès. En outre, pour les raisons que le juge Major et moi-même avons exposées dans *Pearson*, la question de la provocation policière présente pour les cours d'appel un ensemble si particulier de circonstances qu'elle justifie de donner au par. 686(8) du *Code criminel* une interprétation différente de celle que je lui donne en l'espèce.

I. Factual Background

2 The appellant, Mr. Thomas, was charged with second degree murder in relation to the shooting death of his common law partner, Ms. Alexander. The incident occurred in the presence of a certain Ray Davis who testified that the accused killed Alexander. The only serious issue that arose at trial was whether Mr. Thomas intended to cause the victim's death, thereby committing murder. The appellant relied on the defence of intoxication in support of his position that he should be convicted of the lesser included offence of manslaughter. In his closing address to the jury, counsel for the appellant conceded that his client caused the death of Ms. Alexander by means of an unlawful act. The accused was convicted of second degree murder on March 19, 1993.

3 A notice of appeal against conviction was filed on Thomas' behalf on May 29, 1995, almost two years out of time. This delay in filing an appeal was apparently attributable to the questionable conduct of the lawyer retained by British Columbia Legal Services to advise the accused at that point in time. These regrettable circumstances resulted in a breakdown in communication between the accused, his lawyer and the Legal Services Society of British Columbia. In the meantime, in September 1993, the Crown gave permission for most trial exhibits to be destroyed. Taken as a whole, these exhibits confirmed the oral testimony of Davis, the only eyewitness to the shooting, and assisted the Crown in establishing that Thomas killed Alexander.

4 Given the fact that the accused had fallen prey to ineffective, if not negligent, legal representation, the Court of Appeal agreed to hear the appellant's motion to extend time for bringing an appeal against his conviction. In fact, the Court of Appeal heard the motion to extend time and the appeal against conviction at the same time, on January 6, 1997. The next day, in oral reasons for judgment, the Court of Appeal granted the motion to extend time, allowed the appeal from conviction and

I. Les faits

L'appelant, M. Thomas, a été accusé de meurtre au deuxième degré relativement au décès de sa conjointe de fait, M^{me} Alexander, qui a été abattue d'un coup de feu. L'événement s'est produit en présence d'un certain Ray Davis, qui a témoigné que l'accusé avait tué Alexander. Au procès, la seule question en litige importante était de savoir si M. Thomas avait l'intention de causer la mort de la victime et s'il avait, de ce fait, commis un meurtre. L'appelant a invoqué la défense d'intoxication à l'appui de sa prétention selon laquelle il devait être déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Dans son exposé final au jury, l'avocat de l'appelant a admis que son client avait causé la mort de M^{me} Alexander en commettant un acte illégal. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré le 19 mars 1993.

Un avis d'appel de la déclaration de culpabilité a été déposé au nom de Thomas le 29 mai 1995, soit presque deux ans après l'expiration du délai prescrit. Il semble que ce retard ait été attribuable au comportement douteux de l'avocat alors mandaté par le bureau d'aide juridique de la Colombie-Britannique pour conseiller l'accusé. Ces circonstances regrettables ont donné lieu à la cessation des communications entre l'accusé, son avocat et la Legal Services Society of British Columbia. Entre-temps, soit en septembre 1993, le ministère public a autorisé la destruction de la majorité des pièces produites au procès. Dans l'ensemble, ces pièces corroboraient le témoignage de Davis, le seul témoin oculaire du coup de feu, et elles ont été utiles au ministère public pour prouver que Thomas avait tué Alexander.

L'accusé ayant été victime d'une mauvaise représentation en justice, voire même de négligence de la part de son avocat, la Cour d'appel a accepté d'entendre sa requête en prorogation du délai pour interjeter appel de la déclaration de culpabilité. Dans les faits, la Cour d'appel a entendu en même temps la requête en prorogation de délai et l'appel formé contre la déclaration de culpabilité le 6 janvier 1997. Le lendemain, la Cour d'appel a prononcé oralement ses motifs de jugement par

ordered a new trial pursuant to s. 686(2) of the *Criminal Code*: (1997), 85 B.C.A.C. 303. Lambert J.A. held that a new trial was required in light of the failure of the trial judge to answer clearly the questions of the jury with respect to intent and intoxication. However, the Court of Appeal went on to issue an ancillary order under s. 686(8), confining the new trial to the issue of whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter. It is the limited character of this new trial order that Mr. Thomas challenges in this appeal.

II. The Judgment of the British Columbia Court of Appeal

The Court of Appeal decided to hear the motion for extension of time and the appeal on the merits in a single hearing in order to save the court's time. The Court of Appeal also proceeded in this manner because the Crown had initially argued that an extension of time should only be granted if the appeal were limited to the issue of whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter.

The Court of Appeal allowed the appellant's motion. It held that the failure of the trial judge to answer properly questions from the jury on the relationship between intent and intoxication left the jury confused about the state of the law. In these circumstances, it was unsafe to uphold a conviction resting on the jury's verdict, and a new trial had to be ordered. However, on the basis of the evidence tendered at trial, there was no doubt that the appellant had killed Ms. Alexander. Identity was not in issue at the trial. Furthermore, some relevant exhibits had been destroyed before the appellant filed his notice of appeal two years late. For these reasons, the Court of Appeal concluded that the new trial should be confined to the issue of whether the verdict should have been one of

lesquels elle accueillait la requête en prorogation de délai ainsi que l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité et ordonnait un nouveau procès en application du par. 686(2) du *Code criminel*: (1997), 85 B.C.A.C. 303. Le juge Lambert a conclu qu'un nouveau procès était nécessaire étant donné les explications insatisfaisantes données par le juge du procès en réponse aux questions du jury concernant l'intention et l'intoxication. Toutefois, la Cour d'appel a également rendu, en vertu du par. 686(8), une ordonnance accessoire limitant la portée du nouveau procès à la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. C'est le caractère limitatif de cette ordonnance de nouveau procès que M. Thomas conteste dans le présent pourvoi.

II. Le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique

La Cour d'appel a décidé d'entendre la requête en prorogation de délai et l'appel au fond au cours de la même audience afin de gagner du temps. Elle a aussi procédé de cette manière parce que le ministère public a prétendu au départ que la prorogation de délai ne devait être accordée que si l'appel ne portait que sur la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable.

La Cour d'appel a accueilli la requête de l'appellant. Elle a conclu que l'omission du juge du procès de répondre correctement aux questions du jury sur le lien existant entre l'intention et l'intoxication n'a pas dissipé la confusion dans l'esprit du jury quant à l'état du droit. Dans un cas pareil, il était risqué de maintenir une déclaration de culpabilité fondée sur le verdict du jury, de sorte qu'un nouveau procès devait être ordonné. Cependant, la preuve présentée au procès ne laissait planer aucun doute sur le fait que l'appellant avait tué M^{me} Alexander. L'identité de l'auteur du crime n'était pas en litige lors du procès. De plus, certaines pièces pertinentes avaient été détruites avant que l'appellant n'ait déposé son avis d'appel avec un retard de deux ans. Pour ces motifs, la Cour

5

6

second degree murder or manslaughter. Lambert J.A. held that the court had jurisdiction to make such an order by virtue of s. 686(8) of the *Criminal Code*, as interpreted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39. The court also extended the time for the accused to bring an appeal on sentence.

d'appel a conclu que le nouveau procès devait se limiter à la question de savoir si le verdict aurait dû être celui de meurtre au deuxième degré ou celui d'homicide involontaire coupable. S'appuyant sur le par. 686(8) du *Code criminel*, tel qu'interprété par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, le juge Lambert a conclu que la cour avait compétence pour rendre une ordonnance de cette nature. La cour a également prorogé le délai imparti pour interjeter appel de la sentence.

III. Issues on Appeal

III. Les questions en litige dans le présent pourvoi

⁷ In this Court, Mr. Thomas relied on a number of grounds for appeal. In his submission, not only did the Court of Appeal lack jurisdiction to order a limited new trial, it should not have heard the appeal on the merits at the same time as the motion for extension of time. Furthermore, he argued that the court should not have considered the affidavit evidence tendered by the Crown to prove the destruction of exhibits. It is suggested that taking this affidavit into account on the appeal on the merits supplanted the production of *viva voce* evidence. The appellant also contended that the Court of Appeal erroneously relied on the destruction of evidence to limit the issues to be addressed on the new trial. In his submission, the rights of an accused should in no way be prejudiced by what he characterizes as the "negligence of [his] former Counsel". Finally, the appellant argued that the "New Trial by Jury cannot be bound to a restricted decision according to the Criminal Code and Charter of Rights" (appellant's factum at para. 4). In particular, Mr. Thomas submitted that the ancillary order deprived him of his right to be tried by a jury.

Devant notre Cour, M. Thomas a invoqué un certain nombre de moyens au soutien de son pourvoi. Il a soutenu que non seulement la Cour d'appel n'avait pas compétence pour ordonner un nouveau procès sur une question limitée, mais qu'elle n'aurait pas dû entendre l'appel au fond en même temps que la requête en prorogation de délai. De plus, il a prétendu que la cour n'aurait pas dû tenir compte de la preuve par affidavit présentée par le ministère public pour établir la destruction des pièces. Il a fait valoir que la prise en considération de cet affidavit lors de l'appel au fond a remplacé la production de témoignages de vive voix. L'appelant a également soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur en se fondant sur la destruction d'éléments de preuve pour limiter les questions en litige devant faire l'objet du nouveau procès. Selon lui, ce qu'il a appelé la [TRADUCTION] «négligence de [son] ancien avocat» ne devrait aucunement porter atteinte aux droits d'un accusé. Enfin, l'appelant a plaidé qu'[TRADUCTION] «[e]n vertu du Code criminel et de la Charte des droits, le nouveau procès devant jury ne pouvait être limité à une décision restreinte» (mémoire de l'appelant, au par. 4). En particulier, M. Thomas a affirmé que l'ordonnance accessoire le privait de son droit d'être jugé par un jury.

⁸ In my opinion, the central issue raised by this appeal relates to the authority of the Court of Appeal to place limits on its order for a new trial and thereby confine the issue before the jury to the question of whether the accused is guilty of second

Selon moi, la question principale soulevée par le présent pourvoi a trait au pouvoir qu'a la Cour d'appel de restreindre son ordonnance de nouveau procès et ainsi limiter le litige soumis au jury à la question de savoir si l'accusé est coupable de

degree murder or manslaughter. Given my conclusion on this question, it is not necessary to consider the appellant's other arguments. In any event, it seems to me that Mr. Thomas misinterprets the reasons of the Court of Appeal. On my reading of Lambert J.A.'s judgment, the Court of Appeal would have ordered a limited new trial independent of the destruction of evidence, for the sole reason that identity was not at issue. Be that as it may, with respect, it is my opinion that the Court of Appeal lacked authority to restrict the scope of the accused's new trial in the manner it did.

IV. The Legislation

The relevant portions of s. 686 of the *Criminal Code* state:

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;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the

meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. Vu la conclusion que je tire sur cette question, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres arguments de l'appelant. De toute manière, j'estime que M. Thomas interprète mal les motifs de la Cour d'appel. La lecture de la décision du juge Lambert m'amène à conclure que la Cour d'appel aurait ordonné un nouveau procès sur un nombre limité de questions, qu'il y ait eu ou non destruction de preuve, pour le seul motif que l'identité n'était pas en litige. Quoiqu'il en soit et avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de restreindre la portée du nouveau procès de l'accusé de la façon dont elle l'a fait.

IV. Les dispositions législatives applicables

Les parties pertinentes de l'art. 686 du *Code criminel* sont ainsi conçues:

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;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(i) elle est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa a),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis

appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

(c) may refuse to allow the appeal where it is of the opinion that the trial court arrived at a wrong conclusion respecting the effect of a special verdict, may order the conclusion to be recorded that appears to the court to be required by the verdict and may pass a sentence that is warranted in law in substitution for the sentence passed by the trial court; or

(d) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(b) order a new trial.

. . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

. . .

qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appellant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

c) peut refuser d'admettre l'appel lorsqu'elle est d'avis que le tribunal de première instance en est venu à une conclusion erronée quant à l'effet d'un verdict spécial, et elle peut ordonner l'inscription de la conclusion que lui semble exiger le verdict et prononcer, en remplacement de la sentence rendue par le tribunal de première instance, une sentence justifiée en droit;

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appellant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquiescement;

b) ordonne un nouveau procès.

. . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquiescement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

V. The Court of Appeal's Jurisdiction Under Section 686(8)

The case at bar raises the important question of the scope of the powers bestowed upon a court of appeal under s. 686(8) of the *Criminal Code*. It provides that a court of appeal issuing an order under s. 686(2), (4), (6) or (7) "may make any order, in addition, that justice requires". Before us, the Crown argued that this subsection calls for as generous an interpretation as possible. In its view, the unambiguous language of subs. (8) should be given its plain, unfettered meaning: a court allowing or dismissing an appeal may make any additional order that justice requires. Indeed, it is a well-settled principle of statutory interpretation that "if the text is clear, look no further": P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 241. In the Crown's submission, the general wording of s. 686(8), in contrast to the detailed language of other parts of s. 686, confirms that subs. (8) must be read generously. In light of the "broad range of remedies" provided by s. 686, the Crown argued that the remedial powers of a court sitting on appeal should allow it to tailor remedies proportionate to the harm found or said to have been occasioned as a result of errors committed in the trial court (Crown's factum at paras. 40-41). Finally, the Crown invoked the generous interpretation given by courts to phrases like the "interest of justice" to argue that the British Columbia Court of Appeal had jurisdiction to issue the order in appeal. It also emphasized that an examination of the requirements of justice must consider factors relevant both to the accused and the overall administration of justice.

The Crown cited case law which does suggest that s. 686(8) should be interpreted purposively. In

V. La compétence de la Cour d'appel sous le régime du par. 686(8)

La présente affaire soulève l'importante question de la portée des pouvoirs conférés à une cour d'appel par le par. 686(8) du *Code criminel*. Ce paragraphe prévoit qu'une cour d'appel qui rend une ordonnance en vertu du par. 686(2), (4), (6) ou (7) «peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige». Devant notre Cour, le ministère public a prétendu que ce paragraphe exige une interprétation aussi généreuse que possible. Selon lui, il faut donner au texte non équivoque du par. (8) son sens clair et non limitatif: la cour accueillant ou rejetant un appel peut rendre toute ordonnance additionnelle que la justice exige. D'ailleurs, selon un principe d'interprétation des lois bien établi, «si le texte est clair en soi, on ne doit pas chercher plus loin»: P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 269. D'après le ministère public, la formulation générale du par. 686(8), par rapport au libellé précis d'autres parties de l'art. 686, confirme que ce paragraphe doit être interprété de façon généreuse. Compte tenu de [TRADUCTION] «la vaste étendue des mesures de redressement» prévues par l'art. 686, le ministère public a soutenu que la cour d'appel pouvait accorder des mesures de redressement proportionnelles au préjudice subi ou que l'on prétend avoir subi, en raison des erreurs commises par le tribunal de première instance (mémoire du ministère public, aux par. 40 et 41). Enfin, le ministère public a invoqué l'interprétation généreuse donnée par les tribunaux à des expressions telles l'«intérêt de la justice» à l'appui de son argument que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait compétence pour rendre l'ordonnance faisant l'objet du pourvoi. Il a aussi insisté sur le fait que l'analyse des exigences de la justice doit prendre en considération les facteurs pertinents pour l'accusé et pour l'administration de la justice dans son ensemble.

Le ministère public a cité de la jurisprudence selon laquelle le par. 686(8) devrait être interprété

Elliott v. The Queen, [1978] 2 S.C.R. 393, this Court confirmed the power of a court of appeal to amend an indictment on a count of possession of a restricted drug for the purpose of trafficking. The original indictment charged the accused with trafficking in the specific drug methylenedioxy-amphetamine (“MDA”). The evidence disclosed that the accused trafficked in a salt of MDA. The Court of Appeal held that the provisions of the *Food and Drugs Act* which listed among the restricted drugs MDA “or any salt thereof” were insufficient to import a salt of MDA into a charge that specified only MDA. The Court of Appeal allowed an amendment to the indictment to charge possession of a salt of MDA. A new trial was ordered on that charge. The issue before our Court was whether the Court of Appeal exceeded its powers in ordering the amendment of the original indictment to conform to the evidence. For the majority of the Court, Ritchie J. stated at p. 431:

In my view when Parliament authorized the Court of Appeal, in the exercise of its power, to order a new trial, to “make any order, in addition, which justice requires” it must be taken as having authorized that Court under those circumstances to make *any additional order* which the ends of justice require whether the order for a new trial is dependent upon the additional order or not. [Emphasis in original.]

12

A few years later, in *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, Wilson J. held that a court of appeal could issue an order remitting a matter to trial for the purpose of entering a conviction on a sexual assault charge if the proceedings on this count had previously been stayed on the basis of the *Kienapple* principle (*Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729). In that case, the conviction on a count of incest arising from the same delict had been overturned on appeal. In so doing, this Court stated at p. 19 that s. 686(8) grants “a broad ancillary jurisdiction” which should be interpreted “in a generous manner consistent with its broad reme-

en fonction de l’objet visé. Dans *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, notre Cour a confirmé le pouvoir d’une cour d’appel de modifier un acte d’accusation à l’égard d’un chef de possession d’une drogue d’usage restreint pour en faire le trafic. L’acte d’accusation initial inculpait l’accusé du trafic d’une drogue particulière, la méthylène-dioxyamphétamine («MDA»). La preuve a révélé que l’accusé avait fait le trafic de sel de MDA. La Cour d’appel a conclu que les dispositions de la *Loi des aliments et drogues*, qui rangeaient la MDA «ou tout sel de cette substance» parmi les drogues d’usage restreint, n’étaient pas assez larges pour qu’une accusation mentionnant uniquement la MDA vise le sel de MDA. La Cour d’appel a permis la modification de l’acte d’accusation pour y inclure une accusation de possession de sel de MDA. Un nouveau procès a été ordonné sur cette accusation. La question litigieuse dont était saisie notre Cour était de savoir si la Cour d’appel avait outrepassé ses pouvoirs en ordonnant la modification de l’acte d’accusation initial pour que celui-ci soit conforme à la preuve. S’exprimant au nom de la majorité de notre Cour, le juge Ritchie a dit, aux pp. 431 et 432:

À mon avis, lorsque le Parlement a autorisé la Cour d’Appel, dans l’exercice de ses pouvoirs, à ordonner un nouveau procès et «en outre [à] rendre toute ordonnance que la justice exige», il voulait l’autoriser à rendre, dans ces circonstances, *toute ordonnance additionnelle* que les fins de la justice peuvent exiger, que le nouveau procès dépende ou non de la délivrance de cette ordonnance additionnelle. [En italique dans l’original.]

Quelques années plus tard, dans *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, le juge Wilson a conclu qu’une cour d’appel pouvait rendre une ordonnance renvoyant une affaire à procès dans le but de consigner une déclaration de culpabilité relativement à une accusation d’agression sexuelle si les procédures intentées sous ce chef avaient antérieurement fait l’objet d’une suspension fondée sur le principe établi dans l’arrêt *Kienapple* (*Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729). Dans cette affaire, la déclaration de culpabilité relativement à l’accusation d’inceste découlant du même délit avait été annulée en appel. En concluant de la sorte, notre

dial purposes”. Wilson J. also held at p. 20 for a unanimous bench:

There is, in my respectful view, no reasonable alternative to a broad reading of the Court of Appeal’s ancillary jurisdiction under s. 613(8) [now s. 686(8)], given its broad wording and remedial purpose. The section gives the Court of Appeal a broad supplementary power to make any order that justice requires when it exercises its appellate powers under the enumerated subsections of s. 613. [Emphasis added.]

These two cases support the Crown’s position up to a certain point. They make clear that s. 686(8) does not prevent the issuance of orders that serve the interests of the Crown in the administration of justice. However, they also underscore a key feature of orders issued under s. 686(8), namely, that they are ancillary in nature.

In criminal matters, the jurisdiction of a court of appeal is purely statutory: s. 674 of the *Criminal Code*. See also *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at p. 69, and *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. As far as ordinary criminal appeals are concerned, the jurisdiction and powers of a court of appeal are defined exhaustively in Part XXI of the *Criminal Code*. It is in light of this legislative scheme that the specific power awarded by s. 686(8) must be understood. As Justice R. E. Salhany notes (in *Canadian Criminal Procedure* (6th ed. 1994 (loose-leaf)), at p. 9-5): “[i]t is often forgotten that the right of an accused to appeal his conviction must be examined in light of the power of the court of appeal to deal with that conviction”. Other commentators confirm this view (J. Sopinka and M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. 111):

The statutory nature of appeals in criminal matters reflects itself not only in the circumscription of appel-

Cour a dit, à la p. 19, que le par. 686(8) conférait «un large pouvoir accessoire» qui doit faire l’objet d’«une interprétation libérale conforme aux fins réparatrices générales qui y sont visées». Le juge Wilson, s’exprimant au nom de notre Cour à l’unanimité, a également conclu, à la p. 20:

À mon avis, il n’y a pas d’alternative raisonnable à une interprétation large du pouvoir accessoire que le par. 613(8) [maintenant le par. 686(8)] confère à la Cour d’appel, compte tenu de sa formulation générale et des fins réparatrices visées. Cette disposition confère à la Cour d’appel un pouvoir supplémentaire général de prononcer toute ordonnance que la justice exige, dans l’exercice de ses pouvoirs en matière d’appel prévus aux paragraphes précédents de l’art. 613. [Je souligne.]

Dans une certaine mesure, ces deux arrêts appuient la thèse du ministère public. Ils établissent clairement que le par. 686(8) n’empêche pas que soient rendues des ordonnances qui servent les intérêts du ministère public en matière d’administration de la justice. Toutefois, ils mettent aussi en évidence une caractéristique fondamentale des ordonnances rendues en vertu du par. 686(8), soit que celles-ci sont de nature accessoire.

En matière criminelle, la compétence d’une cour d’appel est purement d’origine législative: art. 674 du *Code criminel*. Voir aussi *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, à la p. 69, et *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. À l’égard des appels ordinaires en matière criminelle, la compétence et les pouvoirs d’une cour d’appel sont définis de façon exhaustive dans la partie XXI du *Code criminel*. Il faut interpréter le pouvoir précis conféré par le par. 686(8) à la lumière de ce régime législatif. Comme le fait remarquer le juge R. E. Salhany (dans *Canadian Criminal Procedure* (6^e éd. 1994 (feuilles mobiles)), à la p. 9-5): [TRADUCTION] «[o]n oublie souvent que le droit d’un accusé d’interjeter appel de la déclaration de culpabilité doit être analysé à la lumière du pouvoir de la cour d’appel de connaître de la déclaration de culpabilité». D’autres auteurs confirment ce point de vue (J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. 111):

[TRADUCTION] La nature législative des appels en matière criminelle se reflète non seulement dans l’éten-

13

14

late jurisdiction, but in the scope of powers available to an appellate court in an appeal properly brought before it.

Wilson J. adopted this approach in *Provo, supra*, at p. 20, when she noted that Parliament granted “broad supplementary power to make any order that justice requires” to a court of appeal “when it exercises its appellate powers under the enumerated subsections of s. 613” (now s. 686). (Emphasis added.)

due de la compétence en matière d’appel mais aussi dans la portée des pouvoirs que peut exercer la cour d’appel statuant dans une affaire dont elle est saisie régulièrement.

Le juge Wilson a adopté cette approche dans *Provo*, précité, à la p. 20, lorsqu’elle a souligné que le Parlement avait conféré à la cour d’appel «un pouvoir supplémentaire général de prononcer toute ordonnance que la justice exige dans l’exercice de ses pouvoirs en matière d’appel prévus aux paragraphes précédents de l’art. 613» (maintenant l’art. 686). (Je souligne.)

¹⁵ This Court adopted a similar contextual interpretation of s. 686(8) in *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597. In that case, the Court was asked to reconsider an order refusing leave to appeal from an order of the Quebec Court of Appeal quashing a conviction and staying proceedings for abuse of process. The Court confirmed that s. 686(8) granted authority to a court of appeal to stay criminal proceedings that violate the community’s sense of fairness. The majority also commented in more general terms about the scope of the power granted by s. 686(8). It held that a s. 686(8) order represents a “fundamentally distinct judicial order” from an order for a new trial, but that this former order is still “ancillary to the underlying judgment rendered by the court” (emphasis in original):

But the mere fact that a court of appeal may exercise its power under s. 686(8) of the *Criminal Code* independently of a prior order under s. 686(2)(b) does not, in my view, change the fundamentally ancillary and supplemental character of such an order. . . . The court’s power under s. 686(8), however, is not so inextricably wound up with the fate of the appeal. Indeed, the court’s power under s. 686(8) is often exercised with regard to considerations that are well removed from the issue of the accused’s innocence or culpability.

(*Hinse, supra*, at paras. 24, 28 and 31.)

Notre Cour a adopté une interprétation contextuelle similaire du par. 686(8) dans *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597. Dans cette affaire, notre Cour était appelée à réexaminer une ordonnance rejetant la demande d’autorisation de se pourvoir contre une ordonnance de la Cour d’appel du Québec qui annulait une déclaration de culpabilité et prononçait l’arrêt des procédures pour cause d’abus de procédure. Notre Cour a confirmé que le par. 686(8) conférait à une cour d’appel le pouvoir d’ordonner l’arrêt des procédures criminelles qui violent le sens de l’équité de la société. La majorité a également commenté, en des termes plus généraux, l’étendue du pouvoir conféré par le par. 686(8). Elle a conclu qu’une ordonnance rendue en vertu du par. 686(8) constituait une «ordonnance judiciaire fondamentalement distincte» d’une ordonnance de nouveau procès, mais que la première demeure «accessoire au jugement [que la cour d’appel] a prononcé» (souligné dans l’original):

Mais le seul fait qu’une cour d’appel puisse exercer le pouvoir que lui confère le par. 686(8) du *Code criminel*, indépendamment d’une ordonnance antérieure fondée sur l’al. 686(2)(b), ne change pas, à mon avis, le caractère fondamentalement accessoire et supplémentaire d’une telle ordonnance. [. . .] Le pouvoir que possède la cour en vertu du par. 686(8) n’est toutefois pas si inextricablement lié au sort de l’appel. En fait, le pouvoir que le par. 686(8) confère à la cour est souvent exercé relativement à des facteurs qui n’ont rien à voir avec la question de l’innocence ou de la culpabilité de l’accusé.

(*Hinse*, précité, aux par. 24, 28 et 31.)

Turning to the question of whether this Court has jurisdiction to hear appeals directed at s. 686(8) orders, I concluded for the majority that there were sound judicial policy reasons for allowing such orders to be appealed. I also commented, at para. 33, on the range of remedies available under s. 686(8):

But a court of appeal's residual order power under s. 686(8) is not subject to the same rigorous textual constraints as the court's power under s. 686(2)(b). Under its remedial power, a court of appeal may impose "any order" which, in its discretion, "justice requires". As such, there is a risk that a court of appeal may enter an order under s. 686(8) which is at direct variance with its underlying judgment. A court of appeal may allow an accused's appeal and enter an acquittal under s. 686(2)(a), but then, hypothetically, impose an order for costs against the accused for no apparent reason notwithstanding the language of s. 683(3). Or a court of appeal could conceivably set aside an accused's conviction, and then impose a stay of proceedings for reasons completely unrelated to any alleged abuse of process, thus transcending the limits upon a court of appeal's discretion which this Court articulated in *Power, supra*, at p. 620. In both such circumstances, the relevant discretionary order entered under s. 686(8) would be of questionable legality. More importantly, the discretionary order [could] be fundamentally incongruous with the court's disposition of the appeal, arguably undermining the accused's success on the merits of her appeal. [Emphasis added.]

After referring to the order issued by the Ontario Court of Appeal in *Wade*, I added, at para. 34:

Assuming without deciding the problematic question of whether a court of appeal has the power under s. 686(8) to direct a new trial on certain limited issues, the policy risk presented by the unsupervised exercise of this power is readily apparent. A court of appeal could effectively undermine an accused's success on appeal by ordering a new trial only on certain limited issues which are completely unrelated to the accused's underlying innocence or culpability. The accused's success in procuring a new trial under s. 686(2)(b) would be eviscer-

Abordant la question de savoir si notre Cour avait compétence pour entendre les pourvois interjetés contre des ordonnances rendues en vertu du par. 686(8), j'ai conclu au nom de la majorité qu'une saine politique judiciaire justifiait l'autorisation des pourvois de cette nature. J'ai aussi émis des commentaires, au par. 33, sur l'étendue des mesures de redressement susceptibles d'être prononcées en application du par. 686(8):

Cependant, le pouvoir résiduel conféré à une cour d'appel par le par. 686(8) n'est pas soumis aux mêmes contraintes textuelles rigoureuses que le pouvoir conféré à la cour par l'al. 686(2)(b). En vertu de son pouvoir de redressement, la cour d'appel peut rendre «toute ordonnance» que «la justice exige» selon elle. Il y a donc un risque qu'une cour d'appel rende, en vertu du par. 686(8), une ordonnance qui soit directement incompatible avec son jugement sous-jacent. Une cour d'appel peut accueillir l'appel d'un accusé et inscrire un verdict d'acquiescement en vertu de l'al. 686(2)(a), pour ensuite, supposons-le, condamner, sans raison manifeste, l'accusé à payer des dépens, nonobstant le libellé du par. 683(3). Ou encore, une cour d'appel pourrait, en théorie, annuler la déclaration de culpabilité d'un accusé, et ensuite ordonner l'arrêt des procédures pour des raisons n'ayant absolument rien à voir avec quelque allégation d'abus de procédure, dépassant ainsi les limites du pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel, que notre Cour a énoncées dans l'arrêt *Power*, précité, à la p. 620. Dans les deux cas, la légalité de l'ordonnance discrétionnaire pertinente, rendue en vertu du par. 686(8), serait douteuse. Qui plus est, l'ordonnance discrétionnaire serait fondamentalement incompatible avec la façon dont la cour statuerait sur l'appel, et, pourrait-on soutenir, minerait le gain de cause obtenu par l'accusé quant au fond de l'appel. [Je souligne.]

Après avoir mentionné l'ordonnance rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Wade*, j'ai ajouté, au par. 34:

En supposant, sans trancher cette épineuse question, qu'une cour d'appel a, en vertu du par. 686(8), le pouvoir d'ordonner un nouveau procès relativement à certaines questions litigieuses seulement, l'exercice non contrôlé de ce pouvoir pose en principe un risque évident. Une cour d'appel pourrait en fait miner le gain de cause obtenu en appel par un accusé, en ordonnant la tenue d'un nouveau procès relativement à certaines questions litigieuses seulement, qui n'auraient absolument rien à voir avec la question sous-jacente de la cul-

ated by the court's "additional order" under s. 686(8). [Emphasis added.]

17 The majority reasons in *Hinse* suggest that s. 686(8) does not confer unlimited discretion on a court of appeal. In addition to being constrained by what justice requires, a court of appeal should not issue an order that is at direct variance with the court's underlying judgment. In my view, a court of appeal must assess whether it has jurisdiction to issue a particular ancillary order under s. 686(8) having regard to the basis on which the appeal is disposed of and its various powers under s. 686 generally.

18 Before turning to the order made by the Court of Appeal in this case, I note that the interpretation of s. 686(8) I propose generally accords with the many uses to which this provision has been put (see for example: *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (B.C.C.A.); *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.); *R. v. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210 (Nfld. C.A.); *R. v. Geauvreau*, [1982] 1 S.C.R. 485; *Kienapple*, *supra*; and *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135 (Ont. C.A.)). However, given the narrow basis on which I would dispose of this case, I will say nothing about the propriety of those other uses of s. 686(8). Its application in relation to entrapment is addressed in *Pearson*, *supra*.

19 In this case, the Court of Appeal determined that the trial judge did not adequately answer questions from the jury on the issue of intent and intoxication. While the court does not specifically enumerate the paragraph of s. 686(1) which is its basis for allowing the appeal, it can be inferred that the Court of Appeal found there was a miscarriage of justice in that the jury's confusion was left unresolved. In his reasons for judgment, Lambert J.A. specifically found that it was "unsafe" to uphold the conviction (p. 306). In my

pabilité ou de l'innocence de l'accusé. Le succès remporté par l'accusé en obtenant une ordonnance de nouveau procès en vertu de l'al. 686(2)b) serait complétement dépouillé de son sens par l'«ordonnance supplémentaire» rendue par la cour en vertu du par. 686(8). [Je souligne.]

Les motifs de la majorité dans *Hinse* indiquent que le par. 686(8) ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire illimité. En plus d'être limitée par les exigences de la justice, une cour d'appel ne doit pas rendre une ordonnance directement incompatible avec son jugement sous-jacent. À mon avis, une cour d'appel doit déterminer si elle a compétence pour rendre une ordonnance accessoire donnée en application du par. 686(8) à la lumière des motifs justifiant la décision rendue en appel et des différents pouvoirs que lui confère l'art. 686 de façon générale.

Avant d'aborder l'ordonnance de la Cour d'appel dans la présente affaire, je souligne que l'interprétation du par. 686(8) que je propose est compatible, de manière générale, avec les nombreuses applications dont il a fait l'objet (voir, par exemple: *R. c. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (C.A.C.-B.); *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (C.A. Ont.); *R. c. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210 (C.A.T.-N.); *R. c. Geauvreau*, [1982] 1 R.C.S. 485; *Kienapple*, précité; *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135 (C.A. Ont.)). Cependant, étant donné qu'en l'espèce, ma décision s'appuie sur un fondement restreint, je ne me prononce pas sur le bien-fondé de ces divers cas d'application du par. 686(8). Son application relativement à la provocation policière est abordée dans *Pearson*, précité.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'a pas répondu de façon satisfaisante aux questions posées par le jury au sujet de l'intention et de l'intoxication. Bien qu'elle ne mentionne pas l'alinéa du par. 686(1) sur lequel elle s'est fondée pour accueillir l'appel, on peut en inférer que la Cour d'appel a jugé qu'il y avait eu erreur judiciaire parce que la confusion jetée dans l'esprit du jury n'avait pas été dissipée. Dans ses motifs de jugement, le juge Lambert a précisé qu'il était [TRADUCTION] «risqué» de main-

view therefore, the basic or core judgment on appeal was that the jury's verdict was flawed and could not be affirmed. In such circumstances, the result must be a new trial (s. 686(2)). The question is whether the Court of Appeal had jurisdiction to make an order for a restricted new trial. I would say at the outset that I do not dispute the Crown's position that s. 686(8) provides courts of appeal with the power to make a considerable range of ancillary orders. (See, e.g., *Pearson, supra.*) Nor would I disagree with its suggestion that courts of appeal must have considerable discretion in fashioning appropriate ancillary orders. It is my view, however, that there are limits on that power and discretion and, in this case, those limits were exceeded.

VI. The Operation of Section 686 with Respect to Jury Trials

In addition to the above-noted limitations on a court of appeal's powers under s. 686(8), I am of the view that any order made under it must be consistent with s. 686 when read in its entirety. That section provides the jurisdiction of courts of appeal when disposing of appeals from conviction or acquittal, including the power to order a new trial. In making such an order the court must obviously operate within the rules of its jurisdiction and respect the principles underlying them.

A very important limitation on the power of a court of appeal is contained in s. 686(4). In particular, the powers accorded to a court of appeal when allowing an appeal from a jury verdict of acquittal are circumscribed by the language of subparas. (i) and (ii) of s. 686(4)(b) which state:

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

. . . .

tenir la déclaration de culpabilité (p. 306). J'estime donc que l'essence du jugement en appel était que le verdict du jury était erroné et ne pouvait être confirmé. Dans ces circonstances, un nouveau procès doit être ordonné (par. 686(2)). La question est de savoir si la Cour d'appel avait compétence pour ordonner la tenue d'un nouveau procès de portée limitée. Je précise d'abord que je ne suis pas en désaccord avec la prétention du ministère public selon laquelle le par. 686(8) confère aux cours d'appel le pouvoir de rendre une gamme étendue d'ordonnances accessoires. (Voir, par exemple, *Pearson, précité.*) Je ne le suis pas non plus avec son argument voulant que les cours d'appel doivent jouir d'un vaste pouvoir discrétionnaire de rendre les ordonnances accessoires appropriées. J'estime toutefois que ce pouvoir discrétionnaire comporte des limites et que, dans la présente affaire, elles ont été dépassées.

VI. L'application de l'art. 686 relativement aux procès devant jury

Outre les limites susmentionnées aux pouvoirs conférés à une cour d'appel par le par. 686(8), je suis d'avis que toute ordonnance rendue sous son régime doit être compatible avec l'art. 686 envisagé dans son ensemble. Cet article établit la compétence des cours d'appel statuant sur un appel formé contre une déclaration de culpabilité ou un acquittement, et prévoit notamment le pouvoir d'ordonner un nouveau procès. Lorsqu'elle rend une ordonnance de cette nature, la cour doit évidemment agir dans le cadre des règles attributives de compétence et se conformer aux principes dont elles découlent.

Le paragraphe 686(4) apporte une limite très importante au pouvoir conféré à une cour d'appel. En particulier, les pouvoirs dont jouit une cour d'appel lorsqu'elle accueille un appel interjeté contre un verdict d'acquittal rendu par un jury sont délimités par le texte des sous-al. 686(4)(b)(i) et (ii), qui prévoient:

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

. . . .

20

21

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law. [Emphasis added.]

The essence of this provision is that where an acquittal is pronounced by a jury, a court of appeal is powerless to substitute any finding of guilt, even for a lesser offence. Should the court wish to set aside the verdict, its only option is to order a new trial pursuant to s. 686(4)(b)(i).

22

While this provision applies only to appeals from acquittal and we are dealing here with an appeal from a conviction, I believe it offers guidance as to the extent of an appeal court's jurisdiction under s. 686(8) to order a limited new trial in a jury case. It is clear to me that in ordering a new trial under s. 686(4)(b)(i) a court of appeal could not issue the kind of order that was issued in this case under the purported authority of s. 686(8). To do so would be tantamount to entering a partial conviction against the accused which s. 686(4)(b)(ii) specifically prevents the appeal court from doing. Accordingly, a "new trial" for purposes of s. 686(4)(b)(i) means a full new trial, not a limited one in the nature of that ordered by the Court of Appeal in this case. It further follows that the words "new trial" in s. 686(2)(b) should be given a like meaning, at least in the circumstances where there has been a jury trial.

23

Section 686(2) provides that where an appeal court determines a conviction is unreasonable, or that there was an error of law or a miscarriage of

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit. [Je souligne.]

Il ressort essentiellement de cette disposition que dans les cas d'acquittements prononcés par un jury, une cour d'appel n'a pas le pouvoir de remplacer le verdict par une déclaration de culpabilité, même pour une infraction moindre. Dans l'hypothèse où la cour désirerait annuler le verdict, elle n'aurait d'autre choix que d'ordonner un nouveau procès en vertu du sous-al. 686(4)(b)(i).

Bien que cette disposition ne s'applique qu'aux appels d'acquittements et que la présente affaire porte sur l'appel d'une déclaration de culpabilité, je crois qu'elle donne une indication de l'étendue de la compétence d'une cour d'appel d'ordonner, dans une affaire devant un jury, un nouveau procès limité à certaines questions en vertu du par. 686(8). Il me paraît évident qu'en ordonnant un nouveau procès en vertu du sous-al. 686(4)(b)(i), une cour d'appel ne peut rendre une ordonnance du genre de celle qui a été rendue en l'espèce en se fondant sur le pouvoir présumément conféré par le par. 686(8). Agir de la sorte équivaldrait à consigner une déclaration de culpabilité partielle contre l'accusé, ce que le sous-al. 686(4)(b)(ii) empêche expressément une cour d'appel de faire. En conséquence, un «nouveau procès» au sens du sous-al. 686(4)(b)(i) signifie un nouveau procès complet, et non pas un nouveau procès limité à certaines questions comme celui qui a été ordonné par la Cour d'appel dans la présente affaire. Il s'ensuit également que les termes «nouveau procès» employés à l'al. 686(2)(b) doivent être interprétés de la même manière, à tout le moins dans les cas où il y a eu un procès devant jury.

Le paragraphe 686(2) prévoit que lorsqu'une cour d'appel conclut qu'une déclaration de culpabilité est déraisonnable, qu'une erreur de droit a

justice, it may substitute an acquittal or order a new trial. There is no power to substitute a finding of guilt for any other offence. The court's order in this case amounts to a finding of guilt for, at the least, manslaughter, constituting a substituted verdict for the first jury's conviction of second degree murder. Authority for such an order would have to be found in s. 686(8) and, for the reasons above, it is my view that that subsection does not extend so far as to provide it in the circumstances of a jury trial.

The principle that is reflected in s. 686(4) is that great respect should be shown to juries — both the original jury that heard the case and, more relevant for present purposes, the jury that will hear the new trial. In my view, appeal courts should not lightly restrict the plenitude of the jury's jurisdiction on a new trial by confining the scope of the issues normally within its province. Here, in ordering a new trial, the Court of Appeal attempted to circumscribe the duties of the jury to deciding between manslaughter and second degree murder. In effect, the Court of Appeal's order amounts to a directed verdict for manslaughter, with instructions to the jury that it is free to go further should it choose. The jury is precluded from entering a verdict of not guilty. A limited new trial such as that proposed in this case might be an option, a matter I refrain from pronouncing upon in this case, if a court of appeal could send a matter back to the same jury. In that event, the jury could be re-instructed and asked to deal with the specific issues of concern to the appellate court. At the moment, however, the *Criminal Code* does not provide for a matter to be referred back to the original trier of fact for a redetermination.

été commise ou qu'il y a eu une erreur judiciaire, elle peut remplacer cette déclaration par un acquittement ou ordonner la tenue d'un nouveau procès. Rien ne permet la substitution d'une déclaration de culpabilité relativement à quelque autre infraction que ce soit. En l'espèce, l'ordonnance de la cour équivaut, à tout le moins, à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable qui remplace le verdict de meurtre au deuxième degré rendu par le premier jury. Le pouvoir de rendre une ordonnance de cette nature devrait découler du par. 686(8) et, pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis que ce paragraphe n'a pas la portée nécessaire pour le conférer dans les cas de procès devant jury.

Le principe émanant du par. 686(4) est qu'un grand respect doit être accordé aux jurys — tant au premier jury qui a entendu l'affaire qu'à celui qui nous intéresse plus particulièrement en l'espèce, soit celui qui entendra le nouveau procès. Selon moi, les cours d'appel ne devraient pas réduire à la légère l'étendue de la compétence du jury à l'occasion d'un nouveau procès en restreignant la portée des questions litigieuses relevant normalement de sa compétence. En l'espèce, la Cour d'appel a tenté, en ordonnant un nouveau procès, de réduire les fonctions du jury à celle de décider entre l'homicide involontaire coupable et le meurtre au deuxième degré. Dans les faits, l'ordonnance de la Cour d'appel équivaut à l'imposition d'un verdict d'homicide involontaire coupable accompagné d'instructions au jury selon lesquelles il est libre d'aller plus loin s'il le désire. On empêche le jury de rendre un verdict de non-culpabilité. Il n'est pas totalement exclu qu'un nouveau procès limité à certaines questions comme celui qui a été ordonné en l'espèce puisse être envisagé si la cour d'appel pouvait renvoyer une affaire au même jury. Je ne me prononce pas sur cette question en l'espèce. Dans cette éventualité, le jury pourrait recevoir de nouvelles instructions et être appelé à aborder les questions particulières qui préoccupent la cour d'appel. Pour l'instant, toutefois, le *Code criminel* ne prévoit pas la possibilité de renvoyer une affaire au juge des faits initial pour qu'il rende une nouvelle décision.

25 While the foregoing is sufficient to deal with this appeal, there are other troubling aspects of the order granted by the court below that merit comment. The situation in this case, to my mind, illustrates the dangers of restricting the ambit of a new trial before a jury. Here, the jury posed two specific questions to the trial judge: “What is the definition of intent?” and “What role does impairment play in intent?” Both of these questions clearly demonstrate that the jury struggled with the issue of *mens rea*. The Court of Appeal found that the trial judge’s answers were limited and “unlikely to resolve the jury’s confusion” (p. 306).

26 Given the fundamental nature of those questions, were it not for the fact that counsel for Mr. Thomas conceded to the jury that his client had killed Ms. Alexander and asked for a finding of guilty of manslaughter, it is unlikely that the Court of Appeal would have had any confidence in the accused’s liability even for manslaughter. This reinforces my view that orders limiting the scope of a new trial after granting an appeal from a jury verdict do not accord with the principles underlying the powers granted to courts of appeal under s. 686. I would add that in this case such a limitation would in effect bind the accused to concessions made at the first trial which could limit his right to full answer and defence at the second trial and impinge on his presumption of innocence as protected by ss. 7 and 11(d) respectively of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

27 There is a further argument which illustrates the dangers of ordering limited new trials. In this case for example, Mr. Thomas’ first trial was held in the spring of 1993. Just over a year later, this Court released its decision in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63. Thereafter, Parliament enacted s. 33.1 of the *Criminal Code*, with respect to the defence

Bien que ce qui précède soit suffisant pour trancher le présent pourvoi, l’ordonnance rendue par la cour d’instance inférieure comporte d’autres éléments qui suscitent l’inquiétude et méritent que l’on s’y attarde. La présente affaire me semble illustrer particulièrement bien les dangers de restreindre la portée d’un nouveau procès devant jury. En l’espèce, le jury a posé deux questions précises au juge du procès: [TRADUCTION] «Quelle est la définition de l’intention?» et [TRADUCTION] «Quel rôle l’intoxication joue-t-elle en ce qui concerne l’intention?» Ces questions démontrent clairement que le jury a éprouvé des difficultés à résoudre la question de la *mens rea*. La Cour d’appel a conclu que les réponses du juge du procès étaient limitées et qu’elles n’étaient [TRADUCTION] «pas de nature à éclairer le jury» (p. 306).

Étant donné la nature fondamentale de ces questions, il est peu probable que la Cour d’appel aurait été convaincue de la culpabilité de l’accusé, même en ce qui a trait à l’homicide involontaire coupable si l’avocat de M. Thomas n’avait pas admis devant le jury que son client a tué M^{me} Alexander et n’avait pas demandé qu’il soit déclaré coupable d’homicide involontaire coupable. Cela me conforte dans l’opinion que les ordonnances restreignant la portée d’un nouveau procès après que l’appel d’un verdict rendu par un jury a été accueilli ne sont pas conformes aux principes qui sous-tendent les pouvoirs conférés aux cours d’appel par l’art. 686. J’ajouterais qu’en l’espèce, une restriction de ce genre aurait comme conséquence pratique de rendre l’accusé prisonnier des concessions faites lors du premier procès, ce qui pourrait entraver l’exercice de son droit à une défense pleine et entière à l’occasion du second procès et contrevenir à la présomption d’innocence, qui sont respectivement protégés par l’art. 7 et l’al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Un argument supplémentaire illustre les dangers liés à une ordonnance de nouveau procès sur un nombre limité de questions. En l’espèce par exemple, le premier procès de M. Thomas a eu lieu au printemps 1993. À peine un an plus tard, notre Cour a rendu sa décision dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Par la suite, le Parlement a

of self-induced intoxication. Thus, there have been developments in the law regarding the relationship between *mens rea*, intent and intoxication, the very matters that concerned the Court of Appeal in this case. In other situations, the changes in the law between the first and second trials might be even more dramatic. To constrain the issues to be placed before a second jury in such circumstances would be inappropriate.

In light of the foregoing, I conclude that the Court of Appeal had no authority to issue an order limiting the appellant's new trial to the issue of whether he is guilty of second degree murder or manslaughter. I specifically leave aside the questions of whether such an order would be permissible in the context of a trial by judge alone and whether s. 686(8) would in that case permit an appellate court to limit the defences available to an accused on a second trial, since I can think of other considerations that could well apply. Further, as mentioned, the special situation that arises in entrapment cases justifies a different approach: see *Pearson, supra*. Accordingly, I would allow the appeal and order a full new trial for Mr. Thomas.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I have had the advantage of the reasons of the Chief Justice in this appeal and, with respect, I cannot agree with them nor with his disposition of this case. This case, along with *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, and *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620, released with this judgment, provides this Court with an opportunity to examine the scope of the broad powers conferred to appellate courts under s. 686(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and I take the position that they were not exceeded in this case.

édicte l'art. 33.1 du *Code criminel*, qui porte sur la défense d'intoxication volontaire. Il y a donc eu une évolution du droit relativement à la relation entre la *mens rea*, l'intention et l'intoxication, soit les éléments mêmes sur lesquels s'est penchée la Cour d'appel dans la présente affaire. Dans d'autres cas, les modifications du droit entre le premier et le second procès peuvent être encore plus importantes. Restreindre les questions à être soumises au second jury dans de telles circonstances serait inapproprié.

À la lumière de ce qui précède, je conclus que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de rendre une ordonnance limitant le nouveau procès de l'appellant à la question de savoir s'il était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. Je prends soin de ne pas aborder la question de savoir si une telle ordonnance serait acceptable dans le cadre d'un procès devant juge seul et si le par. 686(8) autoriserait dans un tel cas une cour d'appel à limiter les moyens de défense que peut invoquer l'accusé au cours d'un second procès, car je peux songer à d'autres considérations susceptibles d'entrer en jeu. En outre, comme nous l'avons vu, la situation particulière qui se présente dans les cas de provocation policière justifie une approche différente: voir *Pearson*, précité. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès complet pour M. Thomas.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef dans le présent pourvoi et, en toute déférence, je ne peux souscrire ni à ses motifs ni au dispositif qu'il propose. Le présent pourvoi, de même que les arrêts *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, et *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, rendus simultanément, nous donne l'occasion d'analyser la portée des larges pouvoirs conférés aux cours d'appel par le par. 686(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Je suis d'avis que ces pouvoirs n'ont pas été outrepassés en l'espèce.

30

The essential facts can be quickly summarized. The appellant was convicted by a jury of the second degree murder of his common law partner, Emily Alexander. At trial, the appellant through his counsel admitted that he had shot Ms. Alexander, but relied on a defence of intoxication in order to support a verdict of manslaughter. The appellant filed his notice of appeal more than two years after his conviction and, in the interim, a number of trial exhibits were destroyed. On appeal, the British Columbia Court of Appeal granted an extension of time to file the notice of appeal, allowed the appeal on the basis that the trial judge had erred in answering questions from the jury with respect to intent and intoxication and ordered a new trial. However, the Court of Appeal, relying on s. 686(8) of the *Criminal Code*, limited the new trial to the issue of whether or not the appellant should be found guilty of second degree murder or manslaughter.

I. Issues

31

The main issue raised by this appeal concerns the power of a court of appeal under s. 686(8) of the *Criminal Code* to make an order restricting the scope of a new trial to the question of whether the accused is guilty of manslaughter or second degree murder. An additional issue arises from the decision of the Court of Appeal to hear together the application for extension of time and the appeal itself.

II. Scope of Section 686(8)

32

In order to determine the scope of the powers bestowed by s. 686(8), it is necessary to interpret the expression “any order, in addition, that justice requires” as it appears under that section. It is well established that the interpretation of a statute must give effect to Parliament’s intent and must be guided by considering the language of the section itself, its purpose, and the general objectives to which the section relates (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at

Les faits essentiels tiennent à ce bref résumé. L’appelant a été déclaré coupable par un jury du meurtre au deuxième degré de sa conjointe de fait, Emily Alexander. Au procès, l’appelant a admis, par la voix de son avocat, qu’il avait abattu M^{me} Alexander, mais il a invoqué la défense d’intoxication à l’appui d’un verdict d’homicide involontaire coupable. L’appelant a déposé son avis d’appel plus de deux ans après sa déclaration de culpabilité, et, entre-temps, plusieurs pièces qui avaient été déposées au procès ont été détruites. En appel, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, ayant accordé une prolongation du délai de production de l’avis d’appel, a accueilli l’appel au motif que le juge du procès avait commis une erreur dans ses réponses aux questions du jury concernant l’intention et l’intoxication, et a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Toutefois, la Cour d’appel, se fondant sur le par. 686(8) du *Code criminel*, a limité le nouveau procès à la question de savoir si l’appelant devait être reconnu coupable de meurtre au deuxième degré ou d’homicide involontaire coupable.

I. Les questions en litige

La principale question que soulève ce pourvoi vise le pouvoir d’une cour d’appel de rendre, en vertu du par. 686(8) du *Code criminel*, une ordonnance restreignant la portée d’un nouveau procès à la question de savoir si l’accusé était coupable d’homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré. Une question additionnelle découle de la décision de la Cour d’appel d’entendre en même temps la demande de prolongation du délai et l’appel au fond.

II. La portée du par. 686(8)

Pour déterminer l’étendue des pouvoirs conférés par le par. 686(8), il faut interpréter l’expression «en outre [. . .] toute ordonnance que la justice exige» utilisée dans cet article. Il est bien établi que l’interprétation d’une loi doit donner effet à l’intention du législateur et qu’elle doit être guidée par l’examen du texte de la disposition visée, par son but et par les objectifs généraux qui la sous-tendent (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 262 à 264, ainsi que 271 à 285; voir

pp. 236-37 and 243-55; see *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, *per* L'Heureux-Dubé J., and *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, *per* L'Heureux-Dubé J., at para. 12).

Section 686 provides:

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;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

c) may refuse to allow the appeal where it is of the opinion that the trial court arrived at a wrong conclusion respecting the effect of a special verdict, may order the conclusion to be recorded that appears to the court to be required by the verdict and may pass a sentence that is warranted in law in substitution for the sentence passed by the trial court; or

R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, le juge L'Heureux-Dubé, et *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 12).

L'article 686 prévoit:

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;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(i) elle est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa a),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

c) peut refuser d'admettre l'appel lorsqu'elle est d'avis que le tribunal de première instance en est venu à une conclusion erronée quant à l'effet d'un verdict spécial, et elle peut ordonner l'inscription de la conclusion que lui semble exiger le verdict et prononcer, en remplacement de la sentence rendue par le tribunal de première instance, une sentence justifiée en droit;

(d) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(b) order a new trial.

(3) Where a court of appeal dismisses an appeal under subparagraph (1)(b)(i), it may substitute the verdict that in its opinion should have been found and

(a) affirm the sentence passed by the trial court; or

(b) impose a sentence that is warranted in law or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

. . . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appellant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittal;

b) ordonne un nouveau procès.

(3) Lorsqu'une cour d'appel rejette un appel aux termes du sous-alinéa (1)b)(i), elle peut substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu et:

a) soit confirmer la peine prononcée par le tribunal de première instance;

b) soit imposer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittal, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

. . . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

Section 686 describes the general powers granted to appellate courts to dispose of a criminal appeal. It includes the power to grant a wide range of specific remedies depending on the nature and the extent of the error below. For example, under s. 686(1)(b)(i) and s. 686(3), a court of appeal may dismiss an appeal and substitute the verdict that in

L'article 686 décrit les pouvoirs généraux dont disposent les cours d'appel pour trancher les appels en matière criminelle. Cet article confère le pouvoir d'accorder un grand nombre de réparations particulières selon la nature et la gravité de l'erreur commise par le tribunal d'instance inférieure. Par exemple, en vertu du sous-al.

its opinion should have been rendered where the court finds that the accused was properly convicted on at least a count or a part of the indictment. In addition, where an appeal is from an acquittal and the verdict is not one of a court composed of a judge and jury, s. 686(4) provides a court of appeal the power to replace the verdict of acquittal with a verdict of guilty with respect to the offence of which the accused should have been found guilty but for the error of law.

The general objective of s. 686 is to promote finality in criminal litigation, where that can be achieved, and to ensure that appellate courts are vested with the authority to grant remedies proportionate to the errors committed in the trial court. Section 686 invests courts of appeal with the discretion and authority necessary to deal with the various errors that occur at the trial level in a manner which ensures that justice is done.

Section 686(8) has a special role to play in this regard. When a court of appeal orders a new trial pursuant to s. 686(2) of the *Criminal Code*, s. 686(8) allows the court to make “any order, in addition, that justice requires”. In this context, the remedial purpose of s. 686(8) is to ensure that the interests of justice are protected where ordering a new trial alone would not ensure that justice is done. This remedial purpose should be broadly construed in order to enhance the ability of appellate courts to respond in a measured way to the nature and extent of the error in the proceedings below.

I believe that it would be improper for this Court to state, as the Chief Justice does, that as a blanket rule a court of appeal can never order a new trial with limited verdicts. In my opinion, the vast jurisdiction of a court of appeal to make any order is limited only by what “justice requires”. The types of additional orders that “justice requires” will vary greatly from case to case. As such, the

686(1)b)(i) et du par. 686(3), une cour d'appel peut rejeter un appel et substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu lorsqu'elle est d'avis que l'accusé a été régulièrement déclaré coupable relativement à au moins un chef d'accusation ou à une partie de l'acte d'accusation. De plus, lorsqu'un appel est interjeté contre un acquittement et que le verdict n'a pas été rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, le par. 686(4) confère à une cour d'appel le pouvoir de remplacer le verdict d'acquiescement par un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont l'accusé aurait dû être reconnu coupable, n'eût été l'erreur de droit.

L'objectif général de l'art. 686 est de promouvoir le caractère définitif des litiges criminels, lorsque cela est possible, et de faire en sorte que les cours d'appel aient le pouvoir d'accorder des réparations proportionnelles aux erreurs commises par le tribunal de première instance. L'article 686 confère aux cours d'appel le pouvoir discrétionnaire et l'autorité nécessaires pour traiter les diverses erreurs commises lors du procès, de manière à ce que justice soit rendue.

Le paragraphe 686(8) joue un rôle particulier à cet égard. Lorsqu'une cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès conformément au par. 686(2) du *Code criminel*, le par. 686(8) lui permet de rendre «en outre [. . .] toute ordonnance que la justice exige». Dans ce contexte, les fins réparatrices du par. 686(8) sont de veiller à ce que les intérêts de la justice soient protégés lorsque l'ordonnance de nouveau procès n'assurerait pas, à elle seule, que justice soit rendue. Ces mesures réparatrices doivent être interprétées largement afin d'accroître la capacité des cours d'appel de répondre de façon mesurée à la nature et à la gravité de l'erreur commise lors des procédures antérieures.

Je crois qu'il serait inapproprié pour notre Cour d'affirmer, comme le fait le Juge en chef, que la règle générale est qu'une cour d'appel ne peut jamais ordonner la tenue d'un nouveau procès restreint à un nombre limité de verdicts. À mon avis, la vaste compétence d'une cour d'appel quant aux ordonnances qu'elle peut rendre est limitée uniquement par ce que «la justice exige». La nature

35

36

37

approach of Doherty J.A, writing for the court in *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (Ont. C.A.), at p. 131, is, in my view, the proper one in the analysis of what justice requires:

The phrase “the interests of justice” is used throughout the *Criminal Code*. It takes its meaning from the context in which it is used and signals the existence of a judicial discretion to be exercised on a case-by-case basis.

38 Similarly, what “justice requires” in a particular situation should be determined by the court of appeal on a case-by-case basis and that court should not be restrained in the exercise of its judicial discretion to fashion a particular type of remedy under s. 686(8). It is up to our Court of course, to review the exercise of that discretion on a case-by-case basis, and to determine whether in the particular circumstances of a case, the order to restrict the new trial to the resolution of certain issues is what “justice requires” (*R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597).

39 The determination of what “justice requires” is informed by the remedial purpose of s. 686(8) and involves a consideration of both the individual interest of the accused in a fair trial and the collective interest in the proper administration of justice. This is in accordance with the interpretation of similar expressions, such as the “interests of justice” used in different sections of Part XXI of the *Criminal Code* and the “principles of fundamental justice” from s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (for the *Criminal Code* see *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, s. 683(1)(d) (formerly 610(1)(d)); *Bernardo*, *supra*, s. 684(1); *R. v. Chek TV Ltd.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 380 (B.C.C.A.), at p. 383, *per* Craig J.A. concurring, s. 683(5) (formerly 610(5)); for s. 7 of the *Charter* see *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at p. 458, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539, *per* La Forest J.; *Rodriguez v. British*

des ordonnances additionnelles que «la justice exige» variera grandement d'une affaire à l'autre. Ainsi, le juge Doherty, au nom de la cour dans l'arrêt *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (C.A. Ont.), à la p. 131, a choisi, selon moi, l'approche appropriée dans l'analyse de ce que la justice exige:

[TRADUCTION] L'expression «l'intérêt de la justice» est utilisée partout dans le *Code criminel*. Sa signification découle du contexte dans lequel elle est utilisée et elle indique l'existence d'un pouvoir discrétionnaire à exercer cas par cas.

De même, ce que «la justice exige» dans une situation donnée devrait être décidé par la cour d'appel selon chaque cas, et son pouvoir discrétionnaire de façonner une réparation d'un genre particulier en vertu du par. 686(8) ne devrait pas être restreint. Il revient à notre Cour, cela va de soi, de revoir l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire cas par cas et de décider si, compte tenu des faits particuliers d'une affaire, l'ordonnance restreignant le nouveau procès à la résolution de certaines questions constitue ce que «la justice exige» (*R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597).

La détermination de ce que «la justice exige» découle des fins réparatrices du par. 686(8) et fait intervenir tant l'examen de l'intérêt individuel de l'accusé dans un procès équitable que celui de l'intérêt collectif dans la bonne administration de la justice. Cela est conforme à l'interprétation d'expressions similaires, comme l'«intérêt de la justice», dans différents articles de la partie XXI du *Code criminel*, et les «principes de justice fondamentale», dans l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (pour le *Code criminel*, voir *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, à la p. 775, al. 683(1)d) (auparavant 610(1)d)); *Bernardo*, précité, par. 684(1); *R. c. Chek TV Ltd.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 380 (C.A.C.-B.), à la p. 383, le juge Craig dans ses motifs concourants, par. 683(5) (auparavant 610(5)); pour l'art. 7 de la *Charte*, voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, à la p. 458, le juge L'Heureux-Dubé; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la

Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; and *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 486, *per* L'Heureux-Dubé J.).

Section 686(8) provides that a court of appeal's discretion to make "any additional order" is limited only by what "justice requires". The use of the word "any" emphasizes that every kind of order is within the ambit of that section. The French text of s. 686(8), which reads that a court of appeal may "*en outre rendre toute ordonnance que la justice exige*", confirms the same wide breadth of the provision.

The listing of specific remedies in other subsections 686, combined with the absence of any limiting language in s. 686(8), reinforces the position that Parliament did not intend to restrict the scope of a court of appeal's powers under s. 686(8) (a similar finding was made by this Court regarding s. 443(1)(a) and (b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 487), in *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624, at p. 631).

In *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, this Court broadly interpreted the jurisdiction of a court of appeal to make any order that justice requires under s. 686(8). Ritchie J., for the majority, found that the British Columbia Court of Appeal had correctly exercised its jurisdiction under s. 613(8) (now s. 686(8)) in amending a count of the indictment in order to ensure that it conformed to the evidence at trial. Ritchie J. held at pp. 431-32:

In my view when Parliament authorized the Court of Appeal, in the exercise of its power, to order a new trial, to "make any order, in addition, which justice requires" it must be taken as having authorized that Court under those circumstances to make *any additional order* which the ends of justice require whether the order for a new trial is dependent upon the additional order or not. I do not think that the wide powers conferred on the Court of

p. 539, le juge La Forest; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 486, le juge L'Heureux-Dubé).

Le paragraphe 686(8), dans sa version anglaise, prévoit que le pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel de rendre «*any additional order*» n'est limité que par ce que «*justice requires*». L'utilisation du mot «*any*» met en relief le fait que ce paragraphe vise tous les types d'ordonnance. La version française du par. 686(8), qui prévoit qu'une cour d'appel peut «*en outre rendre toute ordonnance que la justice exige*», confirme la portée étendue de cette disposition.

L'énumération de réparations particulières dans les autres paragraphes de l'art. 686, combinée à l'absence de tout terme limitatif dans le par. 686(8), renforce la position que le Parlement n'avait pas l'intention de restreindre l'étendue des pouvoirs conférés à une cour d'appel en vertu de ce paragraphe (notre Cour en est venue à une conclusion similaire relativement aux al. 443(1)a) et b) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 487), dans *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624, à la p. 631).

Dans l'arrêt *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, notre Cour a interprété largement la compétence d'une cour d'appel pour rendre toute ordonnance que la justice exige en vertu du par. 686(8). Le juge Ritchie, au nom de la majorité, a conclu que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait correctement exercé la compétence que lui conférait le par. 613(8) (maintenant le par. 686(8)) en modifiant un chef d'accusation de façon à ce qu'il soit compatible avec la preuve déposée au procès. Le juge Ritchie déclarait ceci, aux pp. 431 et 432:

À mon avis, lorsque le Parlement a autorisé la Cour d'appel, dans l'exercice de ses pouvoirs, à ordonner un nouveau procès et «*en outre [à] rendre toute ordonnance que la justice exige*», il voulait l'autoriser à rendre, dans ces circonstances, *toute ordonnance additionnelle* que les fins de la justice peuvent exiger, que le nouveau procès dépende ou non de la délivrance de cette ordonnance additionnelle. Je ne pense pas qu'on doive interpréter

40

41

42

Appeal by s. 613(8) are to be narrowly construed but rather they are designed to ensure that the requirements of the ends of justice are met, and are to be liberally construed in light of that overriding consideration. [Italics in original; underlining added.]

43

Wilson J., delivering a unanimous judgment in *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, quoted the above passage with approval and characterized the scope of s. 613(8) (now s. 686(8)) at pp. 19-20, as follows:

In exercising its power under s. 613(2) the Court of Appeal is given a broad ancillary jurisdiction under s. 613(8) of the *Code* to make "any order, in addition, that justice requires". This Court has construed the powers granted to the Court of Appeal under s. 613(8) in a generous manner consistent with its broad remedial purposes.

. . .

There is, in my respectful view, no reasonable alternative to a broad reading of the Court of Appeal's ancillary jurisdiction under s. 613(8) given its broad wording and remedial purpose. The section gives the Court of Appeal a broad supplementary power to make any order that justice requires when it exercises its appellate powers under the enumerated subsections of s. 613. [Emphasis added.]

More recently, in *Hinse*, *supra*, this Court confirmed that a generous interpretation of s. 686(8) which reflects its broad remedial purpose is appropriate.

44

In addition, the Crown submitted an exhaustive list of case law detailing the wide variety of orders made by appellate courts under s. 686(8). Certain orders were made to: limit the new trial on the included offence where the evidence could not support a finding of guilt on the offence charged (*R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (B.C.C.A.); *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.); *R. v. Ruptash* (1982), 68 C.C.C. (2d) 182 (Alta. C.A.); *R. v. Popoff* (1960), 129 C.C.C. 250 (B.C.C.A.)); amend a count of the indictment (*Elliott*, *supra*); order a new trial pursuant to an amended information (*R. v. Geauvreau*, [1982] 1

restrictivement les larges pouvoirs conférés aux cours d'appel par le par. 613(8); ils sont plutôt destinés à assurer que les fins de la justice soient respectées. Compte tenu de cette considération essentielle, on doit leur donner une interprétation large. [En italique dans l'original; je souligne.]

Le juge Wilson, au nom de notre Cour à l'unanimité dans *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, a cité et approuvé l'extrait susmentionné, et a décrit ainsi la portée du par. 613(8) (maintenant le par. 686(8)), aux pp. 19 et 20:

Dans l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 613(2), la Cour d'appel dispose, en vertu du par. 613(8) du *Code*, d'un large pouvoir accessoire de rendre «en outre [. . .] toute ordonnance que la justice exige». Cette Cour a donné aux pouvoirs conférés à la Cour d'appel par le par. 613(8) une interprétation libérale conforme aux fins réparatrices générales qui y sont visées.

. . .

À mon avis, il n'y a pas d'alternative raisonnable à une interprétation large du pouvoir accessoire que le par. 613(8) confère à la Cour d'appel, compte tenu de sa formulation générale et des fins réparatrices visées. Cette disposition confère à la Cour d'appel un pouvoir supplémentaire général de prononcer toute ordonnance que la justice exige, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière d'appel prévus aux paragraphes précédents de l'art. 613. [Je souligne.]

Plus récemment, dans l'arrêt *Hinse*, précité, notre Cour a confirmé qu'une interprétation libérale du par. 686(8), reflétant ses fins réparatrices générales, est appropriée.

En outre, le ministère public a présenté une longue liste de décisions illustrant la grande diversité des ordonnances rendues par les cours d'appel en vertu du par. 686(8). Certaines ordonnances ont été rendues pour limiter le nouveau procès à l'infraction incluse dans des cas où la preuve ne pouvait donner lieu à un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction faisant l'objet de l'accusation (*R. c. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (C.A.C.-B.); *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (C.A. Ont.); *R. c. Ruptash* (1982), 68 C.C.C. (2d) 182 (C.A. Alb.); *R. c. Popoff* (1960), 129 C.C.C. 250 (C.A.C.-B.)); modifier un chef de l'acte d'accusa-

S.C.R. 485); stay criminal proceedings which violate the community's sense of fair play and decency (*Hinse, supra*); or, dissolve a conditional stay on a count to which the *Kienapple* principle against multiple convictions was applied (*Provo, supra*). These cases illustrate the need to vest courts of appeal with a wide jurisdiction to make all kinds of orders tailored to the error made below.

The approach of the Chief Justice is to restrict at the outset the types of orders which can be made pursuant to s. 686(8). He relies on an analogy with s. 686(4) to determine that when a new trial is ordered it has to be a full new trial and not a new trial with limited verdicts. I disagree for the following reasons.

First, the language of s. 686(8) and the broad interpretation that mandates its broad underlying remedial purpose are inconsistent with a determination that certain classes of orders are outside its scope. While the discretion granted under s. 686(8) to appellate courts is not unlimited, the proper approach is to review the exercise of that judicial discretion on a case-by-case basis and not to conclusively place entire classes of orders outside the jurisdiction of a court of appeal.

Second, I find the analogy with s. 686(4) to be unconvincing. The Chief Justice recognizes at para. 22, that s. 686(4) deals with appeals from an acquittal whereas this case deals with an appeal from a conviction pursuant to s. 686(2). The wording of the two sections is different. Section 686(2)(b) does not provide for the restrictions imposed on jury verdicts by s. 686(4)(b)(ii). Therefore, there is no rationale for reading s. 686(4) as imposing restrictions on s. 686(2). The fact that s. 686(8) applies to both s. 686(4) and s. 686(2)

(*Elliott, précité*); ordonner la tenue d'un nouveau procès en fonction d'une dénonciation modifiée (*R. c. Geauvreau, [1982] 1 R.C.S. 485*); arrêter des procédures criminelles qui violent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société (*Hinse, précité*); mettre fin à la suspension conditionnelle d'une accusation à laquelle a été appliqué le principe de l'arrêt *Kienapple* contre les déclarations de culpabilité multiples (*Provo, précité*). Ces affaires illustrent le besoin de conférer aux cours d'appel la compétence étendue nécessaire pour rendre toutes sortes d'ordonnances adaptées à l'erreur commise par l'instance inférieure.

L'approche du Juge en chef consiste à restreindre dès le départ le type d'ordonnances qui peuvent être rendues en vertu du par. 686(8). Il s'appuie sur une analogie faite avec le par. 686(4) pour conclure que lorsque la tenue d'un nouveau procès est ordonnée, il doit s'agir d'un nouveau procès complet, et non pas d'un nouveau procès sur un nombre limité de verdicts. Je ne partage pas cette opinion pour les motifs suivants.

En premier lieu, le libellé du par. 686(8) et l'interprétation large requise par ses fins réparatrices générales sont incompatibles avec la conclusion que certains types d'ordonnances sont hors de sa portée. Bien que le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 686(8) aux cours d'appel ne soit pas illimité, l'approche appropriée consiste à examiner l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire cas par cas et non pas à retrancher définitivement de la compétence des cours d'appel des catégories entières d'ordonnances.

En deuxième lieu, j'estime que l'analogie faite avec le par. 686(4) n'est pas convaincante. Le Juge en chef reconnaît, au par. 22 de ses motifs, que le par. 686(4) vise les appels d'acquiescement alors que la présente affaire porte sur l'appel d'une déclaration de culpabilité qui relève du par. 686(2). Le libellé des deux dispositions est différent. L'alinéa 686(2)b) ne comporte pas les restrictions en matière de verdicts rendus par un jury que prescrit le sous-al. 686(4)b)(ii). En conséquence, il n'y a aucune raison d'interpréter le par. 686(4) comme apportant des restrictions au par. 686(2). Le fait que le par. 686(8) s'applique tant au par. 686(4)

45

46

47

does not mean that the restrictions that apply to s. 686(4) apply to s. 686(2).

48 The Chief Justice states at para. 24 that “[t]he principle that is reflected in s. 686(4) is that great respect should be shown to juries”. Again, this may be so regarding verdicts of acquittal by a jury, where s. 686(4) restricts a court of appeal from changing that verdict. On appeals from verdicts of conviction by a jury however, there is nothing in s. 686(2) and s. 686(8) to indicate that the court of appeal is so limited. In fact, the court can set aside the verdict on the grounds that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence, for example, and direct a verdict of acquittal pursuant to s. 686(1)(a)(i) and s. 686(2). Therefore, the application of s. 686(4), which is not at issue in this case, cannot be used to limit the jurisdiction granted to appellate courts by s. 686(8).

49 The Chief Justice seeks to minimize the impact of limiting s. 686(8) by restricting his interpretation to jury verdicts and leaving for later the question of whether the same principles would apply to decisions by a judge alone (paras. 1 and 28). In fact, the text of s. 686(8) makes no distinction between trial with judge alone and with judge and jury and I see no reason for this Court to create one.

50 Having determined that the Court of Appeal of British Columbia had the jurisdiction under s. 686(8) to make all kinds of orders, limited only by what justice requires, I will now turn to question of whether it can restrict the new trial to verdicts of manslaughter or second degree murder.

III. Power to Order a New Trial Restricted to Manslaughter or Second Degree Murder Verdicts Under Section 686(8)

51 The appellant submits that, generally, when a new trial is ordered on the basis of misdirections

qu’au par. 686(2) ne signifie pas pour autant que les restrictions qui s’appliquent au par. 686(4) s’appliquent au par. 686(2).

Le Juge en chef dit également, au par. 24, que «[l]e principe émanant du par. 686(4) est qu’un grand respect doit être accordé aux jurys». Encore une fois, cela peut être le cas pour les verdicts d’acquittement rendus par un jury que le par. 686(4) empêche une cour d’appel de modifier. Cependant, en matière d’appels de verdicts de culpabilité rendus par un jury, rien aux par. 686(2) et 686(8) n’indique que la même restriction est imposée à la cour d’appel. En fait, la cour peut annuler le verdict au motif qu’il est déraisonnable ou qu’il ne peut s’appuyer sur la preuve, par exemple, et ordonner un verdict d’acquittement en vertu du sous-al. 686(1)a(i) et du par. 686(2). Par conséquent, on ne saurait appliquer le par. 686(4), qui n’est pas ici en cause, de façon à limiter la compétence conférée aux cours d’appel par le par. 686(8).

Le Juge en chef tente de réduire l’effet d’une interprétation restrictive du par. 686(8) en la limitant aux verdicts rendus par un jury et en laissant à plus tard l’examen de la question de savoir si les mêmes principes s’appliqueraient aux décisions rendues par un juge seul (par. 1 et 28). En réalité, le texte du par. 686(8) ne fait aucune distinction entre un procès avec juge seul et un procès avec juge et jury, et je ne vois pas pourquoi notre Cour en ferait une.

Ayant conclu que le par. 686(8) conférait à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique la compétence pour rendre toutes sortes d’ordonnances, sous la seule réserve de ce que la justice exige, je vais examiner maintenant si la cour peut limiter le nouveau procès à un verdict d’homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré.

III. Le pouvoir d’ordonner la tenue d’un nouveau procès restreint à un verdict d’homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré en vertu du par. 686(8)

L’appellant prétend que, en règle générale, lorsque la tenue d’un nouveau procès est ordonnée en

on the defence of intoxication, it is a full new trial and not a limited new trial. Although usually all issues are remitted to a new trial, in exceptional cases, such as where there is no question that the accused committed the guilty act, s. 686(8) can apply to limit the verdicts available on retrial.

Orders made pursuant to s. 686(8) to restrict the issues on a new trial have been made where the only issue at the end of the appeal relates to the defence of entrapment or insanity. For example, this Court's decision in *Pearson*, *supra*, upheld the order for a restricted new trial on the issue of entrapment pursuant to s. 686(8). Furthermore, the Courts of Appeal of Ontario and British Columbia made additional orders limiting a new trial to the issue of entrapment in *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.); *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368 (B.C.C.A.), *aff'd* [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231 (B.C.C.A.), and supplementary reasons, November 1, 1990, Victoria Registry V00270. As well, a five-member panel of the Ontario Court of Appeal restricted the retrial on the issue of insanity at the time of the commission of the offence in *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135.

A new trial restricted to specific verdicts may also be appropriate where the only issue at the end of the appeal is whether the accused is guilty of manslaughter or second degree murder. In *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, reversed on another point [1995] 2 S.C.R. 737, the Ontario Court of Appeal restricted the new trial to whether the accused was guilty of manslaughter or second degree murder, thereby foreclosing the accused from raising the defence of automatism already

raison de directives erronées sur la défense d'intoxication, il s'agit d'un nouveau procès complet, et non d'un nouveau procès limité. Bien qu'habituellement toutes les questions en litige soient renvoyées pour examen dans le cadre d'un nouveau procès, le par. 686(8) peut servir à limiter les verdicts possibles à cette occasion dans des cas exceptionnels, par exemple lorsqu'il n'y a aucun doute que l'accusé a commis l'acte reproché.

Des ordonnances ont été rendues en vertu du par. 686(8) pour restreindre les questions en litige dans le cadre d'un nouveau procès, dans des cas où la seule question en litige, une fois l'appel entendu, concernait la défense de provocation policière ou d'aliénation mentale. Par exemple, l'arrêt *Pearson*, précité, de notre Cour a confirmé l'ordonnance de nouveau procès limité à la question de la provocation policière conformément au par. 686(8). De plus, les cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont rendu des ordonnances additionnelles qui limitaient le nouveau procès à la question de la provocation policière dans *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.); *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368 (C.A.C.-B.), *conf. par* [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.), et motifs supplémentaires, 1^{er} novembre 1990, greffe de Victoria V00270. De même, un banc de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario a restreint le nouveau procès à la question de savoir s'il y avait aliénation mentale au moment de la perpétration de l'infraction dans *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135.

La tenue d'un nouveau procès restreint à des verdicts précis peut aussi être appropriée lorsque la seule question en litige, une fois l'appel entendu, est de savoir si l'accusé est coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré. Dans l'affaire *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, infirmé sur un autre point par [1995] 2 R.C.S. 737, la Cour d'appel de l'Ontario a restreint le nouveau procès à la question de savoir si l'accusé était coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré, empêchant de ce fait l'accusé d'invoquer la défense d'automatisme, qui avait déjà été rejetée par un jury anté-

52

53

rejected by a previous jury. Doherty J.A. stated in *Wade, supra*, at p. 65:

From a jurisdictional perspective, I can see no difference between limiting a new trial to the issue of entrapment or insanity, and limiting a new trial to the question of whether the appellant is guilty of murder or manslaughter. The authorities, considered along with the language of s. 686(8) and the command to interpret that language broadly found in *R. v. [Provo], supra*, satisfy me that this court has the jurisdiction to limit a new trial to the determination of whether the appellant committed murder or manslaughter.

rieur. Le juge Doherty a déclaré dans *Wade*, précité, à la p. 65:

[TRADUCTION] Du point de vue de la compétence, je ne peux voir aucune différence entre le fait de limiter un nouveau procès à la question de la provocation policière ou de l'aliénation mentale et celui de limiter un nouveau procès à la question de savoir si l'appelant est coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable. La jurisprudence, combinée au texte du par. 686(8), et l'obligation d'interpréter ce dernier de façon large, comme le prescrit l'arrêt *R. c. [Provo]*, précité, me convainquent que la cour a compétence pour limiter un nouveau procès à une décision sur la question de savoir si l'appelant a commis un meurtre ou un homicide involontaire coupable.

54 Doherty J.A. in *Wade, supra*, at pp. 65-66, pointed out that trials limited to the issue of manslaughter or second degree murder are not unknown. These trials occur when the accused admits causing the death of the victim but claims that he or she did not possess the state of mind required for murder.

Dans l'arrêt *Wade*, précité, aux pp. 65 et 66, le juge Doherty a souligné que les procès limités à la question de l'homicide involontaire coupable ou du meurtre au deuxième degré ne sont pas choses inconnues. Cela se produit lorsque l'accusé admet avoir causé la mort de la victime mais qu'il prétend ne pas avoir eu l'état d'esprit requis pour avoir commis un meurtre.

55 This said, I fully endorse the position of the Court of Appeal in *Gorecki (No. 2), supra*, and in *Wade, supra*, that an order restricting a new trial represents an exceptional remedy that justice will require in "special circumstances". In the case at bar, the Court of Appeal seems to have been guided by the "special circumstances" test set out in *Wade, supra*, and *Gorecki (No. 2), supra*. I will now turn to what constituted such "special circumstances" in these two cases. I will subsequently examine whether this case falls within such special circumstances.

Ceci étant dit, je partage entièrement la position adoptée par la Cour d'appel dans *Gorecki (No. 2)* et *Wade*, précités, selon laquelle une ordonnance limitant un nouveau procès constitue une réparation exceptionnelle que la justice exigera dans des «circonstances spéciales». En l'espèce, la Cour d'appel semble avoir été guidée par le critère des «circonstances spéciales» énoncé dans *Wade* et *Gorecki (No. 2)*, précités. Je vais examiner maintenant en quoi consistent les «circonstances spéciales» dans ces deux affaires et ensuite si de telles circonstances sont ici présentes.

56 In *Gorecki (No. 2), supra*, the accused was convicted by a jury of the murder of his wife and the Court of Appeal was asked to consider fresh evidence relating to his mental state at the time of the commission of the offence. At trial, the accused did not raise that question and his only defence was that of accident. The Court of Appeal found that the fresh evidence might show that he was mentally ill and could not recognize his illness, and therefore, this prevented him from making the insanity defence during the trial. Consequently, the

Dans l'affaire *Gorecki (No. 2)*, précitée, un jury avait déclaré l'accusé coupable du meurtre de sa femme et on avait demandé à la Cour d'appel d'examiner de nouveaux éléments de preuve relativement à l'état mental de l'accusé au moment de l'infraction. Au procès, l'accusé n'avait pas soulevé cette question et n'avait invoqué que la défense d'accident. La Cour d'appel a conclu que la preuve nouvelle pourrait démontrer que l'accusé souffrait de maladie mentale sans en être conscient et que, de ce fait, il ne lui avait pas été possible

court ordered a new trial limited to raising the defence of insanity pursuant to s. 613(8) (now 686(8)). The court observed at p. 149:

The Court of Appeal where it orders a new trial is empowered by s. 613(8) to make any order, in addition, that justice requires. While we exercise our power to direct a new trial, we are satisfied that pursuant to s. 613(8) justice requires that in the special circumstances of this case the accused should be limited to raising the defence of insanity, the other defences having already been concluded on the first trial, affirmed on appeal. [Emphasis added.]

In *Wade, supra*, Doherty J.A. also held that “special circumstances” existed which warranted the order to limit the issues at the new trial. In that case, defence counsel admitted that the accused had attacked his wife and inflicted the injuries causing death and, at trial, raised the defence of automatism brought on by a variety of sleep disorders. He was found guilty by a jury of second degree murder. After an appeal and another trial, a second jury found him again guilty of second degree murder. At the second trial, the judge decided not to leave manslaughter with the jury, and this triggered the appeal. Doherty J.A. recalled that the defence of automatism brought by the accused was totally rejected by the jury, which was satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had killed his wife. Therefore, he ordered a restricted new trial as to whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter. He wrote at p. 65:

Here, as in *Gorecki*, there is no doubt that the appellant caused the death of the victim. Nor, is there any doubt as to how he caused that death. There is no suggestion that provocation, intoxication or any other excuse or justification could possibly arise. This is emphatically not a case, like some, where there exists a realistic pos-

d’invoquer la défense d’aliénation lors du procès. En conséquence, la cour a ordonné la tenue d’un nouveau procès limité à la défense d’aliénation mentale, en se fondant sur le par. 613(8) (maintenant le par. 686(8)), et a fait observer, à la p. 149:

[TRADUCTION] Lorsque la Cour d’appel ordonne la tenue d’un nouveau procès, le par. 613(8) lui permet en outre de rendre toute ordonnance que la justice exige. Nous exerçons notre pouvoir d’ordonner la tenue d’un nouveau procès mais, en même temps, nous sommes convaincus qu’en vertu du par. 613(8), la justice exige que, vu les circonstances spéciales de la présente affaire, l’accusé ne devrait pouvoir soulever que la défense d’aliénation, les autres moyens de défense ayant déjà été épuisés lors du premier procès, dont la décision a été confirmée en appel. [Je souligne.]

Dans l’affaire *Wade*, précitée, le juge Doherty a également conclu à l’existence de «circonstances spéciales» justifiant l’ordonnance qui limitait les questions en litige lors du nouveau procès. Dans cette affaire, l’avocat de la défense a admis que l’accusé avait attaqué sa femme et lui avait infligé les blessures mortelles. Au procès, l’accusé a soulevé la défense d’automatisme provoqué par divers troubles du sommeil. Un jury l’a déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. À la suite d’un appel et d’un autre procès, un deuxième jury l’a également déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Au second procès, le juge a décidé de ne pas laisser au jury la possibilité d’un verdict d’homicide involontaire coupable, ce qui a entraîné l’appel. Le juge Doherty a rappelé que la défense d’automatisme invoquée par l’accusé avait été entièrement rejetée par le jury, qui était convaincu hors de tout doute raisonnable que l’accusé avait tué sa femme. Il a donc ordonné la tenue d’un nouveau procès limité à la question de savoir si l’accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d’homicide involontaire coupable et a fait observer, à la p. 65:

[TRADUCTION] En l’espèce, comme dans *Gorecki*, il n’existe de doute ni sur le fait que l’appellant a causé la mort de la victime ni sur la façon dont il s’y est pris. Rien n’indique qu’il y ait eu provocation, intoxication ou toute autre excuse ou justification. Il ne s’agit nettement pas d’une affaire où, contrairement à d’autres, il

sibility that a new trial could take a radically different course than the previous trial. [Emphasis added.]

existe une possibilité sérieuse qu'un nouveau procès pourrait mener à un résultat totalement différent que celui auquel a mené le procès antérieur. [Je souligne.]

58 A consideration of these two cases and a purposive interpretation of what "justice requires" leads me to conclude that an order restricting the verdicts on a new trial may exceptionally be available where it is beyond reasonable doubt that the accused committed the guilty act and the only outstanding issue relates to the legal quality of that act by reason of the accused's mental state or by reason of possible excuses or defences, like entrapment.

L'examen de ces deux affaires et une interprétation de ce que «la justice exige», selon l'objet visé, m'amènent à conclure qu'exceptionnellement une ordonnance peut être rendue restreignant les verdicts possibles dans un nouveau procès lorsqu'il n'existe aucun doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte reproché et que la seule question non résolue a trait à la qualification juridique de cet acte en raison de l'état mental de l'accusé ou en raison d'excuses ou de moyens de défense possibles, comme la provocation policière.

IV. Application to this Case

IV. Application à la présente affaire

59 Before making the order restricting the new trial, Lambert J.A., for the court, noted that by the time the trial was concluded, there was no doubt that the appellant shot Emily Alexander and this was not contested by the defence. However he found that the trial judge left the jury confused in both his charge to them and in his response to their questions about the definition of intent, and the interrelationship between intent and intoxication. Lambert J.A. held that it would be unsafe to uphold the conviction in light of this confusion. On the basis that "identity was not in issue at the trial" and that "some relevant evidence and exhibits have been destroyed" ((1997), 85 B.C.A.C. 303, at p. 306), Lambert J.A. made the order limiting the new trial to the issue of whether the appellant was guilty of manslaughter or second degree murder.

Avant de rendre l'ordonnance restreignant le nouveau procès, le juge Lambert, au nom de la cour, a souligné qu'à la fin du procès il n'y avait aucun doute que l'appellant avait fait feu sur Emily Alexander et cela n'était pas contesté par la défense. Cependant, il a conclu que le juge du procès avait semé la confusion chez les membres du jury, tant par ses directives que par ses réponses à leurs questions sur la définition de l'intention et sur la relation entre l'intention et l'intoxication. Le juge Lambert a conclu qu'il serait imprudent, en raison de cette confusion, de maintenir la déclaration de culpabilité. Au motif que [TRADUCTION] «l'identité n'était pas en litige au procès» et que «des preuves et des pièces pertinentes ont été détruites» ((1997), 85 B.C.A.C. 303, à la p. 306), le juge Lambert a rendu l'ordonnance limitant le nouveau procès à la question de savoir si l'appellant était coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré.

60 I will deal first with the issue of prejudice to the Crown due to the destruction of certain exhibits. The Crown claims that due to the lateness of the filing of the appellant's notice of appeal, certain exhibits were authorized to be destroyed and in fact were destroyed and as a result, the destruction of these exhibits has detrimentally affected the Crown's ability to make its case in a new trial. In addition, the Crown submits that it should not be forced to suffer any potential diminution of its

Prenons d'abord la question du préjudice subi par le ministère public en raison de la destruction de certaines pièces. Le ministère public soutient qu'en raison du retard de l'appellant à déposer son avis d'appel, l'autorisation de détruire certaines pièces a été donnée et que celles-ci ont effectivement été détruites, de sorte que la capacité du ministère public de présenter sa preuve dans le cadre d'un nouveau procès s'en est trouvée réduite. Le ministère public prétend également qu'il ne

ability to prove its case as a result of intervening events for which it bears no responsibility.

However, the Crown concedes that the lateness in filing of the notice of appeal was not the appellant's fault. Further, the Court of Appeal found that the lengthy delay that triggered the destruction of the exhibits was not the fault of the accused, but rather the result of a breakdown in communications between the accused, the Legal Services Society of British Columbia and his lawyer who was appointed by the Society. In addition, the appellant alleges that most of the exhibits that were destroyed can be re-obtained or reconstructed. The Crown does not disagree that this is possible. Therefore, on its own, I am of the view that the alleged prejudice to the Crown is not sufficient to justify in itself the order made.

The alternative basis upon which Lambert J.A. makes his order for a limited trial is much more compelling. In his decision Lambert J.A. held that "[b]y the time that the trial was concluded it was not contested by the defence that Mr. Thomas shot Emily Alexander" (p. 304), that "there was no doubt that Mr. Thomas shot Emily Alexander", and that "identity was not in issue at the trial" (p. 306). Referring to the interpretation of s. 686(8) in *Wade, supra*, Lambert J.A. ordered a new trial confined to the issue of whether the verdict should be one of second degree murder or of manslaughter.

There is no doubt in this case about the fact that the appellant killed Ms. Alexander, nor is there any doubt about how it was done. Counsel for the appellant admitted to the jury that the appellant caused the death of Ms. Alexander by means of an unlawful act, and that he was accordingly, guilty of at least manslaughter, as shown by these excerpts from his closing address to the jury:

There is a difference between second degree murder and manslaughter and His Lordship will advise you as to the differences and what they are at law and his

devrait pas être forcé de subir quelque réduction potentielle de sa capacité d'établir sa preuve en raison d'événements ultérieurs dont il n'est pas responsable.

Cependant, le ministère public concède que le retard à produire l'avis d'appel n'était pas dû à la faute de l'appellant. Par ailleurs, la Cour d'appel a conclu que le long délai ayant entraîné la destruction des pièces ne résultait pas de la faute de l'accusé, mais de la rupture des communications entre l'accusé, la Legal Services Society of British Columbia et l'avocat de l'accusé nommé par cette dernière. Au surplus, l'appellant allègue que la plupart des pièces qui ont été détruites peuvent être obtenues de nouveau ou reconstituées. Le ministère public ne nie pas que cela soit possible. Je suis donc d'avis que le préjudice allégué par le ministère public ne suffit pas, en lui-même, à justifier l'ordonnance rendue.

Le motif subsidiaire sur lequel se fonde le juge Lambert pour ordonner la tenue d'un nouveau procès limité est beaucoup plus convaincant. Dans sa décision, le juge Lambert a conclu que [TRADUCTION] «[à] l'issue du procès, la défense n'a pas contesté que M. Thomas avait fait feu sur Emily Alexander» (p. 304), «il n'y avait aucun doute que M. Thomas avait fait feu sur Emily Alexander» et «l'identité n'était pas en litige au procès» (p. 306). Renvoyant à l'interprétation du par. 686(8) dans l'affaire *Wade*, précitée, le juge Lambert a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si un verdict de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable devrait être rendu.

Il n'y a aucun doute dans la présente affaire sur le fait que l'appellant a tué M^{me} Alexander ni sur la façon dont il s'y est pris. L'avocat de l'appellant a admis devant le jury que l'appellant avait causé la mort de M^{me} Alexander au moyen d'un acte illégal et que, par conséquent, il était au moins coupable d'homicide involontaire coupable, comme le démontrent ces extraits du plaidoyer de l'avocat au jury:

[TRADUCTION] Il y a une différence entre un meurtre au deuxième degré et un homicide involontaire coupable, et monsieur le juge vous expliquera les différences

61

62

63

words on the law is final. And there is no doubt here Mr. Thomas shot Emily, there is no doubt about that and I would never in my wildest dreams come before you and suggest otherwise. We are asking you to use your common sense here and I don't attempt to persuade you not to use it. Clearly he shot Emily but you have to look at all the circumstances surrounding that. You have to look at what the law refers to it as. Is it second degree murder? Is it manslaughter?

. . . .

Quite often in criminal trials we talk about many things such as identity of the accused, and date, time, place, and jurisdiction and other matters. I have already indicated to you I don't intend to be arguing those matters, and I am not going to. It's very clear that the base of the facts we know, we do know that Mr. Thomas shot Emily and there is no doubt about that but what you have to determine is what his intent was.

. . . .

My submission is there is a substantial body of evidence and facts before you as to the level of intoxication and it's my submission there should be a reasonable doubt on the charge of second degree murder. I am not suggesting to you Mr. Thomas has not done anything. Clearly Mr. Thomas shot and killed Emily and in my submission to you, however, it's manslaughter and not second degree murder. [Emphasis added.]

64 Moreover, the trial judge specified in his instructions to the jury that “[t]he nature of this case is such that it is unlikely that you will consider an acquittal because the evidence of the shooting is uncontroverted”. He then led the jury to consider a verdict of either manslaughter or second degree murder.

65 Accordingly, I cannot agree with the Chief Justice that, but for the admission of guilt by counsel for the appellant, “it is unlikely that the Court of Appeal would have had any confidence in the accused’s liability even for manslaughter” (para. 26). There was overwhelming evidence ten-

et leur signification en droit, et ses explications sur le droit sont définitives. Et il n’y a aucun doute en l’espèce que M. Thomas a fait feu sur Emily, il n’y a aucun doute à ce sujet et jamais je n’oserais, même dans mes rêves les plus fous, me présenter devant vous et prétendre le contraire. En l’espèce, nous vous demandons d’utiliser votre bon sens et je n’essaie pas de vous persuader de ne pas le faire. C’est clair qu’il a fait feu sur Emily, mais vous devez examiner toutes les circonstances entourant l’événement. Vous devez regarder comment la loi qualifie cela. S’agit-il d’un meurtre au deuxième degré? S’agit-il d’un homicide involontaire coupable?

. . . .

Bien souvent lors de procès criminels, nous parlons de plusieurs choses comme l’identité de l’accusé, la date, l’heure, l’endroit, la compétence et d’autres questions. Je vous ai déjà mentionné que je n’avais pas l’intention de plaider sur ces questions et je ne le ferai pas. Il est très clair que l’essentiel des faits que nous connaissons, nous savons que M. Thomas a fait feu sur Emily et il n’y a aucun doute là-dessus, mais ce que vous avez à déterminer c’est la nature de l’intention qu’il avait.

. . . .

Ma prétention est que vous êtes saisis de nombreux éléments de preuve et de faits relativement au niveau d’intoxication, et, selon moi, il existe un doute raisonnable à l’égard de l’accusation de meurtre au deuxième degré. Je n’essaie pas de vous faire croire que M. Thomas n’a rien fait. Il est clair que M. Thomas a fait feu sur Emily et qu’il l’a tuée, mais, ce que je vous dis, c’est qu’il s’agit d’un homicide involontaire coupable et non d’un meurtre au deuxième degré. [Je souligne.]

De plus, le juge du procès a précisé dans ses directives au jury que [TRADUCTION] «[l]a nature de la présente affaire est telle qu’il est improbable que vous examiniez la possibilité d’un acquittement parce que la preuve des coups de feu n’est pas contestée». Il a alors amené le jury à considérer un verdict d’homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré.

En conséquence, je ne peux partager l’opinion du Juge en chef que, n’eût été l’admission de culpabilité par l’avocat de l’appelant, «il est peu probable que la Cour d’appel aurait été convaincue de la culpabilité de l’accusé, même en ce qui a trait à l’homicide involontaire coupable» (par. 26). La

dered at trial against the appellant. This evidence and defence counsel's admission led the Court of Appeal to conclude that there was no doubt that the appellant killed Ms. Alexander. As such, the order to restrict the new trial in this case is not "completely unrelated to the accused's underlying innocence or culpability" or "at direct variance with its underlying judgment" (see *Hinse, supra*, at paras. 34 and 33 (emphasis in original)) but is in fact totally connected to the appellant's guilt. A similar approach was applied by the majority's decision in *Pearson, supra*, at para. 14.

The appellant submits, albeit in a summary fashion, that the order made by the Court of Appeal in this case is inconsistent with the presumption of innocence. His argument stems from the fact that the order precludes the court at the new trial from considering a verdict of acquittal.

He also alleges that the order made by the Court of Appeal in this case breaches ss. 7 and 11(f) of the *Charter*, without arguing further. Although the Chief Justice alludes to ss. 7 and 11(d) *Charter* violations, he does not draw any conclusion in that respect. The *Charter* issues are raised for the first time in this Court. As such, we do not have the benefit of the reasons of the Court of Appeal and no constitutional questions were stated. I will, however, comment briefly on these alleged violations.

The presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, only operates "until" the accused has been "proven guilty according to law". Someone who has been proven guilty at trial and appeals his or her conviction can no longer claim the presumption of innocence (see *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), and *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, at para. 107). The presumption of innocence is revived on appeal only in respect of the elements upon which the court of appeal sets aside the verdict. If the court sets aside the entire verdict, then the presumption of innocence is revived for all elements of the crime (*R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 912,

preuve produite au procès contre l'appelant était accablante. Cette preuve et l'admission de l'avocat de la défense ont mené la Cour d'appel à conclure qu'il n'y avait aucun doute que l'appelant avait tué M^{me} Alexander. En soi, l'ordonnance restreignant le nouveau procès dans la présente affaire n'a pas «absolument rien à voir avec la question sous-jacente de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé» et n'est pas «directement incompatible avec son jugement sous-jacent» (voir *Hinse*, précité, aux paras. 34 et 33 (souligné dans l'original)), mais est, en réalité, entièrement reliée à la culpabilité de l'appelant. Une approche semblable a été suivie dans la décision majoritaire de l'arrêt *Pearson*, précité, au par. 14.

L'appelant fait valoir, quoique de façon sommaire, que l'ordonnance rendue par la Cour d'appel en l'espèce est incompatible avec la présomption d'innocence. Son argument découle du fait que l'ordonnance empêche le tribunal d'examiner la possibilité d'un verdict d'acquittal lors du nouveau procès.

Il avance également que l'ordonnance rendue par la Cour d'appel en l'espèce viole l'art. 7 et l'al. 11f) de la *Charte*, mais sans donner davantage d'explications. Bien que le Juge en chef fasse allusion à des violations de cet article et de cet alinéa, il ne tire aucune conclusion à cet égard. Les questions relatives à la *Charte* ont été soulevées pour la première fois devant notre Cour. Nous n'avons donc pas l'avantage des motifs de la Cour d'appel et aucune question constitutionnelle n'a été soulevée. Je vais tout de même faire de brefs commentaires sur ces violations alléguées.

La présomption d'innocence, protégée par l'al. 11d) de la *Charte*, est garantie «tant» que l'accusé n'est pas «déclaré coupable, conformément à la loi». Une personne qui a été déclarée coupable lors d'un procès et qui porte sa déclaration de culpabilité en appel ne peut plus se prévaloir de la présomption d'innocence (voir *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), et *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, au par. 107). La présomption d'innocence renaît en appel uniquement à l'égard des éléments sur lesquels la Cour d'appel écarte le verdict. Si la cour écarte l'ensemble du verdict, la présomption d'innocence renaît donc à l'égard de tous les éléments du crime (*R. c. Potvin*, [1993] 2

66

67

68

per Sopinka J.). If, on the other hand, the court finds that some elements of the offence have been proven beyond a reasonable doubt and orders a new trial restricted to the remaining elements, the presumption of innocence is revived only with respect to those elements. So long as the Crown bears the burden of proving every element of the offence beyond a reasonable doubt, the presumption of innocence is satisfied. Where a new trial is restricted to limited issues, this is on the basis that the Crown has already discharged this burden with respect to the other elements of the crime. Here, the error made with the instructions related wholly to the issue of intent and did not affect the fact that the jury found beyond a reasonable doubt that the appellant killed his common law partner. Accordingly, the Court of Appeal only revived the elements relevant to the issue of intent. On those elements, the accused is entitled to a full presumption of innocence. In this case, the practical effect of this presumption is that the Crown must prove the intent required for second degree murder beyond a reasonable doubt.

R.C.S. 880, à la p. 912, le juge Sopinka). Si, en revanche, la cour conclut que certains éléments de l'infraction ont été prouvés hors de tout doute raisonnable et ordonne la tenue d'un nouveau procès restreint aux éléments non résolus, la présomption d'innocence renaît seulement à l'égard de ces éléments. Tant et aussi longtemps que le ministère public a le fardeau de prouver chaque élément de l'infraction hors de tout doute raisonnable, la présomption d'innocence est respectée. Lorsqu'un nouveau procès est restreint à un nombre limité de questions, c'est parce que le ministère public s'est déjà acquitté de ce fardeau relativement aux autres éléments du crime. En l'espèce, l'erreur relative aux directives est entièrement liée à la question de l'intention et n'a aucune incidence sur le fait que le jury a conclu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait tué sa conjointe. En conséquence, la Cour d'appel n'a fait renaître que les éléments relatifs à la question de l'intention. À l'égard de ces éléments, l'accusé a entièrement droit à la présomption d'innocence. Dans le présent pourvoi, l'effet pratique de cette présomption est que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable l'intention requise pour un meurtre au deuxième degré.

69 The same reasoning answers the suggestion that a new trial on restricted issues violates the right to a jury trial guaranteed by s. 11(f). The jury found the accused guilty in a trial where the only error related to the mental element of the crime. It follows that the jury must have concluded beyond a reasonable doubt that the accused committed the criminal act. On the new trial, another jury will decide on the remaining elements of the alleged offence. The accused's right to trial by jury is thus fully respected.

Le même raisonnement s'applique à l'égard de l'argument selon lequel la tenue d'un nouveau procès sur un nombre limité de questions viole le droit à un procès par jury protégé par l'al. 11f). Le jury a déclaré l'accusé coupable dans le cadre d'un procès où la seule erreur commise concernait l'élément moral du crime. Il s'ensuit que le jury doit avoir conclu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait commis l'acte criminel. Lors du nouveau procès, un autre jury décidera des éléments non résolus de l'infraction alléguée. Le droit de l'accusé à un procès par jury est donc entièrement respecté.

70 It is also argued that in admitting at trial that he was guilty of at least manslaughter, the appellant waived his right to be presumed innocent and his right to a trial by jury at a new trial limited to the issue of whether or not he is guilty of manslaughter or second degree murder. In view of my conclusion that these rights have been fully respected, I need not consider this submission.

On a également prétendu qu'en admettant au procès qu'il était au moins coupable d'homicide involontaire coupable, l'appelant avait renoncé à son droit d'être présumé innocent et à son droit à un procès par jury dans le cadre d'un nouveau procès limité à la question de savoir s'il est coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré. Puisque j'ai conclu que ces droits ont été entièrement respectés, il est inutile que j'examine cette prétention.

The appellant will suffer no prejudice arising from the order made by the Court of Appeal in this case. The only live issue that remained at the end of the trial was whether he was guilty of second degree murder or manslaughter. In this respect, had the trial judge made no error, he would, at a minimum, have been convicted of manslaughter. Therefore, the restricting order corrects the error made at trial and returns the appellant to the same position he was in, and admitted being in, at the conclusion of the trial. Doherty J.A. reached the same conclusion in *Wade, supra*. He stated at p. 65:

He [the accused] will have every opportunity to challenge the case for the Crown on the issue of his intent, and to advance evidence which is relevant to that intent. He will be foreclosed from relitigating the voluntariness of his conduct, but I see no prejudice or injustice in barring relitigation of an issue which has already been determined by a properly instructed jury. I am not aware of any principle of fairness which demands that an accused be given a second chance to present a defence because an error in law, unrelated to that defence, necessitates reversal of the verdict. That proposition carries the so called "sporting theory" of criminal justice too far. [Emphasis added.]

As such, limiting the new trial in this case to a determination of whether the appellant is guilty of second degree murder or manslaughter is perfectly fair to the appellant, in that it permits the appellant to fully litigate the only live issue, his level of intent, that remains undecided by a properly and fully instructed jury.

To allow the appellant to disavow the acknowledgment of guilt and seek an acquittal at the new trial would, moreover, bring the administration of justice into disrepute. In *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20 (Ont. C.A.), the accused sought to introduce fresh evidence on appeal with respect to his mental state in the hopes of raising an insanity defence. However, during the trial defence counsel deliberately chose not to raise that defence. The Court of Appeal refused to admit the fresh evidence for the reason that it would not be in the

L'appelant ne subira aucun préjudice découlant de l'ordonnance rendue par la Cour d'appel en l'espèce. La seule question encore en litige à l'issue du procès était de savoir s'il était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. À cet égard, si le juge du procès n'avait commis aucune erreur, l'appelant aurait été déclaré coupable, à tout le moins, d'homicide involontaire coupable. Par conséquent, l'ordonnance limitative corrige l'erreur commise au procès et replace l'appelant dans la situation où il était, et où il admettait être, à la fin du procès. Le juge Doherty en est venu à la même conclusion dans l'affaire *Wade* (à la p. 65):

[TRADUCTION] Il [l'accusé] aura toutes les occasions voulues de contester la preuve du ministère public sur la question de son intention et de produire des éléments de preuve pertinents à cet égard. Il sera forclus de soulever de nouveau la question du caractère volontaire de sa conduite, mais je ne vois aucun préjudice et aucune injustice dans le fait d'empêcher la remise en cause d'une question qui a déjà été tranchée par un jury qui a reçu des directives appropriées. Je ne connais aucun principe d'équité exigeant que l'on donne à un accusé une seconde chance de soulever un moyen de défense au motif qu'une erreur de droit non reliée à ce moyen requiert l'annulation du verdict. Cette proposition pousse trop loin ce qu'on appelle la théorie de la «seconde chance» offerte par la justice criminelle. [Je souligne.]

Ainsi, il est tout à fait équitable envers l'appelant de limiter le nouveau procès en l'espèce à une décision sur la question de savoir s'il est coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable, car cela lui permet de plaider la seule question encore en litige, soit son niveau d'intention, qui reste à être tranchée par un jury ayant reçu des directives appropriées et complètes.

Permettre à l'appelant de répudier l'admission de culpabilité et de tenter d'obtenir un acquittement au nouveau procès aurait de plus pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Dans *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20 (C.A. Ont.), l'accusé avait tenté de produire une nouvelle preuve en appel relativement à son état d'esprit dans le but de soulever la défense d'aliénation mentale. Cependant, l'avocat de la défense a délibérément omis de soulever ce moyen au procès. La Cour d'appel a refusé d'admettre la preuve nou-

“interest of justice” to do so, because it would “permit the appellant to now lead this alternative defence in this court” and to “permit him to resile from the position that he took before the jury and, indeed, to take a position which is completely inconsistent with it” (*Buxbaum*, at p. 35, to the same effect see *Palmer, supra*, at p. 775).

velle au motif qu’il ne serait pas dans l’«intérêt de la justice» de le faire, car cela [TRADUCTION] «permettrait alors à l’appelant de soulever cet autre moyen de défense devant la cour» et «de répudier la position qu’il avait défendue devant le jury et, dans les faits, d’en adopter une autre tout à fait incompatible» (*Buxbaum*, à la p. 35; au même effet, voir *Palmer*, précité, à la p. 775).

73 The search for the truth and the conviction of the guilty are certainly important parts of the collective interest in the administration of justice. In this case, there is no doubt that the appellant shot the deceased. His counsel admitted that fact in his address to the jury. What Doherty J.A. wrote in *Wade, supra*, at p. 66 applies with force:

La recherche de la vérité et la condamnation des coupables constituent sans aucun doute des parties importantes de l’intérêt collectif dans l’administration de la justice. Dans la présente affaire, il n’existe aucun doute que l’appelant a abattu la victime. Son avocat l’a admis dans son plaidoyer au jury. Ce que le juge Doherty a écrit dans l’affaire *Wade*, précitée, à la p. 66, est particulièrement pertinent:

Justice for the accused and the community is fully served by directing a new trial where the appellant may have his level of culpability determined according to law. Justice no longer requires a determination of whether he is culpable at all. That determination has been fairly made.

[TRADUCTION] La justice envers l’accusé et envers la collectivité est bien servie par l’ordonnance de nouveau procès, au cours duquel le niveau de culpabilité de l’appelant pourra être déterminé conformément à la loi. La justice ne requiert plus une décision à l’égard de la culpabilité elle-même. Cette décision a déjà été rendue de façon équitable.

74 These considerations lead me to conclude that the order to restrict the new trial to verdicts of manslaughter or second degree murder made pursuant to s. 686(8) was perfectly appropriate considering the nature and the extent of the wrong occasioned below and was required by justice in the special circumstances of this case.

Ces considérations m’amènent à conclure que l’ordonnance rendue en vertu du par. 686(8), restreignant le nouveau procès aux verdicts d’homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré était parfaitement appropriée, compte tenu de la nature et de l’étendue de l’erreur lors du procès, et que la justice l’exigeait vu les circonstances spéciales de l’espèce.

75 Before examining the second issue, I would like to briefly comment on the Chief Justice’s view at para. 27, that it could be detrimental to the accused to have a limited new trial in a case dealing with intent and intoxication since the law on these issues has changed since the appellant’s first trial was held. To illustrate his point, the Chief Justice refers to this Court’s decision in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, and the enactment of s. 33.1 of the *Criminal Code* dealing with the defence of self-induced intoxication. Such a change in the law, where relevant and available on the facts, might be a reason to decline to make an order for a restricted verdict under s. 686(8). However, no such change touched this case. There is no sugges-

Avant d’aborder la deuxième question en litige, j’aimerais commenter brièvement l’opinion du Juge en chef, au par. 27 de ses motifs, selon laquelle la tenue d’un nouveau procès sur un nombre limité de questions dans une affaire portant sur l’intention et l’intoxication pourrait être préjudiciable à l’accusé étant donné l’évolution du droit sur ces questions depuis le premier procès de l’appelant. Pour illustrer ce point, le Juge en chef cite l’arrêt de notre Cour dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, ainsi que la promulgation de l’art. 33.1 du *Code criminel* qui porte sur la défense d’intoxication volontaire. Une telle évolution du droit, dans la mesure où elle est pertinente et a une incidence sur les faits, pourrait être un motif pour refu-

tion that the appellant was in a state resembling that of extreme intoxication akin to automatism as per *Daviault, supra*. The only matter left in doubt at the end of the appeal was whether the accused was guilty of murder or manslaughter.

V. The Motion for Extension of Time and to Order a New Trial

On appeal, the Crown filed two affidavits to support its position that it would be prejudiced in the conduct of a new trial due to the destruction of exhibits and opposed the motion for extension of time on that basis. The appellant does not agree that the application for extension of time should have been tied to the determination that a new trial ought to be ordered upon a limited basis. Furthermore, the appellant submits that, in determining whether s. 686(8) required a restricted new trial, the Court of Appeal erred in relying on affidavits tendered by the Crown in relation to the motion for extension of time.

It is clear from the decision of the Court of Appeal that it was in the interest of economy of judicial time that the court decided to hear both matters together rather than consecutively. There is no indication that the appellant objected to that decision at the time. Furthermore, the appellant does not demonstrate that he suffered any real prejudice from that decision, apart from his claim that the admission of the affidavits in the conviction appeal gave the Crown an unfair advantage since it permitted the Crown to introduce new evidence and took the appellant by surprise. The appellant could not possibly have been surprised by the Crown's use of the affidavits. The Crown submitted that, if a new trial was ordered, it would seek to restrict the scope of that new trial and would then rely in part on the loss of some evidence to support its position. Therefore, I conclude that the Court of Appeal did not err in hearing the

ser de rendre une ordonnance restreignant les verdicts possibles en vertu du par. 686(8). Toutefois, aucun changement de cette nature n'a affecté le présent pourvoi. Rien n'indique que l'appellant était dans un état ressemblant à l'intoxication extrême équivalant à l'automatisme, au sens de *Daviault*, précité. La seule question sur laquelle planait encore un doute une fois l'appel entendu était de savoir si l'accusé était coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable.

V. La requête en prolongation de délai et en obtention d'une ordonnance de nouveau procès

En appel, le ministère public a déposé deux affidavits au soutien de sa position qu'il subirait un préjudice dans le cadre d'un nouveau procès en raison de la destruction de pièces, et il a contesté la requête en prolongation du délai pour ce motif. L'appellant n'est pas d'accord que la demande de prolongation du délai devait être liée à la décision concernant la tenue d'un nouveau procès sur un nombre limité de questions. De plus, l'appellant avance que, dans sa décision sur la question de savoir si le par. 686(8) exigeait la tenue d'un nouveau procès sur un nombre limité de questions, la Cour d'appel a commis une erreur en se fondant sur les affidavits produits par le ministère public dans le cadre de la requête en prolongation du délai.

Il ressort clairement de la décision de la Cour d'appel que c'est dans le but d'économiser le temps de la cour que celle-ci a décidé d'entendre les deux requêtes en même temps plutôt que l'une après l'autre. Rien n'indique que l'appellant se soit opposé à cette décision à ce moment-là. De plus, l'appellant n'a pas démontré qu'il avait subi un préjudice réel en raison de cette décision, indépendamment de sa prétention que l'admission des affidavits dans le cadre de l'appel de la déclaration de culpabilité a donné un avantage inéquitable au ministère public parce que cela lui avait permis de produire une nouvelle preuve et de prendre l'appellant par surprise. L'utilisation d'affidavits par le ministère public n'a pas pu prendre l'appellant par surprise. Le ministère public avait indiqué que, si la tenue d'un nouveau procès était ordonnée, il tenterait de restreindre sa portée en invoquant, entre autres, la perte d'une partie de la preuve à l'appui

76

77

motion to extend time at the same time as the appeal and in relying on the Crown's affidavits.

VI. Conclusion

78

In conclusion, I find that s. 686(8) accords broad powers to the Court of Appeal to grant remedies tailored to the errors made at trial and includes the power to make any ancillary order limiting the issues of a new trial. These broad powers are only limited by what "justice requires". What is required by justice will vary depending on particular circumstances and should be determined on a case-by-case basis. An order restricting the new trial to limited verdicts is an exceptional remedy that will be required by justice in "special circumstances". Such an order may be appropriate where there is no doubt that the accused committed the criminal act and the only outstanding issue relates to the legal quality of that act. Applying these principles, I am of the opinion that the Court of Appeal's order restricting the new trial to limited verdicts of manslaughter or second degree murder, in this case, was appropriate given the special circumstances and in accordance with the requirements of justice.

VII. Disposition

79

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed and full new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

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

de sa prétention. Je conclus donc que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en entendant la requête en prolongation du délai en même temps que l'appel et en se fondant sur les affidavits du ministère public.

VI. Conclusion

En conclusion, je suis d'avis que le par. 686(8) confère de larges pouvoirs à la Cour d'appel pour accorder des réparations adaptées aux erreurs commises au procès, dont le pouvoir de rendre toute ordonnance accessoire limitant les questions qui font l'objet d'un nouveau procès. Ces larges pouvoirs sont limités uniquement par ce que «la justice exige». Ce que la justice exige dépend des circonstances particulières et doit être déterminé cas par cas. Une ordonnance restreignant le nouveau procès à un nombre limité de verdicts est une réparation exceptionnelle que la justice exigera dans des «circonstances spéciales». Une ordonnance de cette nature peut être appropriée lorsqu'il n'existe aucun doute que l'accusé a commis l'acte criminel et que la seule question non résolue a trait à la qualification juridique de cet acte. Appliquant ces principes, je suis d'avis qu'en l'espèce, l'ordonnance de la Cour d'appel restreignant le nouveau procès aux verdicts limités d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré était appropriée, étant donné les circonstances spéciales, et conforme aux exigences de la justice.

VII. Dispositif

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli et nouveau procès complet ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

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