

John Arthur Wildman *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 16667.

1984: May 2; 1984: October 11.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — Trial judge erring in excluding exculpatory evidence — Whether s. 613(1)(b)(iii) of the Code applicable to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 s. 613(1)(b)(iii).

Statutes — Amendments — Legislation enacted after trial making accused's spouse competent to testify — New legislation applicable at new trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 4(3.1) [added by 1980-81-82-83 (Can.), c. 125, s. 29(2)], 4(5) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 36(d).

Appellant was charged with the first degree murder of his 8 year old stepdaughter and tried by a judge with a jury. The Crown's case was based entirely on circumstantial evidence. Although considered at the preliminary inquiry, the testimony of two witnesses that related to a telephone conversation between them and the accused's wife or somebody purporting to be his wife was not admitted at trial. This evidence would have explained why the accused knew of the circumstances of the victim's death prior to the discovery of the body—the most incriminating evidence adduced against him. The accused's wife was not called as a witness. In his address to the jury, the Crown explained that the prosecution is prohibited by law from calling the accused's wife to give evidence and the trial judge did not comment that statement. Appellant was convicted. On appeal, the Court of Appeal found that the trial judge erred in excluding the evidence confirming part of the accused's testimony but, considering that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred in view of the overwhelming evidence of the accused's guilt applied the proviso of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and upheld the conviction. The Court held also that the Crown's remark did not constitute a comment within the meaning of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* and could not reasonably have been interpreted by the jury as a suggestion that an innocent accused would

John Arthur Wildman *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 16667.

1984: 2 mai; 1984: 11 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Meurtre — Exclusion erronée d'une preuve disculpatoire par le juge du procès — L'art. 613(1)(b)(iii) du Code est-il applicable pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(b)(iii).

Législation — Modifications — Adoption après le procès d'un texte de loi faisant du conjoint de l'accusé un témoin compétent — Nouveau texte de loi applicable au nouveau procès — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(3.1) [ajouté par 1980-81-82-83 (Can.), chap. 125, par. 29(2)], 4(5) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 36d).

L'appellant a été accusé du meurtre au premier degré de sa belle-fille de huit ans et a subi son procès devant juge et jury. La preuve de la poursuite se fonde entièrement sur une preuve circonstancielle. Bien qu'entendue à l'enquête préliminaire, la déposition de deux témoins relativement à une conversation téléphonique qu'ils ont eue avec l'épouse de l'accusé, ou avec quelqu'un qui prétendait être son épouse, n'a pas été admise au procès. Cette preuve aurait expliqué pourquoi l'accusé connaissait les circonstances de la mort de la victime avant la découverte du corps, la preuve la plus incriminante produite contre lui. L'épouse de l'accusé n'a pas été citée comme témoin. Dans son réquisitoire adressé au jury, le substitut du procureur général a expliqué que la poursuite ne peut légalement citer l'épouse de l'accusé comme témoin et le juge du procès n'a pas commenté cette déclaration. L'appellant a été déclaré coupable. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en excluant la preuve qui confirme une partie du témoignage de l'accusé mais, considérant qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s'était produit compte tenu de la preuve accablante de la culpabilité de l'accusé, elle a appliqué la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et a confirmé la déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a également conclu que la remarque du substitut ne constituait pas un commentaire au sens du par. 4(5) de la *Loi sur la*

have called his wife to confirm his testimony. Appellant's appeal to this Court was on three grounds: (1) this was not a proper case to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*; (2) the trial judge's silence in respect of the Crown's remark resulted in an endorsement of the statement and was in effect a misdirection in law to the jury and (3) the Crown's remark was a comment forbidden by s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge erred in refusing to admit testimony corroborating the accused's explanation as to how the victim had been killed and s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* could not apply to uphold the verdict. The onus was upon the Crown to satisfy the Court that the verdict "would necessarily have been the same if the errors had not occurred". Such determination is generally made upon a reading of the evidence put to the jury. But when the error of law is the preclusion of exculpatory evidence, the determination must be made with regard to the entirety of the evidence and in light of the effect the excluded evidence could possibly have had on the evidence that did go to the jury. Any reasonable effect that the excluded evidence could have had on the jury should, in applying s. 613(1)(b)(iii), enure to the benefit of the accused. Here, if admitted, the excluded evidence would have tended to negate the inference that the accused had to be on the scene at the time of the crime to have known the circumstances of the victim's death—the very inference the jury was concerned about. Without that inference, the evidence put to the jury, while sufficient to support a conviction, would not have made an acquittal unreasonable.

The problems raised by the Crown's remark will not arise at the new trial: as the victim was under 14 years old, the accused's wife is a competent and compellable witness for the prosecution without the accused's consent. This new rule of evidence, which was introduced by s. 4(3.1) of the *Canada Evidence Act*, is merely procedural and, in accordance with s. 36(d) of the *Interpretation Act*, will be applicable at the new trial.

Colpitts v. The Queen, [1965] S.C.R. 739, considered; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221; *Bingeman v. McLaughlin*, [1978]

preuve au Canada et que le jury n'avait pas pu l'interpréter comme si elle signifiait qu'un accusé innocent aurait cité son épouse comme témoin pour qu'elle confirme son témoignage. Le pourvoi de l'appelant en cette Cour est fondé sur trois moyens: (1) il n'y a pas lieu d'appliquer en l'espèce le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*; (2) le silence du juge du procès relativement à la remarque du substitut équivaut à une acceptation de la déclaration et constitue donc une directive erronée en droit au jury et (3) la remarque du substitut est un commentaire interdit par le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'admettre les témoignages qui corroboraient l'explication de l'accusé quant à la façon dont la victime avait été tuée et le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* ne peut pas s'appliquer pour confirmer le verdict. La poursuite avait l'obligation de convaincre la cour que le verdict «aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite». Cette question est généralement tranchée après un examen de la preuve offerte au jury. Mais lorsque l'erreur de droit consiste en l'exclusion d'une preuve disculpatoire, la décision doit être rendue en tenant compte de l'ensemble de la preuve et en fonction de l'effet que la preuve exclue aurait pu avoir sur la preuve effectivement soumise au jury. Aux fins de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii), l'accusé doit bénéficier de tout effet raisonnable que la preuve exclue aurait pu avoir sur le jury. En l'espèce, si elle avait été admise, la preuve exclue aurait eu pour effet de faire obstacle à la déduction que, pour connaître les circonstances du décès de la victime, l'accusé devait se trouver sur les lieux au moment du crime. Il s'agit là exactement de la déduction qui intéressait le jury. Sans cette déduction, la preuve soumise au jury, quoique suffisante pour justifier un verdict de culpabilité, ne serait pas suffisante pour rendre déraisonnable un verdict d'acquiescement.

Les problèmes que crée la remarque du substitut ne se poseront pas au nouveau procès car, la victime étant âgée de moins de quatorze ans, l'épouse de l'accusé est un témoin compétent et contraignable pour la poursuite sans le consentement de l'accusé. Cette nouvelle règle de preuve, introduite par le par. 4(3.1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, porte simplement sur la procédure et, conformément à l'al. 36(d) de la *Loi d'interprétation*, elle sera applicable au nouveau procès.

Jurisprudence: arrêt examiné: *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; arrêts mentionnés: *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S.

1 S.C.R. 548; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 289, dismissing appellants' appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

R. J. Climie, for the appellant.

David H. Doherty, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The appellant was indicted of the first degree murder of his stepdaughter and, on November 18, 1978, was convicted by a jury in the County of Brant, Ontario. His appeal to the Court of Appeal was unsuccessful but required the application of the proviso of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Leave to appeal to this Court was granted at large.

A factual overview

On February 15, 1978, the appellant's 8-year old stepdaughter Tricia disappeared from her school yard before classes had begun. On February 19, 1978, her body was found on the bank of a nearby river. She had been killed by some nineteen blows to the head. A tan coloured hatchet sheath was found twenty-eight inches from the body. Medical evidence indicated that the injuries could have been inflicted by a hatchet. The killing was estimated to have taken place on the day of her disappearance.

The Crown's case against the appellant was based entirely on circumstantial evidence relating to:

- 1) motive, that is, Wildman's enmity toward his wife and to a lesser degree Tricia;
- 2) opportunity;
- 3) identification of a man and child by a Mrs. Jean Coubrough;
- 4) a hatchet, owned by Wildman at one time;

221; *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 289, qui a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

R. J. Climie, pour l'appelant.

David H. Doherty, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—L'appelant est inculpé du meurtre au premier degré de sa belle-fille, meurtre dont il a été déclaré coupable le 18 novembre 1978, par un jury siégeant dans le comté de Brant (Ontario). La Cour d'appel a eu recours à la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel. L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée sans restriction.

Un aperçu des faits

Le 15 février 1978, la belle-fille de l'appelant, Tricia, âgée de huit ans, est disparue de la cour de son école avant le début des cours. Son corps a été trouvé au bord d'une rivière avoisinante le 19 février 1978. Sa mort avait été causée par quelque dix-neuf coups portés à la tête. Un étui de hachette beige a été trouvé à vingt-huit pouces de son corps. L'autopsie a révélé que les blessures ont pu avoir été causées par une hachette. On a estimé que le meurtre était survenu le jour de sa disparition.

La preuve de la poursuite contre l'appelant se fonde entièrement sur une preuve circonstancielle établissant:

- 1) le mobile, savoir, l'hostilité de Wildman envers son épouse et, à un degré moindre, envers Tricia;
- 2) la possibilité matérielle;
- 3) l'identification d'un homme et d'un enfant par M^{me} Jean Coubrough;
- 4) une hachette ayant déjà appartenu à Wildman;

- 5) Wildman's surreptitious disposal of his clothing on February 15, 1978; and
 6) false statements made to the police by Wildman after the investigation started on February 15th.

Finally, and, in my view, if unexplained, fatal to the accused, was the fact that he made statements indicating that he had knowledge of the cause of death, the nature and location of the injuries and of the kind of weapon used prior to that information being released by the police, indeed, even prior to the discovery of the body and prior to the police themselves becoming aware of those circumstances.

I will return to the facts and deal more thoroughly with them when disposing of the ground of appeal upon which this appeal should in my view succeed.

At the trial the set of events giving rise to the three grounds of appeal in this Court were twofold: one relating to Wildman's wife not having testified, the other to a ruling on evidence.

First set of events

The accused's wife was not called as a witness by either the Crown or by the defence. When addressing the jury, Crown counsel advised the jury as follows:

You are, however, bound by the law, what his Lordship says, and anything I say that sounds like law—and if I am not correct, I'm sure his Lordship will correct me.

One of the points that you have heard a lot of evidence about a woman by the name of Joyce Wildman, who is the wife of the accused. You probably wondered why you haven't heard from Joyce Wildman. Well, I tell you as a point of law that the prosecution is prohibited by law from calling Joyce Wildman to give evidence.

(Emphasis added.)

The trial judge did not correct that statement of the law, which the appellant takes to be incorrect.

As a result, appellant raises two grounds:

- 5) le fait que Wildman se soit subrepticement débarrassé de ses vêtements le 15 février 1978;
 6) et les fausses déclarations faites par Wildman à la police après le début de l'enquête en date du 15 février.

Enfin, il y a un fait qui, s'il demeure inexpliqué, peut, à mon avis, avoir des conséquences fatales pour l'accusé, soit l'existence de déclarations de sa part laissant voir qu'il connaissait la cause du décès, la nature et l'endroit des blessures ainsi que le genre d'arme utilisée avant que ces renseignements ne soient communiqués par la police, avant même la découverte du corps et avant que la police elle-même ne soit mise au courant de ces circonstances.

Je reviendrai aux faits et je les examinerai plus en détail lorsque je me prononcerai sur le moyen d'appel qui, à mon avis, permet d'accueillir ce pourvoi.

Au procès, deux séries d'événements ont donné ouverture aux trois moyens d'appel invoqués devant cette Cour: l'une portant sur le fait que l'épouse de Wildman n'a pas témoigné, l'autre relative à une décision quant à la preuve.

Première série d'événements

Ni le ministère public ni la défense n'ont cité l'épouse de l'accusé comme témoin. Dans son réquisitoire adressé au jury, l'avocat du ministère public a dit:

[TRADUCTION] Vous êtes cependant liés par la loi, par ce que dit Sa Seigneurie et par n'importe lequel de mes propos qui ressemble à une règle de droit—et si je me trompe, je suis certain que Sa Seigneurie me corrigera.

Je vous signale notamment que vous avez entendu un grand nombre de témoignages concernant une femme du nom de Joyce Wildman qui est l'épouse de l'accusé. Vous vous êtes probablement demandé pourquoi vous n'avez pas entendu Joyce Wildman. Eh bien, je vous dis que la poursuite ne peut légalement citer Joyce Wildman comme témoin.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge du procès n'a pas corrigé cet exposé du droit que l'appellant considère inexacte.

En conséquence, l'appellant soulève deux moyens d'appel:

1) that the judge's silence resulted in an endorsement of the statement and was therefore in effect a misdirection in law to the jury;

2) Crown counsel's submission was a comment forbidden by s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10.

Second set of events

The appellant was denied the right to adduce, through cross-examination, evidence that purportedly would have explained his very incriminating knowledge of the circumstances of the death prior to the discovery of the body. The Court of Appeal having found this ruling wrong in law then applied the proviso of s. 613(1)(b)(iii).

3) Appellant raises as a third ground that this was not a proper case for the application of the proviso.

The Court of Appeal

Many grounds were raised by appellant in the Court of Appeal of Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 289, including one of the three raised in this Court, the one relating to the denial of the right to adduce evidence in regard to the accused's knowledge of the circumstances of death. As I said, the Court of Appeal agreed with appellant that the trial judge had erred in excluding this evidence (as did the Crown at the trial and in this Court), but agreed with the Crown that, no substantial wrong or miscarriage of justice having been occasioned thereby, it was a proper case to invoke the provisions of s. 613(1)(b)(iii). The test the Court of Appeal purported to apply was as follows (at p. 304):

Before invoking s. 613(1)(b)(iii) we must be satisfied that a reasonable jury, properly instructed, would inevitably have found a verdict of guilty even if the McIsaacs had given their testimony: *MacDonald v. The Queen*, (1977), 34 C.C.C. (2d) 1 at p. 12, 75 D.L.R. (3d) 107, [1977] 2 S.C.R. 832 at p. 848.

The other two grounds in this Court, resulting from the Crown's comments as to Mrs. Wildman's

1) le silence du juge équivaut à une acceptation de la déclaration et constitue donc une directive au jury erronée en droit;

a 2) la déclaration du substitut du procureur général est un commentaire interdit par le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10.

b Seconde série d'événements

c On a refusé à l'appellant le droit de présenter, par voie de contre-interrogatoire, une preuve qui, prétendument, lui aurait permis d'expliquer le fait fort incriminant de sa connaissance des circonstances du décès avant la découverte du cadavre. Ayant jugé que cette décision était erronée en droit, la Cour d'appel a alors appliqué la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii).

d 3) L'appellant invoque comme troisième moyen d'appel qu'il ne s'agissait pas d'un cas donnant lieu à l'application de cette réserve.

e La Cour d'appel

f L'appellant a soulevé plusieurs moyens d'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 289, y compris l'un des trois moyens invoqués devant cette Cour, soit celui du refus de lui donner le droit de présenter une preuve concernant sa connaissance des circonstances du décès. Comme je l'ai dit, la Cour d'appel a convenu avec l'appellant (tout comme le ministère public en première instance et devant cette Cour) que le juge du procès a commis une erreur en excluant cette preuve, mais elle était d'accord avec le ministère public pour dire qu'il y avait lieu d'invoquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) étant donné qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'était produit. Voici le critère que la Cour d'appel entendait appliquer (à la p. 304):

[TRADUCTION] Avant d'invoquer le sous-al. 613(1)(b)(iii), nous devons être convaincus qu'un jury raisonnable, bien instruit du droit, aurait inévitablement rendu un verdict de culpabilité même si les McIsaac avaient témoigné: *MacDonald c. La Reine* (1977), 34 C.C.C. (2d) 1 à la p. 12, 75 D.L.R. (3d) 107, [1977] 2 R.C.S. 832, à la p. 848.

j La Cour d'appel a soulevé d'elle-même les deux autres moyens d'appel invoqués devant cette Cour,

compellability were raised by the Court of Appeal *proprio motu*, and were disposed of as follows (at p. 295):

Whether or not the appellant's wife was a competent and compellable witness for the prosecution is a question of some difficulty which was not argued at the trial. Consequently, there was no ruling by the trial Judge upon which this Court is able to voice an opinion and the question is one which in our view should be reserved until it arises squarely for decision. In any case, we do not agree with Mr. Carter's suggestion that it is possible to construe the trial Judge's failure to correct Crown counsel as a tacit acceptance by him of the correctness of Crown counsel's statement of the law.

With respect to Mr. Carter's second submission, we do not think that Crown counsel's remarks constituted a comment, within the meaning of s. 4(5), on the failure of the appellant's wife to testify. In the particular circumstances of this case the remarks were in the nature of an explanation by Crown counsel, in light of his understanding of the law of evidence, for his failure to call Mrs. Wildman. Unlike in *R. v. Cooper (No. 2)* (1974), 19 C.C.C. (2d) 140, 51 D.L.R. (3d) 221, 5 O.R. (2d) 118, and *R. v. Arneson* (1930), 54 C.C.C. 330, [1930] 3 W.W.R. 163, 25 Alta. L.R. 125, Crown counsel's remarks in the present case could not reasonably have been interpreted by the jury as a suggestion that an innocent accused would have called his wife to confirm his testimony. As in the case of *Avon v. The Queen* (1971), 4 C.C.C. (2d) 357, 21 D.L.R. (3d) 442, [1971] S.C.R. 650, where the Supreme Court of Canada was concerned with somewhat similar remarks by a trial Judge, the language used here was a "statement" explaining the prosecution's inability to call an accused's spouse rather than a "comment" disparaging the accused's ability to use his wife's imposed silence to cloak his guilt. None the less, we are of the view that Crown counsel's remarks came perilously close to contravening s. 4(5) and that it would have been preferable if they had not been made. Again, however, if it were necessary, we would apply the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*.

qui font suite aux commentaires du ministère public concernant la possibilité de contraindre M^{me} Wildman, et elle les a tranchés comme suit (à la p. 295):

[TRADUCTION] Déterminer si l'épouse de l'appelant était un témoin compétent et contraignable pour la poursuite est une question qui présente certaines difficultés et qui n'a pas été débattue au cours du procès. Par conséquent, le juge du procès n'a rendu aucune décision au sujet de laquelle cette Cour peut se prononcer et, à notre avis, il s'agit d'une question qu'on devrait mettre de côté jusqu'à ce qu'elle se pose directement. Quoi qu'il en soit, nous ne partageons pas l'avis de M^c Carter suivant lequel il est possible d'interpréter l'omission du juge du procès de corriger l'avocat du ministère public comme une acceptation tacite de l'exactitude de son exposé du droit.

Quant au second argument de M^c Carter, nous ne croyons pas que les remarques du substitut du procureur général constituent un commentaire, au sens du par. 4(5), sur l'abstention de témoigner de l'épouse de l'appelant. Dans les circonstances de l'espèce, ces remarques étaient une explication du substitut du procureur général, fondée sur sa perception des règles de la preuve, qui a voulu justifier son omission de citer M^{me} Wildman comme témoin. Contrairement à la situation dans les affaires *R. v. Cooper (No. 2)* (1974), 19 C.C.C. (2d) 140, 51 D.L.R. (3d) 221, 5 O.R. (2d) 118, et *R. v. Arneson* (1930), 54 C.C.C. 330, [1930] 3 W.W.R. 163, 25 Alta. L.R. 125, le jury n'a pas pu interpréter les remarques du substitut du procureur général en l'espèce comme si elles signifiaient qu'un accusé innocent aurait cité son épouse comme témoin pour qu'elle confirme son témoignage. Comme dans l'arrêt *Avon c. La Reine* (1971), 4 C.C.C. (2d) 357, 21 D.L.R. (3d) 442, [1971] R.C.S. 650 où la Cour suprême du Canada s'est penchée sur des remarques semblables faites par un juge du procès, les termes employés en l'espèce sont une «déclaration» expliquant l'incapacité de la poursuite de citer le conjoint d'un accusé, plutôt qu'un «commentaire» critiquant la faculté de l'accusé de se servir du silence forcé de son épouse pour masquer sa culpabilité. Néanmoins, nous sommes d'avis que les remarques du substitut du procureur général ont dangereusement failli contrevenir au par. 4(5) et qu'il aurait mieux valu qu'elles n'eussent pas été faites. Mais une fois de plus, nous appliquerions les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*, si cela était nécessaire.

The third ground (the exclusion of evidence and s. 613(1)(b)(iii))

This ground should, with respect, have succeeded in the Court of Appeal and resulted in the ordering of a new trial. There is here no disagreement as to the commission of an error by the trial judge; nor does anyone take issue with the test the Court of Appeal said must be met in order to apply s. 613(1)(b)(iii). Where we part is as regards the proper application of the test to the facts of this case, a matter this Court has declared, for policy reasons, to be a question of law (see *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834).

As announced earlier, I now return to the evidence in this case.

Motive

The appellant and Joyce Wildman married in October 1973 when he was 21 and she was 19. At that time Tricia Paquette was 4 years old. She is the natural daughter of Joyce Wildman, but not of John Wildman. Mrs. Wildman had agreed that John would adopt Tricia after their marriage, but later reneged on this promise. Two children were born to the marriage.

All agree that the marriage was a turbulent one. There were numerous fights and on a few occasions the police had to be called in. They separated on numerous occasions. John Wildman attributed this to his wife's alcoholism. Donna Dumont, the sister of Joyce Wildman, attributed the separation to John Wildman's lack of affection for Tricia Paquette and to Mr. Wildman being a thief.

There is substantial evidence of various events, some disproving these assertions, others supportive thereof. I have read the evidence and I am satisfied that there is evidence supportive of the fact that appellant's animosity towards his wife, whether understandable or not, could in turn be supportive of a motive for his killing Tricia. There is also evidence that he threatened his wife's life and that of a social worker.

Le troisième moyen d'appel (l'exclusion de la preuve et le sous-al. 613(1)b)(iii))

Avec égards, la Cour d'appel aurait dû accueillir ce moyen d'appel et ordonner un nouveau procès. On s'entend ici pour dire que le juge du procès a commis une erreur; personne ne conteste non plus le critère énoncé par la Cour d'appel en ce qui concerne l'application du sous-al. 613(1)b)(iii). Là où nous ne sommes pas d'accord, c'est au sujet de l'application appropriée de ce critère aux faits de l'espèce, question que cette Cour a jugée, pour des raisons de principe, être une question de droit (voir l'arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834).

Je reviens à la preuve en l'espèce.

Le mobile

L'appelant et Joyce Wildman se sont mariés au mois d'octobre 1973 à l'âge de 21 et de 19 ans respectivement. À cette époque, Tricia Paquette était âgée de 4 ans. Elle est la fille naturelle de Joyce Wildman mais non de John Wildman. M^{me} Wildman avait accepté que John adopte Tricia après leur mariage, mais elle est plus tard revenue sur cette promesse. Deux enfants sont issus du mariage.

Il est généralement admis que le mariage a été tumultueux. Les querelles étaient nombreuses et la police a dû intervenir à certaines occasions. Les conjoints se sont séparés à plusieurs reprises. John Wildman a attribué cette situation à l'alcoolisme de son épouse. Donna Dumont, soeur de Joyce Wildman, a attribué les séparations au manque d'affection de John Wildman envers Tricia Paquette et au fait que c'est un voleur.

De nombreux éléments de preuve établissent l'existence de divers événements, certains contredisant ces déclarations, d'autres les corroborant. J'ai pris connaissance de la preuve et je suis convaincu qu'elle confirme que l'animosité de l'appelant envers son épouse, qu'elle soit compréhensible ou non, pouvait servir de mobile au meurtre de Tricia. Il est en outre établi qu'il a menacé de tuer son épouse ainsi qu'une travailleuse sociale.

In June of 1977, when the police were called because of a dispute over the custody of the two younger girls, he said "if Joyce gets the two babies, I will get Tricia". John Wildman testified that he used the expression "get Tricia" in the sense of getting custody of her, just as, when referring to the two babies, he used the expression "gets the two babies". The officer who heard this comment took it at the time to have been said in relation to custody. Four witnesses testified that Wildman acted in an appropriate fatherly manner towards Tricia.

Opportunity

There is no need to consider the evidence in any detail. The accused attempted to establish an alibi, but was not successful. Tricia disappeared from school shortly before 9 a.m. on February 15th. The appellant's first recorded contact with anyone that morning was between 10:15 and 10:45 a.m. when he spoke to his landlady while in his apartment. Tests established that a person could have walked from the school yard to where Tricia's body was found and from there to appellant's apartment in fifty minutes.

Identification and the disposal of the clothing

Mrs. Jean Coubrough lived at 94 Grand Street. The back of her property ran to the embankment overlooking the river about 270 feet from where the body was found. On February 15, between 9 and 10 a.m., Mrs. Coubrough saw a man and a child walking down the railroad tracks. The man, she said, walked with a purpose and the child struggled along six feet behind. The child was wearing a blue ski jacket matching the description of the one Tricia was wearing on that day. It is common ground that the man and the child Mrs. Coubrough saw would have been in her field of vision for about 22 to 25 seconds. She described the man as being about 5 feet 3 inches tall, and of the same height but somewhat slimmer than the accused she saw in court. The accused, it was established, had gained 10 pounds while in jail. He was wearing a black knee-length coat, a black hat, but no gloves though it was a very cold morning.

Au mois de juin 1977, alors que la police a été appelée à intervenir en raison d'une dispute concernant la garde des deux filles cadettes, il a dit [TRADUCTION] «si Joyce a les deux bébés, j'aurai Tricia». John Wildman a témoigné qu'il a employé l'expression «aurai Tricia» en voulant dire la garde de cette dernière tout comme, lorsqu'il a fait mention des deux bébés, il a employé l'expression «a les deux bébés». L'agent qui a entendu cette remarque a considéré à ce moment là qu'elle avait été faite en rapport avec la garde. Quatre témoins ont déclaré que Wildman a agi en bon père à l'égard de Tricia.

La possibilité matérielle

Il n'est pas nécessaire d'examiner la preuve en détail. L'accusé a tenté, sans succès, d'établir un alibi. Tricia est disparue de l'école le 15 février peu avant 9 heures. C'est entre 10 h 15 et 10 h 45 que l'appelant a communiqué avec quelqu'un pour la première fois ce matin-là, lorsqu'il a parlé à sa propriétaire alors qu'il se trouvait dans son appartement. Des reconstitutions ont démontré qu'une personne pouvait, en cinquante minutes, se rendre à pied de la cour d'école à l'endroit où le corps de Tricia a été trouvé et, de là, à l'appartement de l'appelant.

L'identification et la mise au rebut des vêtements

M^{me} Jean Coubrough habite 94 rue Grand. L'arrière de sa propriété s'étend jusqu'à la berge qui surplombe la rivière à environ 270 pieds de l'endroit où le corps a été trouvé. Le 15 février, entre 9 et 10 heures, M^{me} Coubrough a vu un homme et un enfant marchant le long de la voie ferrée. L'homme, a-t-elle dit, marchait d'un pas décidé et l'enfant le suivait péniblement à une distance de six pieds. L'enfant portait un anorak de ski bleu qui correspondait à la description de celui que portait Tricia ce jour-là. Il est admis que l'homme et l'enfant ont été dans le champ de vision de M^{me} Coubrough pendant environ 22 à 25 secondes. L'homme qu'elle a décrit mesurait environ cinq pieds trois pouces, de la même taille mais un peu plus mince que l'accusé qu'elle a vu en cour. Il est établi que ce dernier avait gagné dix livres pendant son séjour en prison. Il était vêtu d'un manteau noir arrivant aux genoux, d'un chapeau noir mais

The hat was what she called “an airman’s hat” turned up in the middle. She saw no glasses on the man, but only saw a profile of the man’s face.

Joyce Smoke, a social worker who had been “handling” the Wildman family, said she was accustomed to seeing John Wildman wear a black hat and a black coat. But, as regards the hat, she was contradicted by her secretary Miss Carvel, and by several other witnesses who said Mr. Wildman did not wear a hat. Mr. McIsaac said that on February 14 the appellant was wearing a long brown leather coat and tan cowboy boots. Wildman testified he had lost his gloves the night of February 14. He also testified he had put his coat and boots in the garbage on Monday, February 13, and put the garbage out on Wednesday, February 15. This happened about two hours after Tricia went missing. He explained this as the result of a call he received from his wife on February 13.

Q. After—sorry. During this telephone discussion that you had with your wife, was the question of a pair of boots and a coat discussed?

A. Yes, sir, they were.

Q. And at that time did you indicate to your wife, what if anything you were going to do with them?

A. Yes, I told her I was going to throw them in the garbage.

Q. Why was that?

A. Well, she had bought me the boots about six months earlier and she bought me the coat for Christmas, and I was to be indebted for life for them.

Q. What do you mean by that?

A. Well, such things as, there was no heater in her bathroom at 481 Colborne.

Q. Yes?

A. And there wasn’t any in mine at 25 Duke.

Q. Yes?

A. But I had an electric heater, so she wanted that. And I said, “Well, I need it”; she says, “Well—

Q. Well, don’t tell us what she said: you argued over that?

il ne portait pas de gants même s’il faisait très froid ce matin-là. Ce chapeau était ce qu’elle a appelé [TRADUCTION] «un chapeau d’aviateur» relevé au milieu. Elle affirme que l’homme ne portait pas de lunettes, mais par contre elle ne l’a vu que de profil.

Joyce Smoke, travailleuse sociale qui s’occupait de la famille Wildman, a déclaré que John Wildman portait habituellement un chapeau noir et un manteau noir. Mais, en ce qui concerne le chapeau, elle a été contredite par sa secrétaire, M^{lle} Carvel, et par plusieurs autres témoins qui ont affirmé que M. Wildman ne portait pas de chapeau. M. McIsaac a dit que le 14 février l’appelant portait un long manteau de cuir brun et des bottes de cow-boy beiges. Wildman a témoigné qu’il a perdu ses gants le soir du 14 février. Il a ajouté qu’il a jeté son manteau et ses bottes dans un sac à ordures le lundi 13 février et qu’il a placé le sac à l’extérieur le mercredi 15 février. Cela est survenu environ deux heures après la disparition de Tricia, à la suite, a-t-il expliqué, d’un appel téléphonique qu’il a reçu de son épouse le 13 février.

[TRADUCTION] Q. Après—excusez-moi. Au cours de cette conversation téléphonique que vous avez eue avec votre épouse, a-t-il été question d’une paire de bottes et d’un manteau?

R. Oui monsieur.

Q. Et à ce moment-là, avez-vous indiqué à votre épouse ce que vous alliez en faire?

R. Oui, je lui ai dit que j’allais les jeter aux ordures.

Q. Pourquoi?

R. Eh bien, elle m’avait offert les bottes quelque six mois auparavant et le manteau à l’occasion de Noël, et j’allais être endetté pour toujours.

Q. Que voulez-vous dire par là?

R. Eh bien, par exemple, il n’y avait pas de radiateur dans sa salle de bain du 481 Colborne.

Q. Oui?

R. Et il n’y en avait pas dans la mienne au 25 Duke.

Q. Oui?

R. J’avais cependant un radiateur électrique qu’elle désirait avoir. Et je lui ai dit «J’en ai besoin»; elle a répondu «Bien . . .

Q. Ne nous dites pas ce qu’elle a dit: vous êtes-vous disputés à ce sujet?

A. Yes, she said that I should give it to her because she had bought my coat and boots.

Q. And was it in that discussion you said you would throw them away?

And he was seen putting garbage in front of the neighbour's house, which he explained as follows:

Q. All right. Do you recall when you put those into a garbage bag?

A. On Monday night.

Q. Before or after you talked to Joyce?

A. Well, after; I mean, I hadn't decided to throw them out until after I had talked to her.

Q. There has been some evidence that you took the garbage bag, I guess westerly towards the store, and put a garbage bag, I think one door down from your place?

A. Yes, sir, I did.

Q. Why did you do that?

A. Because I'm lazy.

Q. What was in it?

A. Garbage.

Q. Okay. Well, why—if you are so lazy—walk one door down and put the garbage out?

A. No—well, we had a problem with dogs ripping garbage apart.

Q. Yes?

A. Now this had—this bag had dirty diapers, bad foodstuffs: like when my wife had left, she left the fridge open and the food in there had gone bad.

Q. Yes?

A. This was all in that bag. I merely took it to the next door neighbour's house to leave it there; if the dogs tore it apart, I wouldn't have to clean it up.

Q. All right. About what time was that, that you took your garbage out?

A. I would say about 11.30, quarter to twelve.

The boots and coat, according to him, were put out in front of his residence while the other garbage bags went to the neighbour's. There was also

R. Oui, elle m'a dit que je devrais le lui donner parce qu'elle m'avait acheté le manteau et les bottes.

Q. Était-ce au cours de cette discussion que vous avez dit que vous les jetteriez?

Et on l'a vu placer le sac à ordures en face de la maison voisine, ce qu'il a expliqué de la façon suivante:

[TRADUCTION] Q. Très bien. Vous souvenez-vous quand vous les avez mis dans un sac à ordures?

R. Le lundi soir.

Q. Avant ou après votre conversation avec Joyce?

R. Après; je veux dire que je n'avais pas décidé de les jeter avant de lui avoir parlé.

Q. Il a été établi que vous avez emporté le sac à ordures, j'imagine, en direction ouest vers le magasin et que vous l'avez déposé, je pense, devant une porte voisine?

R. Oui, monsieur.

Q. Pourquoi avez-vous fait cela?

R. Parce que je suis paresseux.

Q. Qu'y avait-il à l'intérieur du sac?

R. Des ordures.

Q. D'accord. Pourquoi—si vous êtes si paresseux—avez-vous marché jusqu'à une porte voisine pour y déposer le sac à ordures?

R. Non—eh bien, nous avions des difficultés avec des chiens qui déchiraient les sacs à ordures.

Q. Oui?

R. Eh bien—ce sac contenait des couches sales, des aliments avariés: lorsque mon épouse est partie, elle a laissé le réfrigérateur ouvert et la nourriture qui s'y trouvait s'est gâtée.

Q. Oui?

R. Tout cela se trouvait dans ce sac. Je l'ai simplement emporté en direction de la porte voisine et je l'ai laissé là; si les chiens l'avaient déchiré, je n'aurais pas eu à faire de nettoyage.

Q. Très bien. Quelle heure était-il environ lorsque vous avez sorti votre sac à ordures?

R. Je dirais environ 11 h 30, midi moins le quart.

Selon lui, les bottes et le manteau ont été déposés devant chez lui tandis que les autres sacs à ordures ont été déposés devant chez les voisins.

some evidence, though not conclusive, that Wildman, due to a diabetic condition would, after walking some distance, develop a limp. Mrs. Coubrough did not see the man limp.

The hatchet

The injuries to Tricia's head could have been caused by a hatchet. A sheath was found 28 inches from the body. A hatchet was located in the water 200 feet from the body. Near the location of the hatchet, on the river's embankment, was a blood-stained garbage bag; the blood was not inconsistent with Tricia's. The hatchet fitted snugly into the sheath. Wildman had owned a hatchet and a sheath which he sold to one Daniel Curry. The hatchet disappeared from Curry's apartment sometime between the middle of January and February 23, 1978. The appellant was at Curry's apartment on February 9, 1978 and could have stolen it as he was left alone for some time. I do not intend to canvass the evidence in detail. Many witnesses were heard who had seen Wildman's or Curry's hatchet. Curry said it had a long black handle, and had "Stainless", stamped on it. The hatchet found in the river had "Fuller 16 Forged" stamped on it. One Paul Bell said that Curry's hatchet had "Fuller 16 Forged" stamped on it. Witnesses when looking at the sheath, the markings, the handle, or the colour of the hatchet found near the body and comparing it with their recollection of the one owned by Wildman or by Curry or borrowed from either of them, either concluded that the hatchets were different or, at best, similar, but none could affirm that they were identical let alone the same one. The additional cuts in the sheath and the difference of colour of the hatchet and the sheath found on the scene of the crime that might have misled some of the witnesses could be explained by the forensic testing done on them. But in the end, one could summarize the extensive evidence surrounding the hatchet's possible identification by saying that the hatchets and sheaths were somewhat similar, but no more.

Certains éléments de preuve indiquent, même si cela n'est pas concluant, qu'étant diabétique, Wildman commençait à boiter après avoir marché pendant un certain temps. M^{me} Coubrough ne l'a pas vu boiter.

La hachette

Les blessures à la tête de Tricia ont pu être causées par une hachette. On a trouvé un étui à vingt-huit pouces du corps. La hachette se trouvait dans l'eau à deux cents pieds du corps. Un sac à ordures taché de sang a été trouvé près de cet endroit, sur la berge de la rivière; le sang n'était pas incompatible avec celui de Tricia. La hachette s'ajustait parfaitement dans l'étui. Wildman possédait une hachette et un étui qu'il avait vendus à un nommé Daniel Curry. La hachette est disparue de l'appartement de Curry entre la mi-janvier et le 23 février 1978. L'appelant se trouvait dans l'appartement de Curry le 9 février 1978 et, comme il y est demeuré seul pendant un certain temps, il a pu la voler. Je n'entends pas examiner la preuve en détail. Plusieurs témoins ont déclaré avoir vu la hachette de Wildman ou de Curry. Ce dernier a dit qu'elle avait un long manche noir et qu'elle portait l'inscription «Stainless». La hachette trouvée dans la rivière portait l'inscription «Fuller 16 Forged». Un nommé Paul Bell a déclaré que la hachette de Curry portait l'inscription «Fuller 16 Forged». Après avoir examiné l'étui, les marques, le manche ou la couleur de la hachette trouvée près du corps et après l'avoir comparée avec ce dont ils se rappelaient de celle qui avait appartenu à Wildman ou à Curry ou qui a été empruntée à l'un d'eux, les témoins ont conclu que les hachettes étaient différentes ou tout au plus semblables, et aucun d'eux n'a pu affirmer qu'elles étaient identiques et encore moins qu'il s'agissait de la même hachette. Les entailles additionnelles dans l'étui et la différence de couleur de la hachette et de l'étui trouvés sur la scène du crime qui ont pu induire certains témoins en erreur peuvent s'expliquer par les expériences médico-légales effectuées sur ces objets. À toutes fins pratiques on pourrait résumer l'abondante preuve concernant l'identification possible de la hachette en disant que les hachettes et les étuis étaient semblables, sans plus.

The false statements

When questioned by the police as to why he would have put garbage in front of the neighbour's house, the appellant denied having done so, nor did he mention his disposing of the coat and boots. An expert witness said that the killer's coat and boots would normally have been bloodstained. Generally speaking, Wildman gave various differing versions as regards the boots, the coat, and the garbage bags, the hatchet, and, through various statements to the police and to others, such as his landlord McIsaac, and Dan Curry, he appears to have given them the run-around intentionally, was very uncooperative and, as a result, his conduct must be regarded as highly suspect.

On this evidence, standing alone, one could not say that a verdict of guilty would have been unreasonable; nor could one consider likewise unreasonable a jury entertaining a reasonable doubt and acquitting. There is strong circumstantial evidence upon which a jury could be satisfied beyond a reasonable doubt, but I would be unable to say that it was overwhelming, as said the Court of Appeal.

What justified the Court of Appeal in finding, as they did, the evidence overwhelming was the result of the following additional evidence.

Tricia disappeared on February 15 and her body was discovered four days later on February 19. Prior to the 19th no one could be sure that Tricia was dead, whether death was self-inflicted or involved another person, was accidental or intentional, the nature and location of the wounds inflicted, the instrument, if any, used or probably used to inflict the wounds. Yet, on February 16 Wildman phoned a Mr. Beyer, his divorce lawyer, and told him "that his wife had accused him of killing Tricia with an axe".

After the discovery of Tricia's body on the 19th, the police, because of the sheath found 28 inches

Les fausses déclarations

Lorsque la police lui a demandé pourquoi il avait déposé les ordures devant chez le voisin, l'appelant a nié avoir accompli un tel acte et il n'a pas mentionné non plus qu'il avait jeté son manteau et ses bottes. Un témoin expert a affirmé que le manteau et les bottes de l'assassin auraient normalement été tachés de sang. D'une façon générale, Wildman a fourni des versions différentes en ce qui concerne les bottes, le manteau, les sacs à ordures et la hachette et, dans ses diverses déclarations à la police et à d'autres personnes telles que son propriétaire McIsaac et Dan Curry, il semble avoir été intentionnellement évasif, il a été très peu coopératif et, en conséquence, on doit considérer son comportement comme très suspect.

Compte tenu de cette seule preuve, on ne peut pas dire qu'un verdict de culpabilité aurait été déraisonnable; on ne pourrait pas non plus considérer comme déraisonnable qu'un jury ait un doute raisonnable et qu'il acquitte l'accusé. Il existe des éléments de preuve circonstancielle convaincants à partir desquels un jury pouvait être convaincu au-delà de tout doute raisonnable, mais je ne peux pas dire que la preuve soit accablante, comme l'a affirmé la Cour d'appel.

La raison pour laquelle la Cour d'appel a jugé la preuve accablante découle de la preuve additionnelle suivante.

Tricia est disparue le 15 février et son corps a été découvert quatre jours plus tard, soit le 19 février. Avant cette date, personne ne pouvait être sûr que Tricia était décédée, on ne pouvait pas savoir non plus si elle s'était donné la mort ou si celle-ci impliquait une autre personne, ni si elle était accidentelle ou intentionnelle, et on ne connaissait pas non plus la nature et l'emplacement des blessures infligées, l'instrument, le cas échéant, qui avait été utilisé ou vraisemblablement utilisé pour les infliger. Pourtant, le 16 février, Wildman a téléphoné à M^e Beyer, l'avocat qui s'occupait de son divorce, et lui a dit [TRADUCTION] «que son épouse l'avait accusé d'avoir tué Tricia avec une hache».

Après la découverte du corps de Tricia le 19 février, la police a cherché une hachette en raison

from the body, started looking for a hatchet. On that day a press release by the police said that "she had been battered with a blunt instrument". On that evening the police interrogated Wildman about a hatchet.

On the 20th Wildman said to a witness that "someone put an axe in Tricia's head". It was only on February 23 that the police revealed with precision the nature of the wounds, and only on February 28 the use of a hatchet.

On February 19, 23 and 25, the appellant mentioned to various persons that "Tricia had been killed with an axe". His knowledge of the circumstances of the crime on the 19th, 23rd and 25th is not unexplained. He was questioned with insistence by the police on the 19th about a hatchet and the police press release referred to Tricia having been battered with a blunt instrument. It would not be unreasonable for Wildman to suspect that the police were of the view that the blunt instrument was a hatchet and that some of the wounds, if not all, would be to the head, since Tricia had been "battered" to death. But what needed explanation was his statement to his lawyer on the 16th. Whoever knew those details on that date had to either have participated or witnessed the crime, or have received the information from someone who had. In his testimony he attempted to explain this knowledge; Wildman testified as follows:

Q. Prior to that question of a hatchet being discussed between you and Detective Sergeant Stephenson, had any other police officer told you about a hatchet, or asked you about a hatchet?

A. No, sir.

Q. Had any other person?

A. Yes, sir.

Q. When?

A. On Thursday, the day after Tricia disappeared.

He was not questioned any further about this person because of a ruling the trial judge had made in the course of the Crown's case.

de la découverte de l'étui à vingt-huit pouces du corps. Ce même jour, la police a diffusé un communiqué disant que [TRADUCTION] «elle a été battue à l'aide d'un instrument contondant». Ce soir-là, la police a interrogé Wildman au sujet d'une hachette.

Le 20 février, Wildman a dit à un témoin que [TRADUCTION] «quelqu'un a planté une hache dans la tête de Tricia». Ce n'est que le 23 février que la police a divulgué avec précision la nature des blessures et ce n'est que le 28 février qu'elle a parlé de l'utilisation d'une hachette.

Les 19, 23 et 25 février, l'appelant a mentionné à différentes personnes que [TRADUCTION] «Tricia a été tuée à l'aide d'une hache». Sa connaissance des circonstances du crime qu'il a divulguées ces trois jours-là s'explique. Le 19 février, la police l'a interrogé avec insistance au sujet d'une hachette et elle a indiqué dans son communiqué de presse que Tricia avait été battue à l'aide d'un instrument contondant. Wildman pouvait soupçonner que la police pensait que l'instrument contondant était une hachette et que certaines blessures, sinon toutes, avaient été causées à la tête, puisque Tricia avait été «battue» mortellement. Mais ce qu'il fallait cependant expliquer, c'était la déclaration qu'il a faite à son avocat le 16 février. Quiconque connaissait ces détails ce jour-là devait avoir participé au crime, en avoir été le témoin ou avoir reçu des renseignements d'une personne qui y avait participé ou en avait été le témoin. Dans son témoignage où il a tenté d'expliquer cette connaissance, Wildman a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Q. Avant que le sergent-détective Stephenson ne discute avec vous de cette question de la hachette, est-ce qu'un autre agent de police vous a parlé ou interrogé à ce sujet?

R. Non monsieur.

Q. Est-ce qu'une autre personne l'a fait?

R. Oui monsieur.

Q. Quand?

R. Le jeudi, lendemain de la disparition de Tricia.

Il n'a pas été interrogé davantage au sujet de cette personne en raison d'une décision rendue par le juge du procès au cours de la présentation de la preuve à charge.

The ruling

In the course of cross-examining Mrs. Beverly McIsaac and Mr. Ronald McIsaac, the attorney for the defence was denied the right to elicit the contents of a conversation which took place over the phone at the McIsaacs' on February 16. Wildman was at the McIsaacs' when the phone rang. Mrs. McIsaac answered and she identified the voice as being that of Mrs. Wildman. Mrs. Wildman accused her, Mr. McIsaac and John Wildman of "murdering Tricia with a hatchet". Mr. McIsaac got on the phone and would have corroborated the conversation, though uncertain as to the identity of the voice because he had not, as his wife had many times previously, ever spoken to Mrs. Wildman on the phone. The McIsaacs' had been examined on the matter at the preliminary inquiry.

Mrs. McIsaac:

Q. I understand, Mrs. McIsaac, that on Thursday night—that would be the day after Tricia Paquette disappeared, I understand that you received a phone call from someone who identified herself as Joyce Wildman. Am I correct?

A. Yes.

Q. The phone call went to your apartment and you answered it?

A. Yes.

Q. Would you agree with me that, whoever made that phone call indicated to you, or sorry, that they accused you and Ron and John Wildman of murdering Tricia Paquette with a hatchet?

A. That is right. They did.

Q. That is the day after Tricia disappeared?

A. Yes.

Q. Did you, prior to that day, ever talk on the telephone with Joyce Wildman?

A. She would phone and start arguing with us and kept calling us murderers and that . . .

And, later on:

Q. If I might go back to the telephone call you received from someone who said she was Joyce Wildman, on Thursday, during that telephone conversation, did your husband speak to that person?

La décision

Au cours du contre-interrogatoire de M^{me} Beverly McIsaac et de M. Ronald McIsaac, le procureur de la défense s'est vu refuser le droit de faire la lumière sur la teneur d'une conversation téléphonique qui a eu lieu chez les McIsaac le 16 février. Wildman se trouvait chez ces derniers lorsque le téléphone a sonné. M^{me} McIsaac a répondu et elle a reconnu la voix de M^{me} Wildman. Celle-ci l'a accusée, ainsi que M. McIsaac et John Wildman, d'avoir [TRADUCTION] «tué Tricia avec une hachette». M. McIsaac s'est mis au téléphone et il aurait corroboré la conversation, même s'il n'était pas certain de l'identité de la voix, puisqu'il n'avait jamais parlé à M^{me} Wildman au téléphone contrairement à son épouse qui l'avait fait à plusieurs reprises. Les McIsaac ont été interrogés à ce sujet à l'enquête préliminaire.

[TRADUCTION] M^{me} McIsaac:

Q. Je crois comprendre, M^{me} McIsaac, que le jeudi soir—c'est-à-dire le lendemain de la disparition de Tricia Paquette, je crois comprendre que vous avez reçu un appel téléphonique de quelqu'un qui s'est identifié comme étant Joyce Wildman. Est-ce exact?

R. Oui.

Q. Le téléphone a sonné dans votre appartement et vous avez répondu?

R. Oui.

Q. Êtes-vous d'accord avec moi pour dire que la personne qui a fait cet appel téléphonique vous a indiqué, ou pardon, vous a accusée, ainsi que Ron et John Wildman, d'avoir tué Tricia Paquette à l'aide d'une hachette?

R. C'est exact. Effectivement.

Q. Est-ce le lendemain de la disparition de Tricia?

R. Oui.

Q. Aviez-vous, avant ce jour-là, déjà parlé à Joyce Wildman au téléphone?

R. Elle a téléphoné, s'est mise à se disputer avec nous et ne cessait pas de nous traiter d'assassins et de . . .

Et par la suite:

[TRADUCTION] Q. Si je peux revenir à l'appel téléphonique que vous avez reçu le jeudi de quelqu'un qui a dit être Joyce Wildman, est-ce que votre mari a parlé à cette personne au cours de cette conversation téléphonique?

A. I answered the phone and my husband got the phone and she called him a murderer and John and I murderers.

Q. Did John talk to that person on the telephone or was it just you and your husband?

A. Just my husband and I.

Q. When she said that you and Ron and John had murdered Tricia with an axe or hatchet, do you remember which it was she said? An axe or hatchet?

A. It was a hatchet, I think.

Q. When she said that, do you remember what you said to her?

A. I just told her no, we didn't . . . have anything to do with it.

Q. Up to that point, was that the first time that you can remember any mention being made of a hatchet, either on the radio or in the newspaper or T.V.?

A. It seemed to me that that person knew about the hatchet before anyone else did.

Q. Was that the first time that the hatchet was brought to your attention?

A. Yes.

Mr. McIsaac:

Q. I understand, Mr. McIsaac, that, on the Thursday after Tricia was missing, that you received a phone call from a person who told you they were Joyce Wildman; is that correct?

A. Yes.

Q. And in that phone conversation, this woman, who said she was Joyce Wildman, accused you and your wife and John Wildman of killing Patricia with a hatchet?

A. That is right.

Q. I suggest to you that you took the phone from your wife and discussed that, or heard that same accusation from the person who said she was Joyce Wildman; is that correct?

A. Yes.

Q. Up to that point, after Tricia had been missing, had you received any information from the newspaper or radio or T.V.?

A. Yes.

Q. Just a moment. Was there any information, from those sources, that there was a hatchet involved in killing Tricia, or was the phone call the first time that the hatchet was brought to your attention?

R. J'ai répondu au téléphone et mon mari a pris le récepteur et elle l'a traité, ainsi que John et moi, d'assassins.

Q. John a-t-il parlé à cette personne au téléphone ou était-ce seulement vous et votre mari?

R. Seulement mon mari et moi.

Q. Lorsqu'elle a dit que vous, Ron et John aviez tué Tricia à l'aide d'une hache ou d'une hachette, vous rappelez-vous ce qu'elle a dit? Une hache ou une hachette?

R. C'était une hachette, je pense.

Q. Lorsqu'elle a dit cela, vous rappelez-vous ce que vous lui avez répondu?

R. Je lui ai simplement dit non, nous n'avions . . . rien à voir avec cela.

Q. Était-ce la première fois à ce moment-là qu'on faisait mention d'une hachette, à la radio, dans les journaux ou à la télévision?

R. Il me semble que cette personne était la toute première à être au courant de la hachette.

Q. Était-ce la première fois qu'on attirait votre attention sur la hachette?

R. Oui.

M. McIsaac:

Q. Je crois comprendre, M. McIsaac, que le jeudi qui a suivi la disparition de Tricia, vous avez reçu un appel téléphonique d'une personne qui vous a dit être Joyce Wildman; est-ce exact?

R. Oui.

Q. Et au cours de cette conversation téléphonique, cette femme, qui a dit être Joyce Wildman, vous a accusé, ainsi que votre épouse et John Wildman, d'avoir tué Patricia à l'aide d'une hachette?

R. C'est exact.

Q. Si je vous dis que vous avez pris le récepteur des mains de votre épouse et avez discuté de cette question, ou que vous avez entendu la même accusation provenant de la personne qui a dit être Joyce Wildman; est-ce exact?

R. Oui.

Q. Après la disparition de Tricia et jusqu'à ce moment-là, aviez-vous obtenu des informations dans les journaux, à la radio ou à la télévision?

R. Oui.

Q. Un instant. Avez-vous su par l'entremise de ces sources d'information qu'une hachette avait servi à tuer Tricia ou était-ce la première fois au cours de la conversation téléphonique qu'on a attiré votre attention sur la hachette?

A. Yes, it was the first time.

Q. When you talked to that person on the phone, who said she was Joyce Wildman, did it appear they had been drinking or could you tell?

A. I couldn't tell.

Q. From the time you became John Wildman's landlord, you had a number of times to see and talk to Joyce Wildman?

A. Yes.

Q. She came to John's apartment a number of times?

A. Yes.

Q. Did the voice on the telephone, on Thursday night, accusing you of killing Tricia with a hatchet, did that sound to you like Joyce Wildman's voice?

A. I really couldn't say because I never talked to her on the phone before.

All agree that proof of the conversation was admissible and that the trial judge erred in disallowing it. The result is twofold. It left unexplained the most incriminating evidence adduced against Wildman. It also deprived him of the right to put before the jury the fact that, for some reason, his wife, or somebody purporting to be his wife, knew before the body was discovered that Tricia was dead, that she had been murdered and that the instrument used was a hatchet!

The importance of this evidence to the defence was directly proportional to the incriminating effect the evidence it sought to explain had against the accused. Unexplained, that knowledge by the accused was very incriminating and, as I said before, made the circumstantial evidence "overwhelming" as said the Court of Appeal.

Witness the fact that the Crown, when addressing the jury, stressed at some length the fact that Wildman had incriminating knowledge of the circumstances of her death.

Witness also what the trial judge said in his charge:

Mr. Beyer was called by the defence, and he was acting for Wildman. In cross-examination by Mr. Swan-

R. Oui, c'était la première fois.

Q. Lorsque vous avez parlé au téléphone à cette personne qui a dit être Joyce Wildman, vous a-t-il semblé qu'elle avait bu ou pourriez-vous l'affirmer?

R. Je ne pourrais pas l'affirmer.

Q. À partir du moment où vous êtes devenu le locateur de John Wildman, vous avez à certaines reprises vu Joyce Wildman et vous lui avez parlé?

R. Oui.

Q. Elle s'est rendue à l'appartement de John à plusieurs reprises?

R. Oui.

Q. Est-ce que la voix que vous avez entendue au téléphone le jeudi soir, vous accusant d'avoir tué Tricia à l'aide d'une hachette, vous a semblé être la voix de Joyce Wildman?

R. Je ne pourrais vraiment pas le dire parce que je ne lui avais jamais parlé au téléphone.

Il y a unanimité pour dire que la preuve de la conversation était admissible et que le juge du procès a commis une erreur en la rejetant. Ce rejet a deux effets. Il laisse inexplicquée la preuve la plus incriminante présentée contre Wildman. Il le prive en outre du droit de soumettre au jury le fait que, pour une raison ou une autre, son épouse ou une personne se disant son épouse savait, avant la découverte du corps, que Tricia était morte, qu'elle avait été assassinée et que l'instrument utilisé était une hachette!

L'importance de cette preuve pour la défense est directement proportionnelle à l'effet incriminant que la preuve qu'elle cherchait à expliquer avait contre l'accusé. Étant inexplicquée, cette connaissance de la part de l'accusé était très incriminante et, comme je l'ai déjà dit, elle rendait la preuve circonstancielle «accablante» comme l'a dit la Cour d'appel.

La preuve en est que le ministère public, lorsqu'il s'est adressé au jury, a insisté sur le fait que Wildman avait une connaissance incriminante des circonstances du décès.

La preuve en est également que le juge du procès a dit dans son exposé:

[TRADUCTION] M^c Beyer qui représentait Wildman a été cité par la défense. Contre-interrogé par M^c Swan-

son he said that the accused spoke to him—and I do not recall whether it was on the telephone or in person—on February the 16th—no, he said he had a call from Wildman and that Wildman said that his wife was accusing him of killing Tricia with an axe. That is Thursday the 16th. The child's body had not yet been found.

The accused, as a result of the exclusion of Mr. and Mrs. McIsaacs' testimony on that point, was the only one left asserting the existence of this accusation by his wife on the phone.

The trial judge told the jury:

You alone are the judges of the facts. You will have to judge whether that was said and how Joyce could know. Did she tell this to John or accuse him of this? You have to judge, did Mr. Beyer hear that, or is it correctly reported by him, and you may think that Mr. Beyer has no interest in this matter.

The Crown then asks for you to consider Guillemette's evidence. About three days before the body was found—no, I will deal with this aspect of it in a moment.

If you do not accept the evidence that Joyce told him on Thursday, February the 16th, that Tricia was killed with an axe, how could he know? The Crown says that the only person or persons who could know were the person or persons who in fact used that axe to kill Tricia. You will recall that the gentleman who owned the hairdressing establishment was called, and he said that Joyce was working there from fairly early in the morning on Wednesday the 15th until 4.00 o'clock in the afternoon.

If you accept his evidence, then Joyce was not at the river that morning with Tricia.

The jury's request is very eloquent as regards the importance of the evidence of the knowledge and, as a corollary, the damaging effect of excluding its explanation.

After four hours of deliberation the jury returned and asked the judge the following:

FOREMAN OF THE JURY: We would like the details of the timing relative to the January 20th events concerning the receptionist at the Children's Aid Society, of Joyce Smoke, Detective White, and Mr. Wildman's personal recollection of that time period.

son, il a déclaré que l'accusé lui a parlé—je ne me souviens pas si c'était au téléphone ou en personne—le 16 février—non, il a dit avoir reçu un appel de Wildman qui lui a déclaré que son épouse l'accusait d'avoir tué Tricia avec une hache. C'est jeudi le 16. Le corps de l'enfant n'avait pas encore été trouvé.

En raison de l'exclusion du témoignage de M. et de M^{me} McIsaac sur ce point, l'accusé était la seule autre personne à pouvoir établir l'existence de cette accusation portée par son épouse au téléphone.

Le juge du procès a dit au jury:

[TRADUCTION] Vous êtes les seuls juges des faits. Vous devrez décider si cela a été dit et comment Joyce a pu le savoir. A-t-elle dit cela à John ou l'accuse-t-elle de cela? Vous devez décider si M^e Beyer a entendu cela ou s'il l'a rapporté correctement, et vous pouvez penser que M^e Beyer n'a aucun intérêt dans cette affaire.

La poursuite vous demande alors d'examiner le témoignage de Guillemette. Environ trois jours avant la découverte du corps—non, j'examinerai cet aspect de la question dans un instant.

Si vous n'acceptez pas la preuve que Joyce lui a dit le jeudi 16 février que Tricia avait été tuée à l'aide d'une hache, comment pouvait-il le savoir? La poursuite prétend que la seule personne ou les seules personnes qui pouvaient le savoir étaient celles qui ont effectivement utilisé cette hache pour tuer Tricia. Vous vous souviendrez que l'homme qui est propriétaire du salon de coiffure a témoigné que Joyce travaillait à cet endroit et qu'elle s'y était rendue tôt le mercredi 15 et avait terminé à 16 heures.

Si vous acceptez son témoignage, Joyce ne se trouvait pas à la rivière ce matin-là avec Tricia.

La question du jury est très significative en ce qui concerne l'importance de la preuve de la connaissance et, en corollaire, l'effet préjudiciable causé par le rejet de son explication.

Après quatre heures de délibération, le jury est revenu devant le juge et lui a demandé:

[TRADUCTION] LE PRÉSIDENT DU JURY: Nous aimerions connaître en détail la chronologie des événements du 20 janvier en ce qui concerne la réceptionniste de la Société d'aide à l'enfance, Joyce Smoke, le détective White et le souvenir que M. Wildman conserve de cette période.

We would like to re-hear the testimony of the solicitor, Mr. Beyer.

HIS LORDSHIP: The whole of it?

THE FOREMAN OF THE JURY: Your lordship, we feel it is relatively short and we would like to hear what he has to say.

As regards Mr. Beyer's testimony, the judge read his personal notes to the jury, and said:

Now, if you are not satisfied with that, would you like to hear the tape?

FOREMAN OF THE JURY: Sir, I would like to hear, I would like to hear the last portion of the tape pertaining to the discussion re the remarks attributed to Mrs. Wildman, made to Mr. Beyer by Mr. Wildman regarding the hatchet.

HIS LORDSHIP: All right.

After hearing the tape, the jury retired and came back an hour and a half later with a verdict of guilty.

Mr. Beyer's testimony was crucial and in fact fatal to the accused. The judge put the matter quite properly when he told the jury that if they did not accept the accused's (sole) evidence that Joyce had told him "that Tricia was killed with an axe, how could he know?"

The judge was quite right in this. And the inference to be drawn from this knowledge of the accused would then be that he had to have been there.

The proviso of s. 613(1)(b)(iii)

As regards resort by a Court of Appeal to the proviso of s. 613(1)(b)(iii) the law has been clearly laid down by this Court in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. Cartwright J.'s formulation of the test was as follows, at p. 744:

... once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred. The satisfaction of this onus is a condition precedent to the right of the Appellate Court to apply the terms of the subsection at all. The Court is not bound to apply the subsection merely because this onus is discharged.

Nous aimerions réentendre le témoignage de M^e Beyer.

SA SEIGNEURIE: Tout le témoignage?

LE PRÉSIDENT DU JURY: Votre Seigneurie, nous estimons qu'il est relativement court et nous aimerions entendre ce qu'il a à dire.

En ce qui concerne la déposition de M^e Beyer, le juge a lu ses notes personnelles au jury et il a dit:

[TRADUCTION] Eh bien, si cela ne vous satisfait pas, aimeriez-vous entendre la bande enregistrée?

LE PRÉSIDENT DU JURY: Monsieur, j'aimerais entendre, j'aimerais entendre la dernière partie de la bande enregistrée concernant la discussion portant sur les remarques attribuées à M^{me} Wildman, que M. Wildman a faites à M^e Beyer concernant la hachette.

SA SEIGNEURIE: Très bien.

Après avoir entendu la bande enregistrée, le jury s'est retiré et il est revenu une heure et demie plus tard pour prononcer un verdict de culpabilité.

Le témoignage de M^e Beyer a été crucial et en fait, il a porté un coup fatal à l'accusé. Le juge a exposé la question très clairement lorsqu'il a dit au jury que s'il n'acceptait pas l'(unique) preuve de l'accusé suivant laquelle Joyce lui a dit [TRADUCTION] «que Tricia avait été tuée à l'aide d'une hache, comment pouvait-il le savoir?»

Le juge a eu tout à fait raison à cet égard. Et on doit déduire de cette connaissance de la part de l'accusé qu'il devait se trouver à cet endroit.

La réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii)

En ce qui concerne le recours par une cour d'appel à la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii), cette Cour a clairement énoncé la règle de droit dans l'arrêt *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. Voici comment le juge Cartwright a formulé le critère à la p. 744:

[TRADUCTION] ... une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite. Cette preuve est une condition préalable de toute application des dispositions de ce sous-alinéa par la Cour d'appel. La Cour n'est pas tenue de l'appliquer du seul fait que cette obligation se trouve remplie.

Under our system of law a man on trial for his life is entitled to the verdict of a jury which has been accurately and adequately instructed as to the law. The construction of s. 592(1)(b)(iii) contended for by the Crown in this case would transfer from the jury to the Court of Appeal the question whether the evidence established the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. To adapt the words of Lord Herschell in *Makin v. Attorney General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 at 70, the judges would in truth be substituted for the jury, the verdict would become theirs and theirs alone, and would be arrived at upon a perusal of the evidence without any opportunity of seeing the demeanour of the witnesses and weighing the evidence with the assistance which this affords.

The determination as to whether the verdict "would necessarily have been the same if such error had not occurred" is generally made upon a reading of the evidence put to the jury.

But when the error of law is the preclusion of exculpatory evidence, then the determination must be made with regard to the entirety of the evidence, that evidence having been included, and in the light of the effect the excluded evidence could, within reason, possibly have had on the evidence that did go to the jury. Any reasonable effect that excluded evidence could have had on the jury should, in applying s. 613(1)(b)(iii), enure to the benefit of the accused. When the excluded evidence is, as in this case, of a certain importance and might reasonably have had an effect on the jury then, even assuming we in this Court would have nevertheless convicted, I find it difficult to be satisfied that the jury would have necessarily agreed with us. Any reasonable, possible effect of that excluded evidence on the jury should enure to the benefit of Wildman.

The effect of the McIsaacs' testimony would have been to corroborate the accused's explanation and thereby to tend to negate the inference that the accused had to have been there—the very inference that the jury was concerned about. Had that evidence been adduced, it would have then been open to the jury not to entertain the inference and, as a result, we would then be left with evidence which, as I have already stated, while sufficient to support a conviction, would not make an acquittal unreasonable; therefore the Crown has

Dans notre système juridique, une personne dont la vie est en jeu a droit au verdict d'un jury informé correctement et suffisamment sur l'état du droit. L'interprétation de l'art. 592(1)(b)(iii) invoquée par la Couronne en l'espèce conférerait non plus au jury mais à la Cour d'appel la question de savoir si les éléments de preuve ont démontré la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable. Pour reprendre les termes de lord Herschell dans l'arrêt *Makin v. Attorney General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 70, les juges se substitueraient véritablement au jury et ils rendraient leur propre verdict en examinant attentivement la preuve sans avoir la possibilité de voir le comportement des témoins et de peser la preuve et sans bénéficier des avantages qui en résultent.

La question de savoir si le verdict «aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite» est généralement tranchée après un examen de la preuve offerte au jury.

Mais lorsque l'erreur de droit consiste en l'exclusion d'une preuve disculpatoire, la décision doit être rendue compte tenu de l'ensemble de la preuve, cette preuve comprise, et en fonction de l'effet que la preuve exclue pourrait raisonnablement avoir eu sur la preuve soumise au jury. Aux fins de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii), l'accusé doit bénéficier de tout effet raisonnable que la preuve exclue aurait pu avoir sur le jury. Lorsque la preuve exclue revêt, comme en l'espèce, une certaine importance et aurait normalement pu avoir un effet sur le jury, même si l'on présume que les membres de cette Cour auraient néanmoins rendu un verdict de culpabilité, je peux difficilement être convaincu que le jury aurait nécessairement été d'accord avec nous. Wildman doit bénéficier de tout effet raisonnable que cette preuve exclue aurait pu avoir sur le jury.

Le témoignage des McIsaac aurait eu pour effet de corroborer l'explication de l'accusé et, de ce fait, de faire obstacle à la déduction portant que l'accusé avait dû se trouver là, la déduction même dont se préoccupait le jury. Une fois cette preuve présentée, il était loisible au jury de ne plus faire cette déduction; le cas échéant, la preuve résiduelle, quoique suffisante pour justifier un verdict de culpabilité, ne serait par ailleurs pas suffisante pour rendre déraisonnable un verdict d'acquiescement; par conséquent, le ministère public ne m'a

not, in my respectful view, met the onus of satisfying me "that the verdict would necessarily have been the same", had the defence been allowed, as was its right, to adduce the evidence of the telephone conversation of February 16 (see *Colpitts v. The Queen, supra*). I would, therefore, on this ground allow the appeal, and order a new trial.

The other grounds

The other two grounds for appeal can be disposed of together. Being of the view that a new trial should be ordered, I would normally, in order to avoid any further appeal arising out of those grounds, deal with the matter as to whether the spouse would, at the trial be a compellable witness under the circumstances of this case and, if not, whether and to what extent comment could be made by the Crown as to why she was not called to testify. But those problems will not arise at the new trial in view of the introduction to s. 4 of the *Canada Evidence Act supra*, of subs. (3.1), which covers the situation as follows:

(3.1) The wife or husband of a person charged with an offence against any of sections 203, 204, 218, 219, 220, 222, 223, 245, 245.1, 245.2 or 245.3 of the *Criminal Code* where the complainant or victim is under the age of fourteen years is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

The new trial will be governed by that section.

Indeed s. 36(d) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, states that:

36. Where an enactment (in this section called the "former enactment") is repealed and another enactment (in this section called the "new enactment") is substituted therefor,

(d) the procedure established by the new enactment shall be followed as far as it can be adapted thereto in the recovery or enforcement of penalties and forfeitures incurred, and in the enforcement of rights, existing or accruing under the former enactment or in a proceeding in relation to matters that have happened before the repeal;

pas convaincu, à mon humble avis, «que le verdict aurait nécessairement été le même», si l'accusé avait été autorisé, comme cela était son droit, à faire la preuve de la conversation téléphonique du 16 février (voir *Colpitts v. The Queen*, précité). Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif et d'ordonner un nouveau procès.

Les autres moyens d'appel

Les deux autres moyens d'appel peuvent être traités ensemble. Étant d'avis qu'il doit y avoir un nouveau procès et afin d'éviter que ces moyens d'appel ne donnent ouverture à un autre pourvoi, je serais normalement d'avis d'examiner la question de savoir si le conjoint est, au cours du procès, un témoin contraignable dans les circonstances de l'espèce et, dans la négative, si et dans quelle mesure le ministère public peut commenter la raison pour laquelle elle n'a pas été citée comme témoin. Ces problèmes ne se poseront cependant pas au cours du nouveau procès, étant donné l'ajout du par. (3.1) à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, paragraphe qui vise la situation en l'espèce:

(3.1) La femme ou le mari d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 203, 204, 218, 219, 220, 222, 223, 245, 245.1, 245.2 ou 245.3 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgée de moins de quatorze ans, est un témoin compétent et contraignable pour la poursuite sans le consentement de la personne qui est accusée.

Cet article régira le nouveau procès.

En effet, l'al. 36d) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23 prévoit:

36. Lorsqu'un texte législatif (au présent article appelé «texte antérieur») est abrogé et qu'un autre texte législatif (au présent article appelé «nouveau texte») y est substitué,

d) la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, autant qu'elle peut y être adaptée, dans le recouvrement ou l'imposition des peines et confiscations encourues et pour faire valoir des droits existant ou naissant aux termes du texte antérieur, ou dans toute procédure concernant des choses survenues avant l'abrogation;

This is an enactment of the common law rule that there is no vested right in procedure along with a limitation to the effect that the following of the new procedure must be feasible (see *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221). Therefore, a new procedure applies to pending suits without breaching the "rule of interpretation to the effect that statutes ought, if possible, to be interpreted so as to respect vested rights" (see E.A. Driedger, "The Retrospective Operation of Statutes", *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, University of Toronto Press, 1953, pp. 5 *et seq.*) Section 36(d) of the *Interpretation Act* uses procedure in a wide sense and that expression includes the rules of evidence. On the point, *Phipson on Evidence*, 13th ed., 1982, at p. 1:

Law is commonly divided into substantive law, which defines rights, duties and liabilities; and adjective law, which defines the procedure, pleading and proof by which the substantive law is applied in practice.

The rules of procedure regulate the general conduct of litigation; the object of pleading is to ascertain for the guidance of the parties and the court the material facts in issue in each particular case; proof is the establishment of such facts by proper legal means to the satisfaction of the court, and in this sense includes disproof. The first-mentioned term is, however, often used to include the other two.

(Emphasis added.)

Some rules of evidence must nevertheless be excluded for they are not merely procedural, they create rights and not merely expectations and, as such, are not only adjectival but of a substantive nature. Such has been found to be the case for rules or laws creating presumptions arising out of certain facts. (See, for example, as regards the presumption of advancement in questions of ownership of property as between husband and wife, *Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 S.C.R. 548.) P. Roubier, in *Le droit transitoire*, 2nd ed., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, at p. 237, rationalizes their exclusion because, says he, [TRANSLATION] "As these rules are independent of the existence of an issue, they are not affected by the fact that there is

Cette disposition énonce la règle de *common law* selon laquelle il n'existe pas de droit acquis en procédure, pour autant que la mise en oeuvre de la nouvelle procédure soit, en pratique, possible (voir *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221). Par conséquent, une nouvelle procédure s'applique aux poursuites en cours sans qu'il y ait atteinte à la [TRADUCTION] «règle d'interprétation selon laquelle les lois doivent, dans la mesure du possible, être interprétées de façon à respecter les droits acquis» (voir E.A. Driedger, «The Retrospective Operation of Statutes», *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, University of Toronto Press, 1953, aux pp. 5 *et suiv.*) L'alinéa 36d) de la *Loi d'interprétation* emploie le mot procédure dans son sens large et cette expression comprend les règles de preuve. Voici ce qu'on retrouve dans l'ouvrage *Phipson on Evidence*, 13^e éd., 1982, à la p. 1:

[TRADUCTION] Le droit se divise ordinairement en règles de fond, qui définissent les droits, les obligations et les responsabilités; et en règles de procédure qui définissent la procédure, les actes de procédure et la preuve qui permettent d'appliquer les règles de fond.

Les règles de procédure régissent la conduite générale d'un procès; les actes de procédure ont pour objet de déterminer à l'intention des parties et de la cour les faits importants en litige dans un cas donné; la preuve consiste à établir ces faits par des moyens juridiques appropriés à la satisfaction de la cour et, en ce sens, elle comprend la réfutation d'une preuve. Cependant, le premier terme mentionné englobe souvent les deux autres.

(C'est moi qui souligne.)

Certaines règles de preuve doivent néanmoins être exclues car elles ne sont pas de simples règles de procédure, elles créent des droits et non simplement des expectatives et, comme telles, elles sont non seulement des règles de forme mais également des règles de fond. On a jugé qu'il en était ainsi des règles ou des lois créant des présomptions découlant de certains faits. (Voir par exemple l'arrêt *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548 en ce qui concerne la présomption d'avancement au sujet de la propriété de biens-fonds entre conjoints). Dans *Le droit transitoire*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, à la p. 237, P. Roubier rationalise l'exclusion de ces règles parce que, dit-il, «ces règles étant indépendantes de l'existence

litigation in progress". Such is also the case of the lawyer-client privilege resulting from a person's right to the confidentiality of his lawyer, irrespective of whether there is litigation, (see *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860). The courts, for obvious reasons of logic, have not excluded under new laws, for want of certain new prerequisites to its admissibility, evidence which had complied with the prerequisites of the previous. *R. v. Ali*, *supra*, is an illustration of this approach, using the proviso "as far as it can be adapted thereto" of s. 36(d) of the *Interpretation Act*. (For a more thorough review of the case law on the matter, see Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (1982), at pp. 155 *et seq.*) But such is not the case as regards a spouse's incompetence to testify.

Spouses do not have a substantive right to the confidentiality as to what either was seen doing by the other or to the confidentiality of what was to the other communicated by either.

The incompetence and uncompellability of s. 4 of the *Canada Evidence Act*, *supra*, is not the result of a substantive right to confidentiality and is merely procedural.

If a new trial ensues, Mrs. Wildman will be a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the accused.

To conclude, I would allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant: Robert J. Carter, Toronto.

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

d'un litige, ne sont pas modifiées par la survenance d'un procès». Il en est de même du secret professionnel entre avocat et client découlant du droit d'une personne aux rapports confidentiels avec son avocat, qu'il y ait ou non litige (voir *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860). Pour des raisons de logique évidentes, les tribunaux n'ont pas exclu, en vertu de lois nouvelles, la preuve qui respectait les conditions fixées par les lois antérieures mais où il manquait certaines conditions d'admissibilité exigées par la nouvelle loi. L'arrêt *R. c. Ali*, précité, qui emploie la réserve «autant qu'elle peut y être adaptée» de l'al. 36d) de la *Loi d'interprétation*, illustre ce point de vue. (Pour les fins d'un examen plus approfondi de la jurisprudence en la matière, voir Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (1982), aux pp. 155 et suiv.) Il n'en est pas ainsi en ce qui concerne l'incapacité d'un conjoint à témoigner.

La confidentialité des rapports entre conjoints, lorsque l'un d'eux est témoin d'un acte de son conjoint ou lorsque l'un d'eux communique avec son conjoint, ne relève pas d'une règle de fond.

L'incapacité et l'impossibilité de contraindre prévues à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, ne résultent pas d'une règle de fond en matière de confidentialité, il s'agit d'une simple règle de procédure.

S'il y a un nouveau procès, M^{me} Wildman sera un témoin compétent et contraignable pour la poursuite sans le consentement de l'accusé.

En conclusion, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appellant: Robert J. Carter, Toronto.

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