

Paul Francis Perham

(████████ Master Corporal, Canadian Forces)
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 206

Ottawa, Ontario, 7 May, 1984

Present: Brooke, MacIntosh and Rouleau JJ.

On appeal from a conviction by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Station St. John's, Newfoundland, 2 and 3 November, 1983.

Accomplice Evidence — Horsburgh v. The Queen — Effect of failure by Judge Advocate to instruct Court pursuant to Military Rules of Evidence, section 83.

An appeal of a conviction under section 120 of the *National Defence Act* of unlawfully giving a substance held out to be *Cannabis sativa* and under section 119 of the *National Defence Act* of use of *Cannabis sativa*.

Held. The appeal must succeed.

The evidence was that the appellant and witness shared a marihuana cigarette, passing it back and forth until it was finished. The Judge Advocate ruled that the witness was not an accomplice and he refused to put the issue before the Court. This Court finds that, as the witness and the appellant agreed to participate in the criminal act of using the marihuana cigarette and did so, they were *participes criminis* and, pursuant to the Supreme Court of Canada decision *Horsburgh v. The Queen*, the witness was an accomplice. The Court is of the view that the Judge Advocate erred in refusing to instruct the Court as required by section 83. This obligation to instruct is mandatory, and the failure to do so was fatal to the prosecution's case. The Court ought to have been warned that, in the terms of the section, there is a danger of injustice in convicting the accused upon the evidence of the apparent accomplice standing alone or uncorroborated, but it still has the authority to do so. The conviction is set aside and an acquittal entered.

COUNSEL:

D. Orr, for the appellant
Lieutenant-Colonel B. Champagne, CD, for the respondent

Paul Francis Perham

(████████ Caporal-chef, Forces canadiennes)
Appellant,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b N° du greffe: T.A.C.M. 206

Ottawa (Ontario), le 7 mai 1984

Devant: les juges Brooke, MacIntosh et Rouleau

c

En appel d'une condamnation prononcée par une cour martiale permanente siégeant à la station des Forces canadiennes de St. John's (Terre-Neuve), les 2 et 3 novembre 1983.

d

Témoignage d'un complice — Horsburgh v. The Queen — Conséquence du défaut du juge-avocat de donner des directives à la cour conformément à l'article 83 des Règles militaires de la preuve.

e Appel formé contre une déclaration de culpabilité fondée sur l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale*, savoir d'avoir illégalement donné une substance estimée être du *Cannabis sativa* et d'avoir fait usage de *Cannabis sativa*, contrairement à l'article 119 de la *Loi sur la défense nationale*.

f *Arrêt:* L'appel doit être accueilli.

Il ressort de la preuve que l'appellant et le témoin ont partagé une cigarette de marihuana, la fumant à tour de rôle jusqu'à ce qu'elle soit terminée. Le juge-avocat a décidé que le témoin n'était pas un complice et a refusé de soumettre cette question à la cour. Le présent Tribunal conclut que, comme le témoin et l'appellant ont convenu de participer à l'acte criminel, c'est-à-dire d'utiliser la cigarette de marihuana, ce qu'ils ont effectivement fait, ils étaient *participes criminis* (complices du crime) et, conformément à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Horsburgh v. The Queen*, le témoin était un complice. Le Tribunal est d'avis que le juge-avocat a refusé à tort de donner des directives à la cour comme l'exige l'article 83. L'obligation de donner des directives est impérative et l'omission de s'y conformer est fatale à la poursuite. La cour aurait dû être prévenue que, suivant cet article, il existe un danger d'injustice en déclarant l'accusé coupable uniquement sur la foi du témoignage non corroboré du complice apparent, mais qu'il lui est loisible de le faire. La déclaration de culpabilité est donc annulée et un verdict d'acquittement est enregistré.

i

AVOCATS:

D. Orr pour l'appellant
Lieutenant-colonel B. Champagne, DC, pour l'intimée

j

REGULATION CITED:

Military Rules of Evidence, C.R.C. 1978, c. 1049, s. 83

CASES CITED:

Horsburgh v. The Queen, [1967] S.C.R. 746
MacDonald v. The Queen (1983), 4 C.M.A.R. 277, 6 C.C.C. (3d) 551 (C.M.A.C.)

R. v. Meston (1976), 28 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.)

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

BROOKE J.: We are all of the opinion that this appeal must succeed. The issue is whether there was evidence upon which the triers of fact might find that the witness, Martin, was an accomplice and so the provisions of section 83 of the *Military Rules of Evidence* passed pursuant to the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, were applicable. That section provides:

83. (1) When evidence is given by a person who may be an accomplice, the judge advocate shall

(a) instruct the court as to what in law makes a person an accomplice;

(b) direct the attention of the court particularly to the facts in evidence implicating the witness in the offence charged; and

(c) submit to the court the issue as to whether or not the facts implicating the witness would make him an accomplice.

(2) Subject to the directions given in connection with sections 85 and 86, if the only evidence against the accused is that given by a witness who may be an accomplice, the judge advocate shall, either

(a) instruct the court that, if it concludes that the witness was at any stage an accomplice in the offence charged, there is danger of injustice in convicting the accused of that offence upon the evidence of the apparent accomplice standing alone and uncorroborated, but it is at liberty to do so; or

(b) advise the court not to convict on the uncorroborated evidence of the apparent accomplice, but that it is at liberty to do so if it chooses.

(3) The evidence of one accomplice is not corroborative of the evidence of another accomplice.

(4) Subject to statutory provisions as to corroboration or the number of witnesses necessary for conviction, if the court considers an accomplice to be a credible witness his evidence may of itself be sufficient for a conviction.

RÈGLEMENT CITÉ:

Règles militaires de la preuve, C.R.C. 1978, c. 1049, art. 83

a JURISPRUDENCE CITÉE:

Horsburgh v. The Queen, [1967] R.C.S. 746
MacDonald c. La Reine (1983), 4 C.A.C.M. 277, 6 C.C.C. (3d) 551

b *R. c. Meston* (1976), 28 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.)

c *Ce qui suit est la version française des motifs du jugement du Tribunal prononcés à l'audience par*

LE JUGE BROOKE: Nous sommes tous d'avis que le présent appel doit être accueilli. La question est de savoir s'il existait des éléments de preuve en vertu desquels le juge des faits pouvait conclure que le témoin Martin était un complice et que les dispositions de la règle 83 des *Règles militaires de la preuve* adoptées conformément à la *Loi sur la défense nationale* s'appliquaient. Cette règle e prévoit:

83. (1) Lorsqu'une preuve est donnée par une personne qui peut être complice, le juge-avocat doit

a) faire connaître à la cour ce qui, en droit, rend une personne complice;

b) attirer l'attention de la cour particulièrement sur les faits de la preuve impliquant le témoin dans l'accusation visée; et

c) soumettre à la cour la question de savoir si les faits impliquant le témoin le rendraient complice ou non.

g (2) Sous réserve des directives données relativement aux articles 85 et 86, si l'unique preuve contre l'accusé est donnée par un témoin qui peut être un complice, le juge-avocat doit soit

a) faire savoir à la cour que, si elle vient à la conclusion que le témoin était, à un stade quelconque, un complice dans l'infraction visée, il existe un danger d'injustice en déclarant l'accusé coupable de cette infraction sur la preuve du complice apparent qui demeure seul et non corroboré, mais il lui est loisible de le faire; ou

b) conseiller à la cour de ne pas condamner sur la preuve non corroborée du complice apparent, mais qu'il lui est loisible de le faire, si tel est son choix.

(3) La preuve d'un complice n'a pas pour effet de corroborer le témoignage d'un autre complice.

(4) Sous réserve des dispositions statutaires quant à la corroboration ou au nombre de témoins nécessaires pour une condamnation, si la cour estime qu'un complice est un témoin digne de foi, son témoignage peut être lui-même suffisant pour une condamnation.

The facts which give rise to the issues are set out in the evidence of the witness, Martin. It was his evidence that during the evening in question, when Martin and the accused man were at a gathering, the accused asked Martin if he would like to go outside and smoke marihuana. Martin agreed to do so. The two left the building and when they were outside the accused man produced a marihuana cigarette, lit it and the two shared it, passing it back and forth and smoking it until it was finished.

At the trial the defence argued in these circumstances there was evidence that Martin was an accomplice and the Judge Advocate should instruct the Court as required by section 83. The Judge Advocate ruled that on the evidence Martin could not in law be an accomplice and he refused to put the issue to the Court.

In this Court, the respondent relies upon the decision of this Court in *MacDonald v. The Queen*. That judgment, which has not been published, was released on June 1st, 1983 [now reported *supra* at p. 277 and *sub nom.* *R. v. MacDonald* (1983), 6 C.C.C. (3d) 551]. In our respectful view, that case is distinguishable from this one and ought to be confined to its own facts.

There can be no doubt on Martin's own evidence that he and the appellant agreed to participate in the criminal act of using the marihuana cigarette and then doing so, passing it back and forth until they had finished it. They were *participes criminis* and following *Horsburgh v. The Queen* [1967] S.C.R. 746, on his own evidence Martin was an accomplice. See also *R. v. Meston*, 28 C.C.C. (2d) 497, where Martin J.A. reviews the relevant authorities considering this question.

Applying the principles in these cases, we are of the view that the Judge Advocate was wrong in refusing to instruct the Court as required by section 83.

What flows from this conclusion? The obligation on the Judge Advocate to instruct the jury as required by section 83 is mandatory. The failure to so instruct the Court was fatal to the prosecution's case and so the conviction cannot stand. The appellant has served three months in prison and has been demoted. On the evidence, we are all of

Les faits qui sont à l'origine des questions sont énoncés dans le témoignage de Martin selon lequel au cours de la soirée en question, alors qu'il assistait à une réunion en compagnie de l'accusé, ce dernier lui a demandé s'il voulait aller à l'extérieur et fumer de la marihuana. Martin a accepté et les deux sont sortis du bâtiment. L'accusé a alors présenté une cigarette de marihuana, l'a allumée et les deux l'ont fumée à tour de rôle jusqu'à ce qu'elle soit terminée.

Au procès, la défense a soutenu que, dans ces circonstances, la preuve démontrait que Martin était un complice et que le juge-avocat devait donner des directives à la cour comme le prévoit la règle 83. Le juge-avocat a décidé que, d'après la preuve, Martin ne pouvait pas, en droit, être un complice et a refusé de soumettre cette question à la cour.

En l'espèce, l'intimée se fonde sur la décision du Tribunal dans *MacDonald c. La Reine*. Ce jugement, qui n'a pas été publié, a été rendu le 1^{er} juin 1983 [maintenant reporté *supra* à la p. 277 et *sub nom.* *R. v. MacDonald* (1983), 6 C.C.C. (3d) 551]. En toute déférence, on peut établir une distinction entre l'espèce et cette affaire qui ne devrait s'appliquer qu'à ses propres faits.

Selon le témoignage de Martin, il n'y a aucun doute qu'il a convenu avec l'appellant de participer à l'acte criminel, c'est-à-dire d'utiliser la cigarette de marihuana et de la fumer à tour de rôle jusqu'à ce qu'elle soit terminée. Ils étaient complices du crime et, suivant l'arrêt *Horsburgh v. The Queen*, [1967] R.C.S. 746, Martin était un complice d'après son propre témoignage. Voir également *R. c. Meston*, 28 C.C.C. (2d) 497, où le juge Martin de la Cour d'appel passe en revue les autorités pertinentes qui étudient cette question.

Si l'on applique les principes de ces arrêts, nous sommes d'avis que le juge-avocat a refusé à tort de donner des directives à la cour comme l'exige la règle 83.

Que découle-t-il de cette conclusion? L'obligation du juge-avocat de donner des directives au jury comme l'exige la règle 83 est impérative. Son omission de le faire est fatale à la poursuite et ainsi la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue. L'appellant a purgé une peine de trois mois de prison et a été rétrogradé. D'après la preuve, nous

the view that Martin was indeed an accomplice and the Court ought to have been warned that in the terms of the section there is a danger of injustice in convicting the accused upon the evidence of the apparent accomplice standing alone or uncorroborated but it has still the authority to do so. There was no evidence which was capable of corroborating Martin's evidence. In the result, we think that this is not a proper case to order a new trial. The conviction is, therefore, set aside and an acquittal is entered.

sommes tous d'avis que Martin était effectivement un complice et que la cour aurait dû être prévenue que, suivant cet article, il existe un danger d'injustice en déclarant l'accusé coupable uniquement sur la foi du témoignage non corroboré du complice apparent, mais qu'il lui est loisible de le faire. Il n'y avait aucune preuve susceptible de corroborer le témoignage de Martin. En définitive, nous sommes d'avis qu'il ne convient pas d'ordonner un nouveau procès. La déclaration de culpabilité est annulée et un verdict d'acquiescement est enregistré.