

William Clyde Hubert Hayes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HAYES

File No.: 19980.

1988: October 6; 1989: January 19.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Criminal law — Miscarriage of justice — Conviction appealed — Transcript of evidence — Gaps in transcript of trial — One gap involving portion of charge to jury — Whether or not want of complete transcript amounting to miscarriage of justice warranting new trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 609(2), 613(1)(a)(iii).

Criminal law — Evidence — Accomplices — Un corroborated evidence of accomplice — Charge to jury — Circumstances in which trial judge need explicitly warn a jury of the dangers of accepting such evidence.

Appellant and another were charged with first degree murder and tried separately. The dispute primarily concerned the respective roles of appellant and the co-accused: each accused the other of robbing and fatally stabbing the victim. Appellant was convicted of first degree murder and sentenced to life imprisonment with no chance of parole for twenty-five years. The co-accused was convicted of second degree murder and sentenced to life imprisonment with no chance of parole for twenty years.

Appellant appealed his conviction. A malfunction of the transcribing equipment resulted in gaps in the transcription of the proceedings received prior to the appeal hearing. One gap related to the judge's charge to the jury. It was filled by a narrative supplied by the trial judge based on his notes.

Two principal issues were raised in this appeal. The first involves whether the inability to prepare a proper and full transcript of the trial proceedings prior to an appeal comprises a miscarriage of justice warranting a new trial. The second issue addresses the circumstances in which a trial judge need explicitly warn a jury of the

William Clyde Hubert Hayes *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. HAYES

N° du greffe: 19980.

1988: 6 octobre; 1989: 19 janvier.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

c

Droit criminel — Erreur judiciaire — Appel de la déclaration de culpabilité — Transcription de la preuve — Lacunes dans la transcription du procès — Passage manquant dans l'exposé au jury — L'absence de transcription complète constitue-t-elle une erreur judiciaire donnant ouverture à un nouveau procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 609(2), 613(1)a(iii).

d

Droit criminel — Preuve — Complices — Témoignage non corroboré d'un complice — Exposé au jury — Circonstances dans lesquelles un juge du procès doit prévenir expressément un jury du danger d'accepter le témoignage non corroboré d'un complice.

e

L'appellant et une autre personne ont été accusés de meurtre au premier degré et ont subi leur procès séparément. Le différend portait essentiellement sur les rôles respectifs de l'appellant et du coaccusé: chacun a accusé l'autre d'avoir volé la victime et de l'avoir poignardée. L'appellant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans pouvoir obtenir de libération conditionnelle avant vingt-cinq ans. Le coaccusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans pouvoir obtenir de libération conditionnelle avant vingt ans.

f

g

L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité. La transcription du procès transmise avant l'audition de l'appel comportait des lacunes en raison du mauvais fonctionnement de l'appareil servant à la transcription. Une de ces lacunes était un passage de l'exposé du juge au jury. Elle a été remplacée par un résumé fourni par le juge et fondé sur ses propres notes.

h

Le pourvoi soulève deux questions principales. La première consiste à déterminer si l'incapacité de préparer une transcription adéquate et complète des procédures du procès avant l'audition d'un appel constitue une erreur judiciaire qui justifie la tenue d'un nouveau procès. La seconde porte sur les circonstances dans

dangers of accepting uncorroborated testimony of an accomplice.

Held (McIntyre, Lamer and Sopinka JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: No miscarriage of justice occurred in the circumstances of this case. The appellant had a just and fair trial before his peers. A new trial need not be ordered for every gap in a transcript. As a general rule, there must be a serious possibility that there was an error in the missing portion of the charge, or that the omission deprived the appellant of a ground of appeal.

The facts of this case do not meet this test. There was no "serious possibility of error" in the missing portion of the charge to the jury. The notes of the trial judge were no doubt accurate, the jury had copies of the *Criminal Code* provisions, and no objection was made by counsel to the charge.

There is no "fixed and invariable rule" regarding the appropriate charge with respect to the testimony of accomplices. Rather, an approach tailored to the particular case should be adopted instead of assuming that all accomplices are inherently untrustworthy as witnesses. The trial judge here drew the jury's attention to the fact that the co-accused was an accomplice and this warning, combined with the discretion allowed the trial judge with respect to the testimony of an accomplice, was sufficient to dismiss the second ground of appeal. The failure to give a clearer or sharper warning than the one given could not have resulted in a miscarriage of justice.

Per McIntyre, Lamer and Sopinka JJ. (dissenting): While section 609(2) clearly requires that a record of trial proceedings be kept, not every failure to comply with its reporting requirements will automatically entitle an appellant to a new trial. The effect of the gaps must be considered in relation to any possible prejudice to an appellant's ability to appeal a conviction. As a general rule, a new trial will only be ordered where there is some reason to believe that there may possibly have been an error in the passage of the charge which was missing or that the omission otherwise may have deprived the appellant of a ground of appeal:

The statutory requirements of s. 609(2)(b) were clearly violated here and the summary based in part on the trial judge's notes and provided by him had no curative effect. Appeals based upon allegedly inaccurate charges

lesquelles un juge du procès doit prévenir expressément un jury du danger d'accepter le témoignage non corroboré d'un complice.

Arrêt (les juges McIntyre, Lamer et Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé: Il n'y a eu aucun déni de justice dans les circonstances de cette affaire. L'appelant a eu un procès juste et équitable devant ses pairs. Un nouveau procès ne sera pas ordonné chaque fois qu'une transcription est incomplète. De façon générale, il doit y avoir une possibilité sérieuse que la partie manquante de la transcription contienne une erreur, ou que cette omission ait privé l'appelant d'un moyen d'appel.

Les faits de la présente instance ne rencontrent pas ce test. Il n'y a aucune «possibilité sérieuse d'erreur» dans la portion manquante de l'exposé au jury. Les notes du juge de première instance présentent certainement un récit fidèle de son exposé, le jury a reçu copie des articles pertinents du *Code criminel* et l'avocat de l'appelant n'a pas formulé d'objection quant à l'exposé.

Il n'existe pas de «règle fixe et invariable» pour l'exposé relativement au témoignage des complices. Au contraire, il convient de choisir une approche adaptée aux circonstances de chaque cas au lieu de présumer que le témoignage des complices est nécessairement non digne de foi. Dans la présente affaire, le juge du procès a attiré l'attention des jurés sur le fait que le coaccusé était un complice et cette mise en garde, à la lumière de la discrétion accordée au juge du procès quant au témoignage d'un complice, est suffisante pour rejeter le deuxième moyen d'appel. L'absence d'une mise en garde plus claire et précise que celle qui a été donnée ne peut avoir causé un déni de justice.

Les juges McIntyre, Lamer et Sopinka (dissidents): Bien que le par. 609(2) impose clairement l'obligation de conserver une transcription des procédures du procès, chaque inobservation des conditions concernant la transcription ne donne pas automatiquement à l'appelant le droit à un nouveau procès. Il faut considérer l'effet des lacunes de la transcription du point de vue de toute atteinte possible à la capacité de l'appelant d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité. En règle générale, un nouveau procès ne sera ordonné que s'il y a des motifs de croire qu'il a pu y avoir erreur dans la partie manquante de l'exposé ou que l'omission a pu par ailleurs priver l'appelant d'un motif d'appel.

Il est clair que les exigences de l'al. 609(2)(b) ont été violées et le résumé fourni par le juge de première instance et fondé en partie sur ses propres notes n'a aucun effet curatif. Les appels fondés sur des exposés au

to the jury often turn on a few specific words, or specific sentences. It is not clear that in delivering his charge the trial judge followed his notes verbatim. The third gap in the transcript involved the charge to the jury which is a central element of a murder trial and dealt with the elements or requirements of murder.

A clear and sharp warning as to the unreliability of the uncorroborated evidence of an accomplice ought to have been given in the special circumstances of this case.

Both the failure to properly charge the jury and the incomplete record of the proceedings by virtue of the gap in the transcript must be considered in assessing if there has been a miscarriage of justice. In the unique and special circumstances of this case, neither of the two grounds individually might have been sufficient to warrant a new trial but cumulatively they created an appearance of a miscarriage of justice.

Cases Cited

By *L'Heureux-Dubé J.*

Applied: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Horvat (1977), 34 C.C.C. (2d) 73, leave to appeal refused [1977] 1 S.C.R. viii; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 205, 212, 213, 302, 609(2), 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (1985), 67 N.S.R. (2d) 234, dismissing an appeal from conviction by Burchell J. sitting with jury. Appeal dismissed, McIntyre, Lamer and Sopinka JJ. dissenting.

Craig M. Garson, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest and *L'Heureux-Dubé JJ.* was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—On the evening of Wednesday, October 5, 1983 an 80-year-old gen-

jury que l'on prétend inexacts portent souvent sur quelques mots ou phrases spécifiques. Il n'est pas certain qu'en faisant son exposé le juge du procès a suivi ses notes à la lettre. La troisième partie manquante de la transcription était une partie de l'exposé au jury qui est un élément central d'un procès pour meurtre, et qui traitait des éléments constitutifs du meurtre.

Une mise en garde claire et précise quant à l'absence de crédibilité du témoignage non corroboré d'un complice aurait dû être donnée dans les circonstances particulières de cette affaire.

Pour décider s'il y a eu erreur judiciaire, il faut considérer à la fois l'absence de mise en garde appropriée au jury et le caractère incomplet du dossier des procédures en raison des lacunes dans la transcription. Compte tenu des circonstances très particulières de cette affaire, aucun des deux moyens d'appel pris individuellement ne peut justifier à lui seul la tenue d'un nouveau procès, mais pris ensemble, ces deux moyens créent une apparence de déni de justice.

Jurisprudence

Citée par le juge *L'Heureux-Dubé*

Arrêt appliqué: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

Citée par le juge Sopinka (dissentant)

R. v. Horvat (1977), 34 C.C.C. (2d) 73, autorisation de pourvoi refusée [1977] 1 R.C.S. viii; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 205, 212, 213, 302, 609(2), 613(1)(a)(iii), (b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1985), 67 N.S.R. (2d) 234, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Burchell siégeant avec jury. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre, Lamer et Sopinka sont dissidents.

Craig M. Garson, pour l'appellant.

Kenneth W. F. Fiske, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest et *L'Heureux-Dubé* a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Dans la soirée du mercredi 5 octobre 1983, un vieillard de 80 ans est

tleman, sitting in his car outside the Glace Bay public library, was approached by the appellant Hayes and Elmer King. The two youths asked him to drive them to a bootlegger. When they assured him he could not get into trouble for doing so, he consented. It cost him his life. At knife point, he was ordered to drive onto a deserted gravel road where he was robbed, stabbed repeatedly, and left to die.

Both the appellant Hayes and King were arrested and charged with first degree murder. They were tried in separate trials. At Hayes' trial, King testified that it was Hayes who fatally stabbed the deceased. Hayes did not testify at the subsequent trial of King. King was convicted of second degree murder. The jury in the Hayes trial took no time to deliver a guilty verdict. Hayes was convicted of first degree murder and sentenced to life imprisonment with no eligibility for parole for twenty-five years.

The appellant appealed the conviction to the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court (1985), 67 N.S.R. (2d) 234. The appeal was dismissed by a unanimous bench of five judges.

The issue in this case is not murder: there was a murder. It is not premeditation: there was premeditation. The issues raised in this case concern essentially the charge of the trial judge to the jury and the problem of missing portions of the trial transcript.

The two questions to be dealt with by this Court are set out in the factum of the respondent as follows:

1. Did the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia err in law in holding that the inability of the Attorney General of Nova Scotia to prepare a proper transcript of the proceedings at trial did not result in a miscarriage of justice?
2. Did the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia err in law in holding that the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code could be used where at trial the learned trial Judge

approché par l'appelant Hayes et Elmer King alors qu'il est au volant de sa voiture, devant la bibliothèque municipale de Glace Bay. Les deux jeunes gens lui demandent de les conduire chez un contrebandier. Après avoir été rassuré qu'il ne s'attirerait pas d'ennuis, il consent à les y conduire. Cela devait lui coûter la vie. À la pointe du couteau, on l'oblige à se rendre sur une route de gravier déserte où on le vole, on le poignarde à plusieurs reprises et, blessé à mort, on l'abandonne à son sort.

L'appelant Hayes ainsi que King furent tous deux arrêtés et accusés de meurtre au premier degré. Ils subirent leur procès séparément. Au procès de Hayes, King témoigna que Hayes était l'auteur des coups de poignard mortels assenés à la victime. Hayes n'a pas témoigné au procès de King, procès qui a eu lieu subséquemment. King fut déclaré coupable de meurtre au second degré. Au procès de Hayes, le jury rendit rapidement un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré. Il fut condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans libération conditionnelle avant une période de vingt-cinq ans.

L'appelant s'est pourvu en appel contre ce verdict devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1985), 67 N.S.R. (2d) 234. Le pourvoi fut rejeté à l'unanimité par les cinq membres de la Cour.

La question dans la présente affaire n'est pas de savoir s'il y a eu meurtre: il y a eu meurtre. Elle n'est pas non plus de savoir s'il y a eu préméditation: il y a eu préméditation. Le débat porte uniquement sur l'exposé du juge au jury et le problème créé par l'absence d'une partie de la transcription des notes du procès.

L'intimée décrit comme suit les deux questions que soulève le présent litige.

- [TRADUCTION] 1. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a-t-elle erré en droit en décidant que le défaut du procureur général de la Nouvelle-Écosse d'effectuer une transcription fidèle de l'audition du procès n'a pas entraîné un déni de justice?
2. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a-t-elle erré en décidant que les dispositions curatives du sous-al. 613(1)(b)(iii) du Code criminel pouvaient être utilisées lorsque, lors du procès, le

failed to give the Jury a clear and sharp warning to attract their attention to the risks of adopting the evidence of the co-accused on a trial for first degree murder?

I am of the view that Macdonald J.A. of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, correctly disposed of the appeal.

In my opinion, no miscarriage of justice occurred in the circumstances of this case. The appellant had a just and fair trial before his peers. The jury, without need for lengthy deliberation, came to the conclusion that he was guilty of first degree murder.

The first two gaps in the transcript could not conceivably have prejudiced the appellant. They consisted essentially of conversations between the trial judge and counsel.

It is the third gap which is problematic. A portion of Burchell J.'s charge to the jury is missing from the transcript. Macdonald J.A. describes the gap as follows at p. 237 of his reasons:

The last omission relates to the instructions given the jury by Mr. Justice Burchell on homicide, murder and robbery. The gap in the transcript was filled by a narrative supplied by the trial judge based on what his notes indicated was his charge on these matters. He subsequently certified that his charge to the jury was accurately set forth in the transcript of the proceedings as contained in the case on appeal.

A new trial need not be ordered for every gap in a transcript. As a general rule, there must be a serious possibility that there was an error in the missing portion of the transcript, or that the omission deprived the appellant of a ground of appeal.

In my view, the facts of this case do not meet this test. I see no "serious possibility of error" in the missing portion of the charge to the jury. I have no doubt that the notes of Burchell J. are an accurate account of the charge he gave to the jury. As Macdonald J.A. points out, the jury was provided with copies of the relevant *Criminal Code* sections. Further, immediately after Burchell J.'s

judge a omis d'effectuer une mise en garde claire et précise au jury sur les dangers d'accepter le témoignage d'un coaccusé dans un procès pour meurtre au premier degré?

^a J'estime que le juge Macdonald de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse n'a pas commis d'erreur dans la disposition de l'appel.

^b Je suis d'opinion qu'il n'y a eu aucun déni de justice dans les circonstances de cette affaire. L'appellant a eu un procès juste et équitable devant ses pairs. Le jury, sans avoir dû délibérer longuement, en est venu à la conclusion qu'il était coupable de meurtre au premier degré.

^c Il m'apparaît inconcevable que les deux premières lacunes dans la transcription aient pu causer un préjudice à l'appellant. Ces parties manquantes consistaient essentiellement en un dialogue entre le juge du procès et les avocats.

^d C'est la troisième qui fait problème. Une partie de l'exposé du juge Burchell au jury n'a pas été transcrite. Le juge Macdonald décrit ainsi cette lacune à la p. 237 de ses motifs:

^e [TRADUCTION] La dernière partie manquante a trait aux directives données au jury par le juge Burchell relativement aux infractions d'homicide, de meurtre et de vol. La lacune dans la transcription a été comblée par une narration faite par le juge du procès fondée sur ce que ses notes indiquaient comme étant son exposé à cet égard. Il a par la suite attesté que son exposé au jury avait été adéquatement reproduit dans la transcription des procédures telle que contenue au dossier en appel.

^f Un nouveau procès ne sera pas ordonné chaque fois qu'une transcription est incomplète. De façon générale, il doit y avoir une possibilité sérieuse que la partie manquante de la transcription contienne une erreur, ou que cette omission ait privé l'appellant d'un moyen d'appel.

^g J'estime que les faits de la présente instance ne rencontrent pas ce test. Je ne vois pas de «possibilité sérieuse» d'erreur dans la portion manquante de l'exposé au jury. Je n'entretiens aucun doute que les notes du juge Burchell présentent un récit fidèle de son exposé au jury. Comme le souligne le juge Macdonald, le jury a reçu copie des articles pertinents du *Code criminel*. En outre, immédiate-

charge on the relevant law, and before he proceeded with the portion of the charge dealing with the evidence, Burchell J. recessed and asked counsel if they had any objections. It is important to note, as did Macdonald J.A., that counsel for the appellant at trial did not object to the charge with respect to the particular *Criminal Code* sections.

The second issue raised in this appeal has to do with the trial judge's charge to the jury relating to accomplice evidence. I would like to emphasize that this case illustrates the dangers and difficulties which may arise when co-accuseds are not jointly tried.

The decision of this Court in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, stands for the proposition that there was no "fixed and invariable rule" regarding the appropriate charge with respect to the testimony of accomplices. Instead of assuming that all accomplices are inherently untrustworthy as witnesses, Dickson J. (as he then was) advocated an approach tailored to the particular case. He wrote at p. 823:

Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then, regardless of whether the witness is technically an 'accomplice' no warning is necessary.

In the present case, the trial judge drew the jury's attention to the fact that King was an accomplice to the accused Hayes. He stated:

Now, I am sure your common sense and experience will tell you that it often happens when two persons are involved in some criminal activity that one will try to place the blame on the other to shield himself, sometimes for reasons of spite, sometimes for other reasons. There is also the possibility that where two persons are involved in a criminal activity, each, either at the same time or in turn, may attempt to place the blame on the other. These are possibilities that I am sure are obvious to you but you must have them in mind as you weigh the testimony that has been placed before you in your effort

ment après l'exposé du juge au jury sur la législation applicable et avant qu'il ne procède à cette partie de son exposé traitant de la preuve, le juge Burchell a ajourné et demandé aux avocats s'ils avaient des objections à formuler. Il importe de noter, comme l'a fait le juge Macdonald, que l'avocat de l'appelant au procès n'a pas formulé d'objection en ce qui concerne les articles applicables du *Code criminel*.

La deuxième question que soulève cet appel a trait à l'exposé du juge au jury relativement à la preuve de complicité. J'aimerais souligner ici que cette affaire illustre les dangers et les difficultés qui peuvent se soulever lorsque des coaccusés subissent des procès séparés.

L'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811 indique qu'il n'existe pas de «règle unique et invariable» pour l'exposé relativement au témoignage des complices. Au lieu de présumer que le témoignage des complices est nécessairement non digne de foi, le juge Dickson (alors juge puîné) a préconisé une approche adaptée aux circonstances de chaque cas. Il a écrit à la p. 823:

Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un «complice» ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire.

Dans la présente affaire, le juge du procès a attiré l'attention des jurés sur le fait que King était le complice de l'accusé Hayes. Le juge a dit:

[TRADUCTION] Alors, je suis sûr que votre bon sens et votre expérience vous diront qu'il arrive souvent, lorsque deux personnes sont impliquées dans une activité criminelle, que l'une tentera de jeter le blâme sur l'autre pour se protéger elle-même, quelquefois par dépit, quelquefois pour d'autres raisons. La possibilité existe aussi que lorsque deux personnes sont impliquées dans une activité criminelle, chacune, simultanément ou l'une après l'autre, puisse tenter de jeter le blâme sur l'autre. Ce sont là des éventualités qui, j'en suis sûr, vous paraissent évidentes mais vous devez les garder à l'esprit lorsque vous

to arrive at a determination as to which witnesses are to be believed and to what extent they are to be believed.

In my view, this warning, combined with the discretion allowed by *Vetrovec, supra*, are sufficient to dismiss the second ground of appeal. On the facts of the present case I cannot see how the failure to give a clearer or sharper warning than the one given has resulted in a miscarriage of justice.

In the result, I do not find that the two grounds of appeal, either separately or in combination, give rise to the appearance of a failure of justice. I would accordingly dismiss the appeal.

The reasons of McIntyre, Lamer and Sopinka JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—Two principal issues were raised in this appeal. The first involves whether the inability to prepare a proper and full transcript of the trial proceedings prior to an appeal comprises a miscarriage of justice warranting a new trial. The second issue addresses the circumstances in which a trial judge need explicitly warn a jury of the dangers of accepting uncorroborated testimony of an accomplice.

Facts

Hayes was convicted of first degree murder in March 1984 before Burchell J. of the Nova Scotia Supreme Court and a jury. The appellant was sentenced to life imprisonment with no eligibility for parole for twenty-five years.

The circumstances giving rise to this charge and conviction concern the murder of Edmund Foster. On the evening of October 5, 1983, the deceased, Foster, agreed to drive the appellant and Elmer King to a bootlegger. After the three drove outside the town of Glace Bay, a knife was held to Foster and he was robbed of his wallet. King then drove the car off the main highway to a rather deserted location where Foster was repeatedly stabbed with a knife. Foster died at the scene as a result of these wounds. The appellant and King then drove the

pèserez les témoignages que vous avez entendus afin de déterminer quels témoins croire et dans quelle mesure ils peuvent être crus.

a Je suis d'avis que cette mise en garde, à la lumière de la discrétion permise par *Vetrovec*, précitée, est suffisante pour rejeter ce deuxième moyen d'appel. Compte tenu des faits de l'espèce, je ne peux pas voir comment l'absence d'une mise en garde plus claire et précise que celle-ci peut avoir causé un déni de justice.

c Par conséquent, je ne crois pas que les deux moyens d'appel, traités séparément ou non, puissent donner ouverture à une apparence de déni de justice. En conséquence, je rejetterais l'appel.

Version française des motifs des juges McIntyre, Lamer et Sopinka rendus par

d LE JUGE SOPINKA (dissident)—Ce pourvoi soulève deux questions principales. La première consiste à déterminer si l'incapacité de préparer une transcription adéquate et complète des procédures du procès avant l'audition d'un appel constitue une erreur judiciaire qui justifie la tenue d'un nouveau procès. La seconde porte sur les circonstances dans lesquelles un juge du procès doit prévenir expressément un jury du danger d'accepter le témoignage non corroboré d'un complice.

Les faits

g Hayes a été déclaré coupable de meurtre au premier degré au mois de mars 1984 devant le juge Burchell de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et un jury. L'appellant a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité avec délai préalable de vingt-cinq ans à sa libération conditionnelle.

h Les circonstances à l'origine de cette accusation et de cette déclaration de culpabilité concernent le meurtre de Edmund Foster. Le soir du 5 octobre 1983, la victime, Foster, a accepté de conduire l'appellant et Elmer King chez un trafiquant d'alcool. Quand les trois furent à l'extérieur de la ville de Glace Bay, Foster, sous la menace d'un couteau, fut dépouillé de son portefeuille. King a alors pris le volant de la voiture et quitté la route principale en direction d'un endroit désert où Foster a été poignardé à plusieurs reprises. Foster

deceased's car back into Glace Bay where it was set on fire.

Both the appellant and King were subsequently arrested and charged with first degree murder relating to the death of Foster. At Hayes' trial, King testified that the robbery and murder were both carried out by Hayes. In turn, Hayes took the stand and claimed that it was King who robbed and fatally stabbed Foster. The dispute primarily concerned the respective roles of Hayes and King.

Following the conviction of the appellant, King was tried for murder relating to the same incident. The jury returned a verdict of guilt on second degree murder. King was sentenced to life imprisonment with no chance of parole for twenty years.

The appellant launched an appeal of his conviction before the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court (*R. v. Hayes* (1985), 67 N.S.R. (2d) 234). However, when the transcripts of the trial were received prior to the appeal hearing, it was evident that there were gaps in the transcription of the proceedings. Apparently the gaps resulted from a malfunction of the transcribing equipment.

Incomplete Transcript

The first ground of appeal before this Court is that the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court erred in holding that the inability of the Attorney-General of Nova Scotia to provide a full transcript of the appellant's trial did not comprise a miscarriage of justice. Macdonald J.A. of the N.S.S.C.A.D. described the three gaps in the transcript as follows:

1. A discussion between counsel and Mr. Justice Burchell after the close of the second day of the trial.
2. A discussion between counsel and Mr. Justice Burchell with respect to the cross examination of the appellant on his juvenile record.

est décédé sur les lieux par suite de ces blessures. L'appelant et King ont alors ramené la voiture de Foster à Glace Bay et y ont mis feu.

L'appelant et King ont été arrêtés ultérieurement et accusés du meurtre au premier degré de Foster. Au procès de Hayes, King a témoigné que Hayes était l'auteur du vol et du meurtre. Témoignant à son tour, Hayes a affirmé que c'était King qui avait volé et poignardé mortellement Foster. Le différend portait essentiellement sur les rôles respectifs de Hayes et de King.

Après la déclaration de culpabilité de l'appelant, King a subi son procès pour meurtre à l'égard des mêmes événements. Dans son verdict, le jury a déclaré King coupable de meurtre au second degré. Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité avec délai préalable de vingt ans à sa libération conditionnelle.

L'appelant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (*R. v. Hayes* (1985), 67 N.S.R. (2d) 234). Cependant, lorsque la transcription du procès a été transmise avant l'audition de l'appel, on a constaté qu'il y avait des portions manquantes dans la transcription des procédures. Cela était apparemment dû au mauvais fonctionnement de l'appareil servant à la transcription.

La transcription incomplète

Selon le premier moyen d'appel devant cette Cour, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a commis une erreur en décidant que l'incapacité du procureur général de la Nouvelle-Écosse de fournir une transcription complète du procès de l'appelant ne constituait pas une erreur judiciaire. Le juge Macdonald de la Division d'appel a décrit les trois parties manquantes de la transcription de la façon suivante:

[TRADUCTION]

1. Une discussion entre l'avocat et le juge Burchell après la clôture de la deuxième journée d'audience au procès.
2. Une discussion entre l'avocat et le juge Burchell au sujet du contre-interrogatoire de l'appelant sur son dossier judiciaire juvénile.

3. A portion of Mr. Justice Burchell's charge to the jury on which he gave his initial instructions on **Code** s. 205 (homicide), s. 212 (murder), s. 213 (constructive murder) and s. 302 (robbery).

The *Criminal Code* requires that a transcript of the proceedings at trial be prepared. Section 609(2) provides:

609. ...

(2) A copy or transcript of

- (a) the evidence taken at trial,
- (b) the charge to the jury, if any,
- (c) the reasons for judgment, if any, and
- (d) the addresses of the prosecutor and the accused or counsel for the accused by way of summing up, if
 - (i) a ground for the appeal is based upon either of the addresses, or
 - (ii) the appeal is pursuant to section 604,

shall be furnished to the court of appeal, except in so far as it is dispensed with by order of a judge of that court.

Clearly s. 609(2) establishes a mandatory requirement that a record of trial proceedings be kept. The breach of this provision was recognized by Macdonald J.A. in the court below. However the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court was not persuaded that the non-transcription of the three portions of the appellant's trial amounted to a miscarriage of justice.

Redress for non-compliance with s. 609(2) is provided for in s. 613(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, 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

3. Une partie de l'exposé du juge Burchell au jury dans laquelle il a formulé ses premières directives au sujet de l'art. 205 (l'homicide), l'art. 212 (le meurtre), l'art. 213 (le meurtre par imputation) et l'art. 302 (le vol qualifié) du **Code**.

Le *Code criminel* exige la transcription des procédures du procès. Le paragraphe 609(2) prévoit:

609. ...

(2) Une copie ou transcription

- a) de la preuve recueillie au procès,
- b) de l'exposé du juge au jury, s'il en est,
- c) des motifs du jugement, s'il en est, et
- d) des exposés du poursuivant et de l'accusé ou de l'avocat de l'accusé par voie de résumé,
 - (i) si un motif d'appel repose sur l'un ou l'autre des exposés, ou
 - (ii) si l'appel est en application de l'article 604,

doit être fournie à la cour d'appel, sauf dans la mesure où dispense en est accordée par ordonnance d'un juge de cette cour.

Le paragraphe 609(2) impose clairement l'obligation de conserver une transcription des procédures du procès. Le juge Macdonald a reconnu que cette disposition avait été violée. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse n'était cependant pas convaincue que l'absence de transcription des trois parties du procès de l'appellant constituait une erreur judiciaire.

Le redressement pour violation du par. 609(2) est prévu au sous-al. 613(1)a)(iii) du *Code criminel*:

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appellant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

- (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 de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(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), or

(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;

Macdonald J.A. concluded that the first two gaps in the transcript did not result in a miscarriage of justice. In my opinion, this conclusion is correct as it is inconceivable that these gaps could have prejudiced the appellant's appeal rights to any meaningful degree.

The third gap in the transcript is somewhat more problematic. The charge to the jury is obviously a central element of a murder trial. The malfunctioning of the recording equipment resulted in the absence of a portion of the charge to the jury by Burchell J. The gap included a review of ss. 205 and 212 relating to the requirements of murder. As well, the missing portion of the transcript included the charge relating to s. 302 (robbery) which is one of the underlying offences to s. 213 (constructive murder). It would appear that the full charge relating to s. 213 itself was properly transcribed.

Evidently, Burchell J. was notified of the gaps in the transcript as the following proviso appears at the point of the transcript where the tape was blank:

(Due to the fact that a portion of the tape is blank Justice Burchell has perused his notes and has made the following comments regarding the missing portion.)

Macdonald J.A. appeared to rely in part upon this narrative provided by the trial judge in hold-

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, si

(i) la cour est d'avis que l'appellant, 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'appellant pour l'un quelconque des motifs mentionnés à l'alinéa a), ou

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

Le juge Macdonald a conclu que les deux premières parties manquantes de la transcription n'ont pas causé d'erreur judiciaire. À mon avis, cette conclusion est exacte puisqu'il est inconcevable que l'absence de ces deux parties puisse avoir porté atteinte aux droits d'appel de l'appellant de façon significative.

La troisième partie manquante de la transcription soulève d'autres problèmes. L'exposé au jury est évidemment un élément central d'un procès pour meurtre. En raison du mauvais fonctionnement de l'appareil servant à la transcription, il manque une partie de l'exposé du juge Burchell au jury. Cette partie comportait l'examen des art. 205 et 212 quant aux éléments constitutifs du meurtre, ainsi que l'exposé concernant l'art. 302 (vol qualifié) qui constitue l'une des infractions visées à l'art. 213 (meurtre par imputation). Il semble que la totalité de l'exposé concernant l'art. 213 lui-même ait été transcrite correctement.

Il est clair que le juge Burchell a été avisé des lacunes de la transcription puisque la note suivante apparaît aux endroits où le ruban est vierge:

[TRADUCTION] (Étant donné qu'une partie du ruban est vierge, le juge Burchell a lu ses notes et a fait les remarques suivantes concernant les passages manquants.)

Le juge Macdonald paraît s'être appuyé en partie sur les remarques du juge du procès pour

ing that there was no miscarriage of justice. As well, Macdonald J.A. held, at p. 237:

On the facts of this case there is no doubt that Mr. Foster was robbed and murdered. The only issues were whether the appellant was involved in either or both of these crimes and, if so, whether his conduct made him guilty of murder either in the first or second degree.

I agree with Macdonald J.A. that not every failure to comply with the reporting requirements of s. 609(2) will automatically entitle an appellant to a new trial. The British Columbia Court of Appeal expressed such a view in *R. v. Horvat* (1977), 34 C.C.C. (2d) 73. (Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was refused May 16, 1977, [1977] 1 S.C.R. viii).

In *R. v. Horvat* a transcript of the testimony of several witnesses was unavailable. Robertson J.A. speaking for the court held that a gap did not necessarily result in a miscarriage of justice. In that case, the trial judge had made available his own resumés of the missing testimony. Robertson J.A. then considered each witness whose testimony was not transcribed in an effort to determine if the failure to provide a full record of the trial may have resulted in a miscarriage of justice. Based on a detailed analysis of the potential testimony that each of the witnesses could have given, the B.C. Court of Appeal concluded that the absence of a complete transcript did not prejudice Horvat's appeal rights.

I agree that the correct approach is to consider the effect of the gaps in relation to any possible prejudice to an appellant's ability to appeal a conviction. The central role which the charge to the jury assumes in an appeal of a jury's verdict must be considered. However, not every gap in the transcript of a charge will justify granting a new trial. As a general rule, a new trial will only be ordered where there is some reason to believe that there may possibly have been an error in the passage of the charge which was missing or that the omission otherwise may have deprived the appellant of a ground of appeal.

conclure à l'absence d'erreur judiciaire. Le juge Macdonald a aussi affirmé, à la p. 237:

[TRADUCTION] D'après les faits de cette affaire, il ne fait pas de doute que M. Foster a été volé et tué. Les seules questions à trancher consistaient à déterminer si l'appelant était impliqué dans l'un de ces crimes ou les deux et, le cas échéant, si sa conduite l'avait rendu coupable de meurtre au premier ou au deuxième degré.

Je suis d'accord avec le juge Macdonald que chaque inobservation des conditions du par. 609(2) concernant la transcription ne donne pas automatiquement à l'appelant le droit à un nouveau procès. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a exprimé cette opinion dans l'arrêt *R. v. Horvat* (1977), 34 C.C.C. (2d) 73. (Autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada est refusée le 16 mai 1977, [1977] 1 R.C.S. viii).

Dans l'affaire *R. v. Horvat*, la transcription de la déposition de plusieurs témoins ne pouvait être obtenue. Le juge Robertson, au nom de la Cour d'appel, a conclu qu'une lacune dans la transcription ne donnait pas nécessairement lieu à une erreur judiciaire. Dans cette affaire, le juge du procès avait offert son propre résumé des dépositions manquantes. Le juge Robertson a ensuite examiné le cas de chaque témoin dont la déposition n'avait pas été transcrite afin de décider si l'incapacité de fournir une transcription complète du procès avait pu donner lieu à une erreur judiciaire. Après une analyse minutieuse de ce qu'aurait pu contenir la déposition de chaque témoin, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'absence de transcription complète n'avait pas porté atteinte aux droits d'appel de Horvat:

Je conviens que la bonne façon d'aborder cette question est de considérer l'effet des lacunes de la transcription du point de vue de toute atteinte possible à la capacité de l'appelant d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité. Le rôle capital que joue l'exposé au jury dans un appel du verdict du jury doit être examiné. Cependant une lacune dans la transcription d'un exposé ne pourra pas justifier dans chaque cas la tenue d'un nouveau procès. En règle générale, un nouveau procès ne sera ordonné que s'il y a des motifs de croire qu'il a pu y avoir erreur dans la partie manquante de l'exposé ou que l'omission a pu par ailleurs priver l'appelant d'un motif d'appel.

While a summary or narrative provided by a trial judge may in certain situations negate any possible miscarriage of justice, I do not believe that the comments provided by the trial judge have such a curative effect in this case. Appeals based upon allegedly inaccurate charges to the jury often turn on a few specific words, or specific sentences. Although the narrative here was based on what was said to the jury, it does not purport to be an exact transcript of the charge. The summary provided by Burchell J. was based in part on notes prepared prior to the delivery of his charge to the jury and it is by no means clear that he followed them verbatim.

The appellant has been denied the opportunity to examine the instructions to the jury, greatly restricting his ability to determine if an error was made. In general, it is more difficult to conclude that no miscarriage of justice occurred where the incomplete transcript omits important passages from the charge to the jury.

The Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court stated that the only issue was whether the appellant was involved in either or both of the robbery and murder. Admittedly there is no doubt that Foster was murdered. Both the appellant and King testified that the other had alone committed the stabbing.

I recognize that this makes the charge to the jury relating to ss. 205, 212 and 302 less relevant than in other situations. However, the fact that the central issue was which of the two men charged with the murder was telling the truth does not exempt the Crown from the necessity of proving all the requisite elements of murder. The trial judge is still required to charge the jury as to the elements of the offence and that they must be demonstrated beyond a reasonable doubt.

Clearly, there was a violation of the statutory requirements of s. 609(2)(b). In the circumstances of this case it is appropriate to consider the second ground of appeal before determining whether a miscarriage of justice occurred and a new trial should be ordered.

Bien qu'un résumé ou un récit offert par le juge du procès puisse dans certains cas prévenir toute erreur judiciaire possible, je ne crois pas que les remarques offertes par le juge du procès aient cet effet curatif en l'espèce. Les appels fondés sur des exposés au jury que l'on prétend inexacts portent souvent sur quelques mots ou phrases spécifiques. Bien qu'en l'espèce, le résumé soit fondé sur ce qui a été dit au jury, il ne représente pas une transcription exacte de l'exposé. Le résumé fourni par le juge Burchell était fondé en partie sur des notes qu'il avait préparées avant de présenter son exposé au jury et rien ne nous permet de croire qu'il les a suivies à la lettre.

L'appellant a été privé de la possibilité d'examiner les directives au jury, ce qui a considérablement restreint sa capacité de déterminer s'il y a eu erreur. De façon générale, il est plus difficile de conclure à l'absence d'erreur judiciaire lorsque d'importants passages de l'exposé au jury ne se trouvent pas dans la transcription.

La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a affirmé que la seule question consistait à déterminer si l'appellant avait participé au vol ou au meurtre ou aux deux crimes. Il ne fait aucun doute que Foster a été tué. L'appellant et King ont tous les deux témoigné que seul l'autre avait poignardé Foster.

J'admets que cela rend l'exposé au jury relatif aux art. 205, 212 et 302 moins pertinent que dans d'autres cas. Le fait que la question capitale était de savoir lequel des deux hommes accusés du meurtre disait la vérité ne libère cependant pas le ministère public de l'obligation d'établir tous les éléments du meurtre. Le juge du procès doit quand même donner au jury des directives sur les éléments de l'infraction et la nécessité qu'ils soient démontrés hors de tout doute raisonnable.

Il est clair que les exigences de la loi concernant l'al. 609(2)b) ont été violées. Dans les circonstances de l'espèce, il est approprié d'examiner le second moyen d'appel avant de décider s'il y a eu erreur judiciaire et s'il convient d'ordonner nouveau procès.

The Evidence of an Accomplice

The second issue in this appeal involves the question of whether or not the trial judge was obliged to caution the jury of the dangers of accepting the evidence of King. The appellant argues that the jury should have been given a clear and sharp warning to attract their attention to the risks of adopting the evidence of a co-accused such as King.

In *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, this Court put an end to the fixed and inflexible rule which made it mandatory that a warning be given to the jury with respect to the evidence of any accomplice.

Dickson J. (as he then was) recognized that the underlying concern had been that the evidence of some witnesses need be approached with caution where the witness's trustworthiness was in question. It had been argued that an accomplice could not be trusted since he would want to suggest his innocence or minor participation in the crime by transferring the blame to others.

At page 823, Dickson J. held:

None of these arguments can justify a fixed and invariable rule regarding all accomplices. All that can be established is that the testimony of some accomplices may be untrustworthy. But this can be said of many other categories of witnesses. There is nothing inherent in the evidence of an accomplice which automatically renders him untrustworthy. . . . Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly.

Dickson J., however, added the following admonition at p. 831:

It does not, however, always follow that the presiding justice may always simply turn the jury loose upon the evidence without any assisting analysis as to whether or not a prudent finder of fact can find confirmation somewhere in the mass of evidence of the evidence of a witness. Because of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not

Le témoignage d'un complice

La deuxième question dans ce pourvoi est de savoir si le juge du procès devait prévenir le jury du danger d'accepter le témoignage de King. L'appelant prétend que le jury aurait dû recevoir une mise en garde claire et précise pour attirer son attention sur les dangers de se fier à la déposition d'un coaccusé comme King.

Dans l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, la Cour a mis fin à la règle unique et rigide selon laquelle le jury devait être mis en garde quant au témoignage de tout complice.

Dans cette affaire, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a reconnu que la raison sous-jacente d'une telle règle était que la déposition de certains témoins devait être abordée avec prudence lorsque leur crédibilité était mise en doute. On avait prétendu qu'un complice ne pouvait être digne de foi puisqu'il tenterait de faire valoir son innocence ou sa participation négligeable au crime en reportant le blâme sur les autres.

Le juge Dickson a affirmé, à la p. 823:

Aucun de ces arguments ne justifie une règle unique et invariable pour tous les complices. Tout ce qu'on peut établir, c'est que le témoignage de certains complices peut ne pas être digne de foi. On peut en dire autant de beaucoup d'autres catégories de témoins. Il n'y a rien d'inhérent au témoignage d'un complice qui le rende nécessairement indigne de foi [. . .] Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet.

Le juge Dickson a cependant donné l'avertissement suivant, à la p. 831:

Il n'en découle cependant pas toujours que le juge qui préside le procès puisse, en toutes circonstances, laisser le jury complètement à lui-même, quant à la preuve, sans l'aider à déterminer si un juge des faits prudent peut trouver confirmation quelque part dans l'ensemble des preuves apportées par la déposition d'un témoin. À cause de l'infinie variété des circonstances qui se présen-

sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness. [Emphasis added.]

In the special circumstances of this case I am of the opinion that such a warning ought to have been given. The testimony of King was clearly a key element of the case against the appellant. The verdict of first degree murder indicates that the jury accepted at least part of King's testimony as to Hayes' involvement in the robbery and murder.

As well, King was implicated by Hayes in the killing and, indeed, King was also facing a charge of first degree murder. The risk of King's untrustworthiness coupled with the pivotal role of his testimony make a warning particularly appropriate in this case. If the clear and sharp warning is ever required to be given I can think of no clearer case than this one.

Admittedly, the jury was aware that King was also facing a murder charge relating to the death of Foster. As well, the trial judge in the course of his charge to the jury noted that often when two persons are involved in a criminal activity they will attempt to place the blame on the other. However, in my opinion these remarks about the possibility that persons in the position of the appellant and King may try to shield themselves from blame does not constitute a clear and sharp warning about the dangers of acting upon the evidence of King. Although this Court will generally not interfere with the exercise of the trial judge's discretion in warning about the untrustworthiness of accomplices, failure to do so may amount to a miscarriage of justice in some circumstances.

The Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court held that, even if there were a failure to deliver a clear and sharp warning to the jury relating to King's evidence, the curative provision, s. 613(1)(b)(iii), of the *Code* could be

tent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions. [Je souligne.]

Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, je suis d'avis qu'une telle mise en garde aurait dû être donnée. Le témoignage de King représentait clairement un élément-clé contre l'appelant. Le verdict de meurtre au premier degré indique que le jury a accepté au moins une partie du témoignage de King quant à la part de Hayes dans le vol et le meurtre.

De même, Hayes a impliqué King dans le meurtre et celui-ci faisait face lui aussi à une accusation de meurtre au premier degré. Le risque que King ne soit pas digne de foi, combiné au rôle capital de son témoignage, rendait la mise en garde particulièrement appropriée en l'espèce. S'il existe un cas où une mise en garde claire et nette est nécessaire, je ne peux en imaginer de plus évident que celui-ci.

Certes, le jury savait que King faisait également face à une accusation de meurtre pour la mort de Foster. Aussi, le juge du procès a souligné dans son exposé au jury que, lorsque deux personnes sont impliquées dans une activité criminelle, il arrive souvent qu'elles tentent de reporter le blâme sur l'autre. Toutefois, je suis d'avis que des remarques concernant la possibilité que des personnes dans la situation de l'appelant et de King tentent de se dégager de tout blâme ne constituent pas une mise en garde claire et précise concernant le danger d'agir sur la foi du témoignage de King. Bien qu'en règle générale, cette Cour n'intervienne pas dans l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge du procès quant à la mise en garde sur le manque de crédibilité des complices, l'omission de le faire peut constituer une erreur judiciaire dans certains cas.

La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a décidé que, même en l'absence de mise en garde claire et précise au jury concernant le témoignage de King, la disposition curative, le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*, pouvait être

invoked. In my opinion, following this Court's decision in *Vetrovec, supra*, I am not prepared to say that in any given case a warning is required as a rule of law and that failure to provide such a warning attracts the provisions of s. 613(1)(a)(iii). Such failure may, however, in some cases amount to a miscarriage of justice.

In assessing whether or not there has been a miscarriage of justice both the failure to properly charge the jury and the incomplete record of the proceedings by virtue of the gap in the transcript must be considered. In the unique and special circumstances of this case, while neither of the two grounds individually might have been sufficient to warrant a new trial, cumulatively they create an appearance of a failure of justice.

Accordingly, applying s. 613(1)(a)(iii), I would allow the appeal and direct a new trial.

Appeal dismissed, MCINTYRE, LAMER and SOPINKA JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Scaravelli & Garson, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Halifax.

invoquée. Suivant l'arrêt *Vetrovec*, précité, de cette Cour, je ne suis pas prêt à affirmer qu'une mise en garde est nécessaire dans chaque cas, comme règle de droit, et que son omission rend les dispositions du sous-al. 613(1)a(iii) applicables. Toutefois, dans certains cas, une telle omission peut constituer une erreur judiciaire.

Pour décider s'il y a eu erreur judiciaire, il faut considérer à la fois l'absence de mise en garde appropriée au jury et le caractère incomplet du dossier des procédures en raison des lacunes dans la transcription. Compte tenu des circonstances très particulières de cette affaire, aucun des deux moyens d'appel pris individuellement ne peut justifier à lui seul la tenue d'un nouveau procès, mais pris ensemble, ces deux moyens créent une apparence de déni de justice.

Par conséquent, appliquant le sous-al. 613(1)a(iii), je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges MCINTYRE, LAMER et SOPINKA sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Scaravelli & Garson, Halifax.

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