

Gary Lee Cassidy *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CASSIDY

File No.: 20285.

1989: February 23; 1989: September 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Possession of weapon for a purpose dangerous to public peace — Accused intoxicated when ordering police from home with shotgun — Appellate court setting aside acquittal and entering conviction — Whether or not elements of offence made out — Whether or not Court of Appeal erred in ordering conviction instead of new trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 613(4)(a), (b)(i), (ii).

Courts — Appeal — Appellate court setting aside acquittal and entering conviction — Intoxication giving rise to question as to ability to form requisite intent — Whether or not elements of offence made out — Whether or not Court of Appeal erred in ordering conviction instead of new trial.

Two police officers attended at the home of the appellant's mother to investigate the recovery of her missing car in a damaged condition. The appellant, who appeared drunk and belligerent during questioning by police, forced the officers from the house with a shotgun. He was arrested when he came out of the house unarmed and was charged with possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace contrary to s. 85 of the *Criminal Code*. The trial judge found that the elements of the offence— possession and a prior intent for a purpose dangerous to the public peace—had not been met since on the facts there was no appreciable gap between the possession of the gun and the confron-

Gary Lee Cassidy *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. C. CASSIDY

N° du greffe: 20285.

1989: 23 février; 1989: 14 septembre.

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

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

d

Droit criminel — Possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique — L'accusé était dans un état d'intoxication lorsqu'il a sommé les policiers de quitter le domicile avec un fusil — Annulation de l'acquittal et inscription d'une déclaration de culpabilité par la Cour d'appel — Les éléments de l'infraction ont-ils été prouvés? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 613(4)a, b(i), (ii).

Tribunaux — Appel — Annulation de l'acquittal et inscription d'une déclaration de culpabilité par la Cour d'appel — État d'intoxication soulevant la question de la capacité d'avoir l'intention requise — Les éléments de l'infraction ont-ils été prouvés? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès?

h Deux policiers se sont présentés au domicile de la mère de l'appellant pour enquêter sur sa voiture disparue qui avait été retrouvée endommagée. L'appellant, qui semblait ivre et belliqueux au cours de l'interrogatoire des policiers, les a sommés de quitter le domicile avec un fusil. Il a été arrêté lorsqu'il est sorti de la maison sans arme et a été accusé d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement à l'art. 85 du *Code criminel*. Le juge du procès a conclu que les éléments de l'infraction, savoir la possession et l'intention préalable d'un dessein dangereux pour la paix publique, n'avaient pas été prouvés puisque, selon les faits, il n'y avait pas eu de laps de

tation with the officers. He also noted that appellant had been in an advanced state of intoxication. The Court of Appeal for Ontario set aside the acquittal and entered a conviction pursuant to s. 613(4)(b)(ii) of the *Code*. The appellant appealed as of right, requesting that that decision be overturned and that his acquittal be restored or that a new trial be ordered. The issues addressed by this Court were: (1) whether the trial judge erred in determining that the elements of the offence were not made out because there was no gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon; and, (2) whether the Court of Appeal erred in law in ordering a conviction instead of a new trial, in light of the defence that the appellant was too intoxicated to be able to form the necessary intent. The Court also stated constitutional questions as to whether s. 613(4)(b)(ii) of the *Code* contravened ss. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether it was justified under s. 1.

Held: The appeal should be allowed.

Section 85 requires proof of possession and proof that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. There must at some point in time be a meeting of these two elements. Generally, the purpose will have been formed prior to the taking of possession and will continue as possession is taken. Appellant had stated that the police should leave or he would get them out. Assuming that he was capable of forming the requisite intent notwithstanding his intoxication, his intent, evidenced by the threats to the officers, was to use the gun to expel the officers from his mother's house. At the point that he took possession of the gun for that purpose, the offence was complete.

The test established at common law with respect to setting aside an acquittal and entering a verdict of guilty is as follows: an appellate court may overturn an acquittal and enter a conviction rather than ordering a new trial where the Crown satisfies the Court that, had there been a proper application of the law, the verdict would not have been the same, and further demonstrates that the accused should have been found guilty but for the error of law. All the findings necessary to support a verdict of guilty must have been made, either explicitly or implicitly, or not be in issue. The Court of Appeal did not correctly apply this test because all the findings of fact necessary to a verdict of guilty were not necessarily

temps appréciable entre le moment où il a pris possession du fusil et celui où il a confronté les policiers. Il a souligné également que l'appellant était dans un état d'intoxication avancé. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'acquiescement et inscrit une déclaration de culpabilité, conformément au sous-al. 613(4)(b)(ii) du *Code*. L'appellant se pourvoit de plein droit et demande que la décision soit infirmée et que son acquiescement soit rétabli ou qu'un nouveau procès soit ordonné. La Cour doit répondre aux questions suivantes: (1) le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant que les éléments de l'infraction n'avaient pas été prouvés parce qu'il n'y a eu aucun laps de temps entre la formation du dessein illicite et l'utilisation de l'arme? et (2) la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, compte tenu du moyen de défense portant que l'appellant était trop ivre pour être en mesure de former l'intention requise? La Cour a également formulé les questions constitutionnelles suivantes: le sous-al. 613(4)(b)(ii) du *Code* viole-t-il l'art. 7 ou l'al. 11(d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, le sous-alinéa est-il justifié en vertu de l'article premier?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'article 85 exige la preuve de la possession et la preuve que la possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Il doit y avoir à un moment quelconque rencontre de ces deux éléments. Habituellement, le dessein est formé avant la prise de possession et est toujours présent au moment de la prise de possession. L'appellant avait dit aux policiers de sortir, sinon il les sortirait lui-même. Si l'on tient pour acquis que son état d'intoxication ne l'a pas empêché de former l'intention requise, il ressort des menaces qu'il a proférées contre les policiers que l'appellant avait l'intention d'utiliser le fusil pour expulser les policiers de la maison de sa mère. L'infraction était complétée au moment où il a pris possession du fusil dans ce dessein.

Le critère établi en *common law* relativement à l'annulation d'un verdict d'acquiescement et à l'inscription d'une déclaration de culpabilité est le suivant: une cour d'appel peut infirmer un acquiescement et inscrire une déclaration de culpabilité plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, si la poursuite convainc la cour que le verdict n'aurait pas été le même si le droit avait été appliqué correctement, et si elle démontre en outre que l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été de cette erreur de droit. Toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité doivent avoir été tirées explicitement ou implicitement, ou ne pas être en cause. La Cour d'appel n'a pas appliqué ce critère correcte-

made. Although the trial judge made reference to the issue of the appellant's state of intoxication, the record did not clearly indicate that he had considered the issue of whether his drunkenness interfered with his ability to form the intent to commit the offence. In fact, once having found that there was no significant gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon, he was not required to further consider the possible effect of intoxication. There accordingly was room for doubt as to what the trial judge would have found had he fully considered the issue of intoxication. The appeal, therefore, was allowed to the extent that a new trial should be ordered in the stead of entering a conviction.

It was not necessary to deal with the issue of whether s. 613(4)(b)(ii) of the *Code* contravened the appellant's rights under the *Charter* in the circumstances of this case.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55; *R. v. Chalifoux* (1973), 14 C.C.C. (2d) 526; *R. v. Chiplick* (1960), 128 C.C.C. 45; *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118, *aff'd sub nom. Courville v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 847.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 85, 613(4)(a), (b)(i), (ii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal allowing an appeal from acquittal by Dunlap Dist. Ct. J. Appeal allowed.

Andrew Z. Kerekes, for the appellant.

David Finley, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jack Watson, for the intervener the Attorney General for Alberta.

ment parce que les conclusions de fait nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité n'ont pas été nécessairement tirées. Bien que le juge du procès ait abordé la question de l'état d'intoxication de l'appelant, le dossier n'indique pas clairement s'il a considéré la question de savoir si son intoxication avait altéré sa capacité de former l'intention de commettre l'infraction reprochée. D'ailleurs, une fois décidé qu'aucun laps de temps ne s'était écoulé entre le moment de la formation du dessein illicite et celui de l'utilisation de l'arme, il n'avait pas à examiner davantage l'effet possible de l'intoxication. Il pouvait donc y avoir des doutes quant à la conclusion que le juge du procès aurait tirée s'il avait pleinement examiné la question de l'intoxication. En conséquence, le pourvoi est accueilli dans la mesure où un nouveau procès doit être ordonné en remplacement d'une déclaration de culpabilité.

Il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si le sous-al. 613(4)b(ii) du *Code* porte atteinte aux droits de l'appelant en vertu de la *Charte* dans les circonstances de l'espèce.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353; *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55; *R. v. Chalifoux* (1973), 14 C.C.C. (2d) 526; *R. v. Chiplick* (1960), 128 C.C.C. 45; *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118, *conf. sub nom. Courville c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 847.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d), 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 85, 613(4)a), b)(i), (ii).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Dunlap de la Cour de district. Pourvoi accueilli.

Andrew Z. Kerekes, pour l'appelant.

David Finley, pour l'intimée.

Bernard Laprade, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jack Watson, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—Gary Lee Cassidy was acquitted of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. The Court of Appeal for Ontario set aside the acquittal and entered a conviction. The appellant now comes before this Court as of right, requesting that the decision of the Court of Appeal be overturned, and that his acquittal be restored or that a new trial be ordered.

The Facts

The facts leading to this case may be summarized as follows. The appellant was residing with his mother, Alice Bieber, at her home in Windsor, Ontario. On the eve of the incident, when Mrs. Bieber went to bed, the appellant had gone out. Early the next morning, Mrs. Bieber found that her car, which she had left parked in the driveway, was missing. She assumed that the appellant had taken it. The appellant told her he had not taken the car and told her to call the police. Shortly thereafter, two uniformed officers attended at her home informing Mrs. Bieber that her car had been recovered earlier that night in a damaged condition. She indicated to the police that perhaps her son knew something about the car. The events that took place after this first conversation lasted less than five minutes.

One of the officers started questioning the appellant but the latter immediately became upset and aggressive, verbally abusing the two officers, accusing them of trespassing and ordering them to get off the property. At that moment, Mrs. Bieber stepped in between her son and the officers and tried without success to persuade her son to go back to bed as she felt that he was drunk and belligerent. The appellant ignored his mother's request and persisted in demanding that the officers leave the house, threatening that he would get them out of the house if they did not leave by themselves. At this point, the appellant ran into the living room where there was a gun rack holding several guns. He grabbed one 12-gauge shotgun from the rack. Both officers, aware of the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Gary Lee Cassidy a été acquitté d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité. L'appelant se pourvoit maintenant de plein droit devant cette Cour pour demander que la décision de la Cour d'appel soit infirmée et que son acquittement soit rétabli ou qu'un nouveau procès soit ordonné.

Les faits

Les faits à l'origine de cette affaire peuvent se résumer comme suit. L'appelant demeurait avec sa mère, Alice Bieber, au domicile de celle-ci à Windsor en Ontario. La veille de l'incident, au moment où M^{me} Bieber allait se mettre au lit, l'appelant était sorti. Tôt le lendemain matin, M^{me} Bieber a constaté que sa voiture qu'elle avait stationnée dans l'entrée de sa maison ne s'y trouvait plus. Elle a supposé que l'appelant l'avait prise. Celui-ci lui a dit qu'il ne l'avait pas prise et qu'elle devrait aviser la police. Peu de temps après, deux policiers en uniforme se sont présentés au domicile de M^{me} Bieber et l'ont informée que sa voiture avait été retrouvée un peu plus tôt au cours de la nuit et qu'elle était endommagée. Elle a indiqué aux policiers que son fils en savait peut-être quelque chose. Les événements qui se sont déroulés à la suite de cette conversation ont duré moins de cinq minutes.

L'un des policiers a commencé à interroger l'appelant, mais celui-ci s'est tout de suite fâché et est devenu agressif, tenant un langage injurieux envers les policiers, les accusant de violation de propriété et leur ordonnant de quitter les lieux. À ce moment, M^{me} Bieber est intervenue entre son fils et les policiers et a essayé, mais en vain, de persuader son fils d'aller se recoucher puisqu'elle avait compris qu'il était ivre et belliqueux. L'appelant a ignoré la demande de sa mère et continué à exiger le départ des policiers, les menaçant de les mettre lui-même à la porte s'ils ne partaient pas volontairement. À ce moment, l'appelant a couru au salon où se trouvait un support auquel étaient accrochés plusieurs fusils. Il a décroché du support un fusil de calibre 12. Les deux policiers, sachant qu'il y

presence of the guns, tried to draw their guns but in their haste and confusion experienced difficulty in doing so and hurriedly left the house, exiting in opposite directions. A very short time later, the appellant came out of the house without the gun, and in vulgar language continued to exhort the police officers to leave. He indicated that he did not have a gun. He was immediately arrested on a charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 85 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

Judgments Below

Dunlap Dist. Ct. J. first outlined the elements that the Crown must prove under s. 85 of the *Code*: first, possession; and second, the prior intent for a purpose dangerous to the public peace. In his view, the question was whether the possession could be separated in time from the *actus reus* so as to permit proof of the intent essential to the proof of an offence pursuant to that section. Although he acknowledged that here the possession and the actual use were concurrent and undoubtedly constituted a serious assault *vis-à-vis* the police officers, he concluded:

Here there is little or no time gap between the formation of the unlawful purpose and the use—but the accused did not have possession of the gun when he initiated his wild rush towards the gun rack. And on these same facts there is no appreciable gap between his seizing possession of the gun and his confrontation of the officers, whatever offence he committed in law by his rash action. I find that these unique circumstances cannot establish the elements of the offence under s. 85 as defined by Dubin J.A. in *Regina v. Proverbs* and an acquittal is therefore entered.

In the Court of Appeal for Ontario, the Crown's appeal was allowed and a unanimous bench entered a conviction pursuant to s. 613(4)(b)(ii) for the following brief reasons:

We think this appeal must succeed. On the findings of fact made by the trial judge, the respondent had the intention of using the weapon for a purpose dangerous to the public peace, to wit, assault of a police officer prior

avait des fusils, ont essayé de dégainer leur pistolet, mais dans leur hâte et confusion, ils ont eu de la difficulté à le faire et se sont empressés de quitter la maison en empruntant des directions opposées. Très peu de temps après, l'appelant est sorti de la maison sans le fusil et, dans un langage vulgaire, a continué à conseiller aux policiers de partir. Il a indiqué qu'il n'avait pas de fusil. Il a été arrêté immédiatement et accusé d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement à l'art. 85 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Dunlap de la Cour de district a d'abord souligné les éléments que la poursuite doit prouver en vertu de l'art. 85 du *Code*: premièrement, la possession, et deuxièmement, l'intention préalable d'un dessein dangereux pour la paix publique. À son avis, la question était de savoir si la possession pouvait être séparée dans le temps de l'*actus reus* afin de faire la preuve de l'intention qui est essentielle pour prouver l'existence de l'infraction prévue à cet article. Bien qu'il ait reconnu qu'en l'espèce la possession et l'utilisation réelle avaient coïncidé et constituaient sans aucun doute des voies de fait graves contre les policiers, il a conclu:

[TRADUCTION] En l'espèce, il y a peu ou pas de temps écoulé entre la formation du dessein illicite et l'utilisation, mais l'accusé n'était pas en possession du fusil lorsqu'il a entrepris sa course folle en direction du support à fusils. Et en ce qui concerne ces mêmes faits, il n'y a aucun laps de temps appréciable entre le moment où il a pris possession du fusil et celui où il a confronté les policiers, quelle que soit l'infraction commise en droit par son geste irréfléchi. Je suis d'avis que ces circonstances exceptionnelles ne sauraient établir les éléments de l'infraction visée à l'art. 85 que le juge Dubin de la Cour d'appel a définis dans l'arrêt *Regina v. Proverbs* et j'ordonne donc l'acquiescement.

En Cour d'appel de l'Ontario, les juges ont accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le ministère public et ont inscrit une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 613(4)(b)(ii) pour les brefs motifs suivants:

[TRADUCTION] Nous croyons que cet appel doit être accueilli. Compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, l'intimé a eu l'intention d'utiliser l'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, c'est-à-dire

to and throughout the taking of possession of the weapon. While on its facts this case is different from *R. v. Proverb [sic]* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249, on its facts as found by the trial judge this case meets the test laid down by Dubin J.A. in *R. v. Proverb [sic]* at p. 251 in that at the moment in time preceding the taking of possession of the weapon, the respondent intended to possess it for a purpose dangerous to the public peace.

Accordingly, we are of the view that the learned trial judge erred in his understanding and application of the law. The appeal is allowed, the acquittal is set aside, a conviction is entered and the case is remitted to the trial judge for sentencing.

This is the judgment that is appealed from before this Court.

Points in Issue

This appeal raises three issues.

—First, did the trial judge err in determining that the elements of the offence were not made out because there was no gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon?

—Second, does s. 613(4)(b)(ii) of the *Criminal Code* permitting the Court of Appeal to substitute a conviction for an acquittal contravene the appellant's rights under the *Charter* in the circumstances of this case?

—Finally, did the Court of Appeal err in law in entering a conviction instead of ordering a new trial, in light of the defence of intoxication submitted by the appellant?

Legislation

I reproduce the sections of the *Code* which are relevant to the present case:

85. Every one who carries or has in his possession a weapon or imitation thereof, for a purpose dangerous to the public peace or for the purpose of committing an offence, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

613. ...

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

pour commettre des voies de fait contre un policier avant et pendant le moment où il a pris possession de l'arme. Bien que les faits de cette affaire soient différents de ceux de l'arrêt *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249, les faits dont le juge du procès a conclu à l'existence en l'espèce sont conformes au critère formulé par le juge Dubin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Proverbs*, à la p. 251, en ce qu'avant de prendre possession de l'arme, l'intimé avait l'intention d'en prendre possession dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Par conséquent, nous sommes d'avis que le juge du procès a mal compris et mal appliqué le droit. L'appel est accueilli, l'acquittement est annulé, une déclaration de culpabilité est inscrite et l'affaire est renvoyée au juge du procès pour détermination de la peine.

C'est contre cet arrêt qu'un pourvoi est formé devant cette Cour.

Les questions en litige

Ce pourvoi soulève trois questions.

—Premièrement, le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant que les éléments de l'infraction n'avaient pas été prouvés parce qu'il n'y a eu aucun laps de temps entre la formation du dessein illicite et l'utilisation de l'arme?

—Deuxièmement, le sous-al. 613(4)(b)(ii) du *Code criminel* qui permet à la Cour d'appel de substituer une déclaration de culpabilité à un acquittement porte-t-il atteinte aux droits de l'appelant en vertu de la *Charte* dans les circonstances de l'espèce?

—Enfin, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, compte tenu de la défense d'ivresse présentée par l'appelant?

La loi

Je reproduis les articles du *Code* qui sont pertinents en l'espèce:

85. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque porte ou a en sa possession une arme ou une imitation d'arme, dans un dessein dangereux pour la paix publique ou en vue de commettre une infraction.

613. ...

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

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

- a) rejeter l'appel; ou
- b) admettre l'appel, écarter le verdict et
 - (i) ordonner un nouveau procès, ou
 - (ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par une cour composée d'un juge et d'un jury, rendre un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire à la cour de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

Analysis

The first issue: *did the trial judge err in determining that the elements of the offence were not made out because there was no gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon charged?*

Section 85 requires proof of possession and proof that the purpose of that possession was one dangerous to the public peace. There must at some point in time be a meeting of these two elements. Generally, the purpose will have been formed prior to the taking of possession and will continue as possession is taken. That is the case before us. Assuming that the appellant was capable of forming the requisite intent notwithstanding his intoxication (a matter dealt with under the third issue), he intended to use the shotgun to expel the police officers from his mother's house. This is evident from his shouting "You get out, or I'll get you out". He then took possession of the gun. At that point in time, the offence was complete.

There are sometimes evidentiary problems in cases involving s. 85. They mainly arise out of three situations. First, when what is being used is not designed to be a weapon and where it is through the use of the instrument that it is concluded that it is a weapon under s. 2 of the *Code* (see *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353 (Ont. C.A.)) The second kind of evidentiary problem arises when proof of the purpose is through the actual use of the weapon (see as an illustration of this problem, *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55 (B.C.C.A.); *R. v. Chalifoux* (1973), 14 C.C.C. (2d) 526 (B.C.C.A.)) The third evidentiary problem is when the possession is lawful and prior to

L'analyse

La première question: *le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant que les éléments de l'infraction n'avaient pas été prouvés parce qu'il n'y a eu aucun laps de temps entre la formation du dessein illicite et l'utilisation de l'arme?*

L'article 85 exige la preuve de la possession et la preuve que la possession visait un dessein dangereux pour la paix publique. Il doit y avoir à un moment quelconque rencontre de ces deux éléments. Habituellement, le dessein est formé avant la prise de possession et est toujours présent au moment de la prise de possession. C'est le cas qui se présente devant nous. Si l'on tient pour acquis que son état d'intoxication ne l'a pas empêché de former l'intention requise (ce sur quoi je reviendrai en examinant la troisième question), l'appellant avait l'intention d'utiliser le fusil pour expulser les policiers de la maison de sa mère. Cela ressort manifestement de son cri [TRADUCTION] «Vous sortez ou je vous sors». C'est alors qu'il a pris possession du fusil. À ce moment précis, l'infraction était complétée.

Il arrive parfois que des problèmes de preuve surgissent dans des cas où il est question de l'art. 85. Ces problèmes se rencontrent principalement dans trois cas. Premièrement, lorsque ce qui est utilisé n'est pas conçu pour être une arme et lorsque c'est par l'utilisation de l'instrument que l'on conclut qu'il s'agit d'une arme au sens de l'art. 2 du *Code* (voir *R. v. Chomenko* (1974), 18 C.C.C. (2d) 353 (C.A. Ont.)) Le deuxième genre de problème de preuve se produit lorsque la preuve du dessein s'établit par l'utilisation réelle de l'arme (voir, à titre d'exemple de ce problème, les arrêts *R. v. Flack*, [1969] 1 C.C.C. 55 (C.A.C.-B.); *R. v. Chalifoux* (1973), 14 C.C.C. (2d) 526

the formation of the unlawful purpose, which problem is compounded when proof of the latter is solely through the use of the weapon (see *R. v. Chiplick* (1960), 128 C.C.C. 45 (Ont. C.A.)) Proof of the dangerous use of the weapon standing alone has been said not to be sufficient to constitute the offence as Dubin J.A., for the Ontario Court of Appeal, stated in *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249, at p. 251:

The use of the weapon in a manner dangerous to the public peace does not constitute the offence although the formation of the unlawful purpose may be inferred from the circumstances in which the weapon was used.

and noted later, at p. 251:

The formation of the unlawful purpose, which may be inferred from the circumstances in which the weapon is used, must precede its use. The interval of time between the formation of the purpose and the use of the weapon need not be long. It may in some cases be very short, but the gap must be significant. [Emphasis in original.]

These situations and the cases addressing them need not be considered as in this case possession followed the formation of the purpose, and the purpose need not be inferred from the use of the gun; but assuming the accused was not incapable because of drunkenness of forming the requisite intent, and assuming that the purpose continued up to and including the time of possession, the purpose would clearly be established by the accused's threats to the police officers. The trial judge, in my respectful view, was wrong in applying the decisions in *R. v. Proverbs* and *R. v. Flack* to the facts in this case, that is, a case in which the use of the weapon is not the sole evidence of the purpose.

The second issue: does s. 613(4)(b)(ii) of the Criminal Code permitting the Court of Appeal to substitute a conviction for an acquittal contravene the appellant's rights under the Charter in the circumstances of this case?

On January 13, 1989, an order issued from Chief Justice Dickson calling for notice of constitutional questions. Those were stated as follows:

(C.A.C.-B.)) Le troisième problème de preuve se présente lorsque la possession est licite et précède la formation du dessein illicite, le problème devenant plus complexe lorsque la preuve du dessein illicite ne peut se faire que par l'utilisation de l'arme (voir *R. v. Chiplick* (1960), 128 C.C.C. 45 (C.A. Ont.)) Comme l'a affirmé le juge Dubin au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Proverbs* (1983), 9 C.C.C. (3d) 249, à la p. 251, la seule preuve de l'utilisation dangereuse de l'arme ne suffit pas à établir l'infraction:

[TRADUCTION] L'utilisation de l'arme d'une façon dangereuse pour la paix publique ne constitue pas l'infraction bien que la formation du dessein illicite puisse être déduite des circonstances dans lesquelles l'arme a été utilisée.

et il ajoute plus loin, à la p. 251:

[TRADUCTION] La formation du dessein illicite, qui peut être déduite des circonstances dans lesquelles l'arme a été utilisée, doit être antérieure à l'utilisation de l'arme. Le laps de temps entre la formation du dessein et l'utilisation de l'arme n'a pas à être long. Dans certains cas, il peut être très court mais il doit être déterminant. [En italique dans l'original.]

Il n'est pas nécessaire d'examiner ces cas et les décisions qui en traitent puisqu'en l'espèce il y a eu possession après la formation du dessein et il n'est pas nécessaire de déduire le dessein de l'utilisation du fusil. Mais si l'on tient pour acquis que l'état d'ivresse de l'accusé ne l'a pas empêché de former l'intention requise et que le dessein était toujours présent au moment de la possession, ce dessein ressort clairement des menaces proférées par l'accusé contre les policiers. À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en appliquant les arrêts *R. v. Proverbs* et *R. v. Flack* aux faits de la présente affaire où l'utilisation de l'arme ne constitue pas la seule preuve du dessein.

La deuxième question: le sous-al. 613(4)(b)(ii) du Code criminel qui permet à la Cour d'appel de substituer une déclaration de culpabilité à un acquittement porte-t-il atteinte aux droits de l'appelant en vertu de la Charte dans les circonstances de l'espèce?

Le 13 janvier 1989, avis des questions constitutionnelles était donné par le juge en chef Dickson. Les voici:

1. Is section 613(4)(b)(ii) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that s. 613(4)(b)(ii) permits the Court of Appeal to substitute a verdict of guilty for an acquittal at trial?

2. If section 613(4)(b)(ii) is inconsistent with s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 613(4)(b)(ii) justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

However, the appellant fails to argue before this Court that s. 613(4)(b)(ii) of the *Code* should be declared of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Further, that issue was not raised in the courts below. In fact, in his order requested, the appellant seeks no such declaration. Instead, he has chosen to frame his argument as whether s. 613(4)(b)(ii), by permitting the Court of Appeal to substitute a conviction for an acquittal, contravenes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the circumstances of this case. By requesting that the acquittal be restored or a new trial ordered, the appellant is in effect requesting a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter* on the ground that the Court of Appeal erred by exercising their option in favour of substituting a conviction rather than ordering a new trial. This raises an important issue regarding the applicability of the *Charter* to a court which has exercised discretion given to it by a provision of the *Code*. Further, can remedy be sought under s. 24(1) of the *Charter* if the exercise of that discretion is shown to infringe one's guaranteed rights? In my view, though important, a discussion of these issues should be reserved for a more appropriate case as this case can be disposed of in favour of the appellant by reference to well-established principles of common law under the third issue. I note, in addition, that this issue was not addressed by counsel in their submissions before this Court.

1. Le sous-alinéa 613(4)b)(ii) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou l'une de ces deux dispositions, parce qu'il autorise la cour d'appel à substituer un verdict de culpabilité à un acquittement prononcé au procès?

2. Si le sous-alinéa 613(4)b)(ii) est incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou l'une de ces dispositions, est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'appellant ne soutient cependant pas devant cette Cour que le sous-al. 613(4)b)(ii) du *Code* devrait être déclaré inopérant en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De plus, cette question n'a pas été soulevée devant les tribunaux d'instance inférieure. D'ailleurs, dans l'ordonnance qu'il requiert, l'appelant ne demande aucune déclaration semblable. Il a plutôt choisi de formuler son argumentation par la question de savoir si, en permettant à la Cour d'appel de substituer une déclaration de culpabilité à un acquittement, le sous-al. 613(4)b)(ii) porte atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés* dans les circonstances de l'espèce. En demandant que l'acquittement soit rétabli ou qu'un nouveau procès soit ordonné, l'appelant exige en réalité réparation en application du par. 24(1) de la *Charte* pour le motif que la Cour d'appel aurait commis une erreur en choisissant de prononcer une déclaration de culpabilité plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Cela soulève une question importante concernant l'applicabilité de la *Charte* à un tribunal qui a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère une disposition du *Code*. En outre, peut-on demander réparation en application du par. 24(1) de la *Charte* si l'on démontre que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire porte atteinte aux droits garantis d'une personne? À mon avis, bien qu'important, un examen de ces questions devrait être réservé à un cas plus approprié puisqu'il est possible de trancher cette affaire en faveur de l'appelant en faisant appel à des principes de *common law* bien établis relativement à la troisième question. Je souligne en outre que les avocats n'ont pas traité de cette question dans leurs plaidoiries devant cette Cour.

The third issue: *did the Court of Appeal err in law in ordering a conviction instead of a new trial, in light of the defence of intoxication submitted by the appellant?*

On that point, the debate emerges over the meaning of the trial judge's following assertion:

The accused was present at the time, in an advanced state of intoxication, when the officers interviewed his mother concerning her complaint. [Emphasis added.]

In the appellant's view, the trial judge's finding of fact of his "advanced state of intoxication" raises a reasonable doubt as to whether he had the capacity to form the unlawful purpose. That being so, an appellate court may find support for upholding an acquittal when the mental processes of an intoxicated person are in issue. However, the converse is not true. An appellate court, which has not had the opportunity to observe the demeanour of the witnesses and which is acting on a Crown appeal restricted to a question of law alone, cannot say, with the required degree of certainty demanded for a criminal conviction that, notwithstanding the advanced state of intoxication of the appellant, he still had the requisite mental capacity to form the unlawful purpose. An appellate court can, at most, grant the remedy of a new trial and cannot order a conviction in substitution for the acquittal originally granted. In other words, the appellant contends that he is entitled to have this defence appropriately dealt with in the course of a new trial.

The Crown replies that the Court of Appeal may allow a Crown appeal against an acquittal entered by a trial judge and substitute a verdict of guilty where the Crown establishes that an error of law was committed at trial, satisfies the Court of Appeal that, had there been a proper application of the law, the verdict would not have been the same, and further demonstrates that the accused should have been found guilty but for the error of law. In this respect, the principle that has been established at common law is that all the findings necessary to support a verdict of guilty must have been made, either explicitly or implicitly, or not be

La troisième question: *la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en prononçant une déclaration de culpabilité plutôt qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, compte tenu de la défense d'ivresse présentée par l'appellant?*

Sur ce point, le débat a porté sur le sens de l'affirmation suivante du juge du procès:

[TRADUCTION] L'accusé, dans un état d'intoxication avancé, était présent au moment où les policiers interrogeait sa mère au sujet de la plainte qu'elle avait portée. [Je souligne.]

Selon l'appellant, la conclusion de fait du juge du procès quant à son «état d'intoxication avancé» soulève un doute raisonnable quant à sa capacité de former un dessein illicite. Cela étant, un tribunal d'appel peut se sentir justifié de confirmer un acquittement lorsque les facultés mentales d'une personne en état d'intoxication sont en cause. L'inverse n'est cependant pas vrai. Un tribunal d'appel, qui n'a pas eu l'occasion d'observer le comportement des témoins et qui agit dans un appel interjeté par la poursuite sur une question de droit seulement, ne saurait affirmer avec la certitude requise pour prononcer une déclaration de culpabilité en droit criminel que malgré l'état d'intoxication avancé de l'appellant, il avait quand même la capacité mentale de former un dessein illicite. Un tribunal d'appel peut tout au plus ordonner la tenue d'un nouveau procès et non substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement prononcé initialement. En d'autres termes, l'appellant soutient qu'il a le droit à ce qu'on traite convenablement ce moyen de défense dans le cadre d'un nouveau procès.

Le ministère public réplique que la Cour d'appel peut accueillir l'appel qu'il a interjeté contre l'acquittement prononcé par le juge du procès et substituer à celui-ci un verdict de culpabilité, si la poursuite établit qu'une erreur de droit a été commise au procès, si elle convainc la Cour d'appel que, si le droit avait été appliqué correctement, le verdict n'aurait pas été le même, et si elle démontre en outre que l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été de cette erreur de droit. À cet égard, le principe reconnu en *common law* est que toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité doivent avoir été tirées explicitement

in issue (*Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at pp. 291-92, and *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118 (Ont. C.A.), at p. 125, aff. *sub nom.*, *Courville v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 847). In the Crown's view, the trial judge made all the findings of fact necessary to support a verdict of guilty. His error was in his application of the law to the facts, when he imposed on the Crown the additional burden of having to prove, in effect, deliberation on the part of the appellant. Concerning the issue of intoxication, the Crown submits that this matter was raised at trial, considered by the judge, who nevertheless went on to find that the appellant formed the unlawful purpose. Finally, the Crown pointed out that the appellant did not testify on that point at trial.

What is at issue, then, is whether the Court of Appeal correctly applied the test established at common law to the facts of this case. I am not satisfied that the trial judge made all the findings of fact necessary to support a verdict of guilty. Although he adverted to the issue of the appellant's state of intoxication, it is not clear on the record that he fully considered whether his intoxication interfered with his ability to form the intent to commit the offence charged. In fact, once having found that there was no significant gap in time between the formation of the unlawful purpose and the use of the weapon, he was not required to further consider the effect that intoxication might have had on the appellant's ability to form the requisite intent. In short, we cannot be sure what his finding would have been if he had fully considered the issue of intoxication.

In view of the appellant's right to a fair hearing, it is important that the test established at common law be strictly applied. Therefore, this matter should be sent back for a new trial where the issue of intoxication could be fully considered. Accordingly, I would allow the appeal, but only to the extent that a new trial should be ordered in the stead of entering a conviction.

ou implicitement, ou ne pas être en cause (*Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, aux pp. 291 et 292, et *R. v. Courville* (1982), 2 C.C.C. (3d) 118 (C.A. Ont.), à la p. 125, conf. *sub nom.*, *Courville c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 847). Selon le ministère public, le juge du procès a tiré toutes les conclusions de fait nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité. Son erreur réside dans son application du droit aux faits de l'espèce lorsqu'il a imposé au ministère public l'obligation supplémentaire de prouver que l'appellant avait effectivement agi délibérément. En ce qui concerne la question de l'intoxication, le ministère public soutient que cette question a été soulevée au procès et qu'elle a été examinée par le juge qui a néanmoins conclu que l'appellant avait formé un dessein illicite. Enfin, le ministère public a souligné que l'appellant n'avait pas témoigné sur ce point au procès.

La question est donc de savoir si la Cour d'appel a correctement appliqué le critère établi en *common law* aux faits de l'espèce. Je ne suis pas convaincu que le juge du procès a tiré toutes les conclusions de fait nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité. Bien qu'il ait abordé la question de l'état d'intoxication de l'appellant, le dossier n'indique pas clairement si le juge a pleinement considéré la question de savoir si son intoxication avait altéré sa capacité de former l'intention de commettre l'infraction reprochée. D'ailleurs, une fois décidé qu'aucun laps de temps déterminant ne s'était écoulé entre le moment de la formation du dessein illicite et celui de l'utilisation de l'arme, il n'avait pas à examiner davantage l'effet que l'intoxication aurait pu avoir sur la capacité de l'appellant de former l'intention requise. Bref, nous ne pouvons pas être sûrs de la conclusion qu'il aurait tirée s'il avait pleinement examiné la question de l'intoxication.

Compte tenu du droit de l'appellant à un procès équitable, il est important que le critère établi en *common law* soit appliqué de manière stricte. Cette affaire devrait donc être renvoyée pour faire l'objet d'un nouveau procès au cours duquel la question de l'intoxication pourrait être pleinement examinée. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi mais seulement dans la mesure où un nouveau procès doit être ordonné en remplacement d'une déclaration de culpabilité.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Kerekes, Collins, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Kerekes, Collins, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.