

A.P. Dubé

(██████████ Private, Canadian Forces)
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 188

Edmonton, Alberta, 2 December, 1983

Before: Sinclair, Chevalier and Vaillancourt JJ.

On appeal from a conviction by a Standing Court Martial held at Lahr, Federal Republic of Germany, on 19 October, 1982.

Power of reviewing court to set aside verdict of court martial — Paragraph 613(1)(a) of the Criminal Code — Where evidence is ignored or misinterpreted by president of court martial — Legality of laying alternative charges — Intervention by president of court martial in examination of witnesses.

An appeal of a conviction under section 120 of the *National Defence Act*, having caused bodily harm with intent, contrary to section 228 of the *Criminal Code*.

Held: The majority allows the appeal.

Chevalier J.: It was argued by the appellant that the conclusions arrived at by the Court Martial are not justified by the evidence in the record. An appeal can only be allowed on this basis where it falls within one of the cases specified in subsection 613(1) of the *Criminal Code*. It is not the province of an appellate court to intervene in the discretion exercised by a trial judge to believe one witness rather than another and to dismiss or allow evidence for reasons within his jurisdiction. The problem in this case turns on the question of whether the trial judge in exercising his discretion actually considered all the evidence available to him, and whether, in light of the rule that the accused must be given the benefit of any reasonable doubt, he made a reasonable choice among all the possible conclusions suggested to him by the evidence. The Court considers the evidence on the issue of whether the bodily harm suffered by the victim was caused by the appellant's intentional act.

There was evidence that there were two cuts to the victim's chest and according to the doctor's testimony they were probably caused by a sharp object. There was evidence at trial that there was broken glass on the ground at the place where the confrontation took place. Therefore, the President in the circumstances had to consider two possibilities: whether the victim had inflicted the cuts found on himself by rolling on the ground in the struggle with the appellant; or whether the wounds resulted solely from an act by the appellant, using a weapon

A.P. Dubé

(██████████ Soldat, Forces canadiennes)
Appellant,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b N° du greffe: T.A.C.M. 188

Edmonton (Alberta), le 2 décembre 1983

Devant: les juges Sinclair, Chevalier et Vaillancourt

c En appel d'une condamnation prononcée par une cour martiale permanente siégeant à Lahr, République fédérale d'Allemagne, le 19 octobre 1982.

d *Pouvoir du Tribunal d'appel de rejeter le verdict d'une cour martiale — Alinéa 613(1)a) du Code criminel — Cas où le président de la cour martiale fait abstraction de la preuve ou l'interprète mal — Légalité du dépôt d'accusations en alternative — Intervention du président de la cour martiale durant l'interrogatoire des témoins.*

e En appel d'une condamnation fondée sur l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale*, savoir d'avoir causé intentionnellement des lésions corporelles, contrairement à l'article 228 du *Code criminel*.

Arrêt: L'appel est accueilli par la majorité.

f *Le juge Chevalier:* L'appelant a prétendu que les conclusions auxquelles en est venue la cour martiale ne sont aucunement justifiées par la preuve au dossier. Seuls peuvent être accueillis, pour ce motif, les appels visés par les cas prévus au paragraphe 613(1) du *Code criminel*. Il n'est pas du ressort de la Cour d'appel d'intervenir dans la discrétion qui appartenait au juge de première instance de croire un témoin plutôt qu'un autre et de rejeter ou d'accepter une preuve pour des raisons qui relèvent de sa compétence. En l'espèce, le problème consiste plutôt à se demander si le premier juge a effectivement considéré, dans son choix, tous les éléments de preuve à sa disposition et si, compte tenu du principe de l'application du bénéfice du doute raisonnable, il a fait un choix raisonnable entre toutes les possibilités de conclusions que la preuve lui permettait de tirer. Le Tribunal examine la preuve relative à la question de savoir si les lésions corporelles subies par la victime découlaient d'un acte intentionnel de l'appelant.

i Selon la preuve, la victime a subi deux coupures à la région thoracique qui, d'après le témoignage du médecin, ont probablement été causées par un objet tranchant. Au procès, la preuve a révélé que le sol était jonché de verre brisé à l'endroit où l'affrontement s'est déroulé. Dans les circonstances, le juge de première instance devait envisager deux possibilités: soit que la victime se fût infligé les coupures constatées en roulant sur le sol lors du corps-à-corps avec l'appelant, soit que les blessures résultaient uniquement d'un acte de l'appelant, posé au moyen

with a cutting edge. The doctor who testified indicated that broken glass was "probably" not the cause of the wounds and at most said it was possible that they were caused by a knife. The President drew from the testimony of the doctor the conclusion that the wounds could not have been caused by glass. This conclusion was not supported by that testimony. One is forced to conclude on this point that the decision is subject to an error of law, consisting in the fact that the trial court did not consider, as it should have done, one of the two possible origins of the wounds suffered by the victim, that it drew from the doctor's testimony a conclusion which was not reasonable and that, in so doing, it disregarded the claim to the benefit of the doubt that could be made by the appellant on the basis of one of these two possibilities. For these reasons the appeal is allowed and the appellant found not guilty of the offence with which he was charged under section 228 of the *Criminal Code*. On the alternative count, on which proceedings were stayed at the Court Martial, falling under subsection 245(2), the Court would substitute a finding of guilt on the included offence of common assault.

Vaillancourt J.: This justice concurs with Chevalier J. for the following reasons. The evidence is totally lacking as to the possession and use by Dubé of an object of some kind capable of wounding the victim. The only connection that there can be between the acts described by the victim and injuries received by him must come from a deduction that this injury had to be caused by an object held in the appellant's hand. This Court is of the opinion that the President could not find the appellant guilty on the first count on the basis of such a deduction. Pursuant to the Supreme Court of Canada decision *Harper v. The Queen*, if the trial judge cannot omit part of the evidence on a point which he himself regarded as essential without giving a reason for doing so, he is even less able to add to the evidence at trial points which were not contained in it.

Sinclair J. (dissenting): The appeal should be dismissed. The President of the Court Martial accepted the victim's testimony and based his verdict upon it and upon the testimony of the doctor. The President accepted the physician's testimony that the victim's wounds probably were not caused by broken glass. This evidence is convincing. The doctor's evidence as a whole provided a basis on which the Court Martial could conclude that the victim's injuries were the direct result of the appellant's action between the time he put his hand inside his jacket and when the pain was felt by the victim. If one accepts the testimony of the victim and the doctor, the victim was injured by an instrument wielded by the appellant. No other explanation could be considered. The trial judge did not fail to weigh any relevant evidence, nor does the record indicate that this evidence was utterly disregarded.

COUNSEL:

R.W. Agard for the appellant
Lieutenant-Colonel B. Champagne, CD, for
the respondent

d'une arme comportant un rebord tranchant. Le médecin qui a témoigné a indiqué que le verre brisé n'était «probablement» pas la cause des blessures et a tout au plus déclaré qu'il était possible que celles-ci aient été causées par un couteau. Le président a conclu du témoignage du médecin que la blessure n'a pu être causée par du verre. Le témoignage n'autorisait pas une telle conclusion. On est obligé de conclure, sur ce point, que la décision souffre d'une erreur de droit, laquelle a consisté dans le fait que le tribunal de première instance n'a pas examiné comme il l'aurait dû l'une des deux possibilités de l'origine des blessures subies par la victime, qu'il a tiré du témoignage du médecin une conclusion qui n'était pas rationnelle et qu'en ce faisant il n'a pas tenu compte du droit au bénéfice du doute que l'une des deux possibilités permettait à l'appelant de réclamer. Pour ces raisons, l'appel devrait être accueilli et l'appelant déclaré non-coupable de l'infraction reprochée en vertu de l'article 228 du *Code criminel*. Relativement au chef alternatif, qui a fait l'objet d'une suspension d'instance en cour martiale, et qui relève du paragraphe 245(2), le Tribunal substituerait un verdict de culpabilité de l'infraction incluse de voies de fait simples.

Le juge Vaillancourt: Le juge Vaillancourt souscrit à l'avis du juge Chevalier pour les motifs suivants. La seule relation qu'il y ait entre les gestes décrits par la victime et les blessures qu'elle a reçues ne peut provenir que d'une déduction selon laquelle il a bien fallu que cette blessure ait été causée par un objet tenu en main par l'appelant. Le Tribunal est d'avis qu'une telle déduction ne pouvait permettre au premier juge de trouver l'appelant coupable du premier chef d'accusation. Comme le dit la Cour suprême dans l'affaire *Harper c. La Reine*, si le juge du procès ne peut sans raison omettre une partie de la preuve sur un point qu'il a lui-même jugé essentiel il peut encore moins ajouter à la preuve du procès des éléments essentiels qui ne s'y trouvent pas.

Le juge Sinclair (dissident): L'appel doit être rejeté. Le Président de la Cour martiale s'est fié à la victime et a fondé son verdict sur son témoignage et celui du médecin. Le président a accepté le témoignage du médecin selon lequel les blessures de la victime n'ont très probablement pas été causées par des éclats de verre. Ce témoignage est convaincant. L'ensemble de la preuve offerte par le docteur permet à la Cour martiale de tirer la conclusion que les blessures subies par la victime ont été le résultat direct du geste de l'appelant entre le moment où il a plongé la main à l'intérieur de sa veste et celui où la victime a ressenti la douleur. Si on se fie à la victime et au médecin, la victime a été blessée par un instrument brandi par l'appelant. On ne peut pas vraiment envisager d'autres hypothèses. Le juge de première instance n'a pas omis d'apprécier des éléments de preuve pertinents, ni n'en a-t-il fait entièrement abstraction.

AVOCATS:

R.W. Agard pour l'appelant
Lieutenant-colonel B. Champagne, DC, pour
l'intimée

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 228 (as am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 17), 245(1), (2) (as am. S.C. 1972, c. 13, s. 21; 1974-75-76, c. 93, s. 21; 1980-81-82-83, c. 125, s. 19), 510, 519, 589 (as am. 1973-74, c. 38, s. 6; 1974-75-76, c. 105, s. 11), 613(1)(a) (as am. S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 75)

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 120 (as am. S.C. 1972, c. 13, s. 73), 202(4)

Court Martial Appeal Rules of Canada, C.R.C. 1978, c. 1051, r. 20 (as am. SOR/79-235)

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Armed Forces, (1968 Revision), arts. 106.015, 112.41(2), (3), 112.80(1)

CASES CITED:

Harper v. The Queen, [1982] 1 S.C.R. 2
R. v. Darlyn, [1947] 3 D.L.R. 480 (B.C.C.A.)

The following is the English version of reasons for judgment delivered by

CHEVALIER J.: Before a Standing Court Martial sitting at Lahr in the Federal Republic of Germany, on October 19, 1982, appellant was convicted of a charge laid under section 120 of the *National Defence Act* and falling within section 228 of the *Criminal Code* of Canada.

He was sentenced to one year's imprisonment.

On an alternative count, regarding an offence under subsection 245(2) of the *Criminal Code*, the Court Martial directed that the proceedings be stayed pursuant to articles 106.015, 112.41(2) and (3), and 112.80(1) of the *Queen's Regulations and Orders*.

He is appealing from the decision made in his case and asking that a verdict of not guilty be returned on all the charges laid against him.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS:

Code criminel du Canada, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 228 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, c. 125, art. 17), 245(1), (2) (mod. par S.C. 1972, c. 13, art. 21; 1974-75-76, c. 93, art. 21; 1980-81-82-83, c. 125, art. 19), 510, 519, 589 (mod. par 1973-74, c. 38, s. 6., 1974-75-76, c. 105, s. 11), 613(1)a) (mod. par S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 75)

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 120 (mod. par S.C. 1972, c. 13, art. 73), 202(4)

Règles du Tribunal d'appel des cours martiales du Canada, C.R.C. 1978, c. 1051, art. 20 (mod. par DORS/79-235)

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes, (Révision 1968), art. 106.015, 112.41(2), (3), 112.80(1)

JURISPRUDENCE CITÉE:

Harper c. La Reine, [1982] 1 R.C.S. 2
R. c. Darlyn, [1947] 3 D.L.R. 480 (C.A. C.-B.)

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés par

LE JUGE CHEVALIER: Devant une cour martiale permanente siégeant à Lahr, en République fédérale d'Allemagne, le 19 octobre 1982, l'appelant a été déclaré coupable d'une infraction portée sous l'autorité de l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* et tombant sous le coup de l'article 228 du *Code criminel* du Canada.

Il a été condamné à l'emprisonnement pour une période d'une année.

Sur un chef d'accusation alternatif, énonçant une infraction au paragraphe 245(2) du *Code criminel*, la Cour martiale a ordonné une suspension d'instance, en application des dispositions des articles 106.015, 112.41(2) et (3), et 112.80(1) des *Ordonnances et règlements royaux*.

Il se pourvoit de la décision rendue à son égard et demande que soit prononcé un jugement de non-culpabilité sur toutes les infractions qui lui ont été reprochées.

For the purposes of this hearing, it is felt necessary to set forth the relevant portions of the information laid. Appellant was charged:

(1) with having caused bodily harm with intent, contrary to section 228 of the *Criminal Code*;

[TRANSLATION] *Particulars*: in that, on or about March 6, 1982, at Ichenheim, Federal Republic of Germany, with the intent of wounding Mr. Clemens Fischer, he did unlawfully cause bodily harm to the said Mr. Clemens Fischer by striking him;

(2) of committing an assault causing bodily harm contrary to subsection 245(2) of the *Criminal Code*;

[TRANSLATION] *Particulars*: in that, on or about March 6, 1982, at Ichenheim, Federal Republic of Germany, he did unlawfully commit an assault on the person of Mr. Clemens Fischer by striking him, thereby causing him bodily harm.

In his appeal statement, filed on May 17, 1983, counsel for the appellant submitted six grounds in support of this appeal.

At the hearing, he formally waived some of these grounds and said he was leaving the others to the discretion of the Court. The observations that follow will accordingly deal only with the grounds which were the subject of argument by counsel for the two parties.

Facts

Before considering their discussion, it is useful to summarize briefly the facts on which the preceding information was based.

At about 9:00 p.m. on March 5, 1982, appellant went with companions from his regiment to a discotheque located in an establishment known as the Gasthaus Hechten, on the Heerstrasse in Ichenheim. The group spent the entire evening there and, like all those who were with him, with one exception, appellant drank a rather large quantity of liquor.

Another patron of the same establishment was a Clemens Fischer, who came in at around 11:00 p.m.

Between 1:00 and 2:00 a.m. on March 6, Dubé and Fischer left the discotheque, and although the evidence did not show clearly how it began, they got into an argument which led to a fight. This first incident took place outside the building, near

Pour les fins de la présente adjudication, il est jugé essentiel de réciter, dans leur partie pertinente, les plaintes portées. L'appelant était accusé:

a 1) d'avoir intentionnellement causé des lésions corporelles, contrairement à l'article 228 du *Code criminel*.

b *Détail*: En ce que, le ou vers le 6 mars 1982, à Ichenheim, République fédérale d'Allemagne, dans l'intention de blesser M. Clemens Fischer, il a illégalement causé des lésions corporelles audit M. Clemens Fischer, en le frappant.

c 2) de s'être porté à des voies de fait causant des lésions corporelles, contrairement au paragraphe 245(2) du *Code criminel*.

Détail: En ce que, le ou vers le 6 mars 1982, à Ichenheim, République fédérale d'Allemagne, il s'est illégalement porté à des voies de fait sur la personne de M. Clemens Fischer en le frappant, lui causant des lésions corporelles.

d Dans sa déclaration d'appel, produite le 17 mai 1983, le procureur de l'appelant avait énoncé dix motifs à l'appui de son pourvoi.

e À l'audience, il s'est désisté formellement de certains de ces motifs et a déclaré en laisser certains autres au jugement de la Cour. Les remarques qui vont suivre n'auront donc trait qu'aux motifs qui ont fait l'objet des plaidoiries des procureurs de chacune des parties.

f Les faits

Avant d'aborder leur discussion, il est à propos de relater succinctement les faits qui ont donné lieu aux plaintes précitées.

g Vers 21 h, le 5 mars 1982, avec des compagnons de régiment, l'appelant se rendit à une discothèque située dans un établissement portant le nom de Gasthaus Hechten, sur la Heerstrasse, à Ichenheim. Le groupe y passa toute la soirée et, comme tous ceux qui l'accompagnaient, sauf un, l'appelant y consomma une quantité de boisson forte considérable.

i Dans le même local se trouvait un dénommé Clemens Fischer, qui y était entré vers 23 h.

j Entre une et deux heures du matin le 6 mars, Dubé et Fischer sortirent de la discothèque, et sans que la preuve ait révélé d'une façon claire comment la chose a débuté, une bousculade suivie d'un corps à corps se produisit entre eux. Ce premier

one of the doors leading into it and in relative darkness. Appellant kicked Fischer on the left leg. They exchanged punches and rolled on the ground, on the surface of which was a considerable amount of broken glass resulting from the habit of patrons of the discotheque of throwing their glasses against the wall when they had drunk the contents.

The first altercation ended when the two were separated, but a few minutes later they were at it again and were both rolling on the ground. They got up, one facing the other, and according to Fischer, he saw the appellant put one of his hands inside his jacket, a so-called "jeans jacket". Dubé touched him and, a few seconds later, Fischer felt a painful sensation in the area just below his heart. He also noticed that he was bleeding. An employee of the discotheque gave him emergency aid and he was taken by ambulance to the hospital, where an examination by a general physician disclosed the existence of two cuts: one on his left side, level with the eighth vertebra and measuring one centimetre wide by one and a half centimetres deep; the other on the chest, also level with the eighth rib, fifteen centimetres long and described by the physician as being "not . . . deep" (Joint Record, p. 88).

At about 6:00 a.m. on the same day, a Canadian military police corporal conducted a search at the site and found, on the ground next to the discotheque, some distance from where the struggle occurred, a pocket knife of the type known as a penknife, the blade of which was closed and bore marks which looked to her like bloodstains.

Another member of appellant's regiment, who lived with him, testified that some time before the incident of March 6 he saw, in the apartment occupied by them, a knife resembling that found on the ground, and that he never saw it after that.

Appellant alleged that:

incident se déroula à l'extérieur du bâtiment, près d'une des portes qui y donnait accès et dans une obscurité relative. L'appellant donna un coup de pied à la jambe de Fischer. Des coups de poings furent échangés et les deux roulèrent sur le sol, à la surface duquel se trouvait une quantité considérable de verre brisé, provenant de la coutume pratiquée par les clients de la discothèque et qui consistait à lancer leurs verres sur le mur après en avoir consommé le contenu.

Cette première altercation se termina par une séparation physique des participants mais, quelques minutes plus tard, elle reprit de plus belle et, de nouveau, les combattants allèrent au sol. Ils se relevèrent, l'un faisant face à l'autre et, selon sa version, Fischer vit l'appellant mettre une de ses mains à l'intérieur de son veston, du genre jean jacket. Dubé lui toucha et, quelques secondes plus tard, Fischer éprouva une sensation de douleur à la région qui se trouve un peu en-dessous du coeur. Il constata également un écoulement de sang. Un membre du personnel de la discothèque lui donna des soins d'urgence et il fut conduit en ambulance à l'hôpital, où l'examen pratiqué par un médecin généraliste révéla l'existence de deux coupures: l'une au flanc gauche à la hauteur de la huitième vertèbre, mesurant un centimètre de large par un centimètre et demi de profond; l'autre au thorax, également à la hauteur de la huitième côte, ayant une longueur de 15 centimètres et une pénétration décrite par le médecin comme «pas profonde» (dossier conjoint, page 88).

Vers 6 h du matin le même jour, un caporal de la police militaire canadienne procéda à une enquête sur les lieux et trouva sur le sol avoisinant la discothèque, à quelque distance du lieu du combat, un couteau de poche du genre canif dont la lame était engagée dans son manche et portait des marques qui lui ont paru être des taches de sang.

Un compagnon de régiment de l'appellant, qui logeait avec lui, a témoigné que, assez longtemps avant l'incident du 6 mars, il avait vu, dans l'appartement qu'ils occupaient, un couteau ressemblant à celui trouvé sur le sol et que, par la suite, il ne l'a jamais revu.

L'appellant allègue:

(1) the laying of alternative charges is illegal and has the effect of rendering the informations laid absolutely void;

(2) the President of the Court Martial intervened wrongfully in the examination of the witnesses, to a degree that constituted a denial of justice to appellant;

(3) appellant was convicted on purely circumstantial and uncorroborated evidence;

(4) the conclusions arrived at by the Court Martial were in no way supported by the evidence presented.

On the first argument, counsel for the appellant cited in support sections 510, 519 and 589 of the *Criminal Code*, which set forth the rules regarding the way in which an indictment should be written, and the accused's right to ask for an amendment of any count which describes the same wrongful act in an alternative form.

In the case at bar, this alternative format is not within the same count but is the result of two separate counts.

It must also be remembered that, though they are stated with reference to the *Criminal Code*, the offences charged were laid under section 120 of the *National Defence Act*, and that reference must be made to this Act and the Regulations made thereunder as to the procedure to be followed.

Article 106.015 of the *Queen's Regulations and Orders* expressly authorizes the prosecutor to lay charges in an alternative form.

Paragraph 112.41(3) of the same Regulations and Orders provides that in such a case, if the Court finds the accused guilty on either of the charges so laid, it must at the same time direct a stay on the other count, which under paragraph 112.80(1) amounts to a dismissal of this second count.

This is the procedure which the Court Martial followed in the case at bar. It acted in accordance with the foregoing rules and this first argument must be dismissed.

1) Que le dépôt de chefs d'accusation alternatifs est illégal et a pour effet d'engendrer la nullité absolue des plaintes portées.

a 2) Que le Président de la Cour martiale est intervenu dans l'interrogatoire des témoins d'une façon abusive et à un point qui constitue un déni de justice envers l'appellant;

b 3) Que l'appellant a été trouvé coupable sur une preuve uniquement circonstancielle et non corroborée;

c 4) Que les conclusions auxquelles la Cour martiale en est venue ne sont aucunement justifiées par la preuve soumise.

Sur le premier motif, le procureur de l'appellant a invoqué à son appui les articles 510, 519 et 589 du *Code criminel*, qui énoncent les principes relatifs à la façon de rédiger un chef d'accusation et au droit de l'accusé de faire réviser un chef qui décrirait le même fait reprochable sous une forme alternative.

e Dans le cas qui nous est soumis, cette alternative ne se manifeste pas à l'intérieur du même chef, mais par le biais de deux chefs distincts.

f En outre, il faut se rappeler que, même si elles sont énoncées par référence au *Code criminel*, les infractions reprochées ont été portées sous l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* et que c'est à ce statut et aux règlements passés sous son autorité qu'il y a lieu de s'en rapporter quant à la procédure à suivre.

g Or, l'article 106.015 des *Ordonnances et règlements royaux* autorise expressément le poursuivant à porter des actes d'accusation sous une forme alternative.

h Le paragraphe 112.41(3) des mêmes Ordonnances et règlements prévoit qu'en pareil cas, si la Cour déclare l'accusé coupable de l'une ou l'autre des infractions ainsi reprochées, elle doit, à la même occasion, ordonner une suspension d'instance sur l'autre chef, ce qui, aux termes du paragraphe 112.80(1), équivaut à un acquittement de cette seconde infraction.

j C'est la procédure qu'a suivie la Cour martiale en l'occurrence. Elle a agi conformément aux règles précitées et ce premier motif doit être écarté.

The second ground of appeal also cannot be allowed.

A judge presiding over a trial has a right, and in some cases a duty, to put questions to a witness to clarify an answer, to resolve any misunderstanding that may result from interpretation by the witness of an ambiguous question, or finally, to correct an omission by counsel regarding questions which should have been put to cover relevant matters (*R. v. Darlyn*, [1947] 3 D.L.R. 480).

I am fully satisfied on the record that the President of the Court Martial did not exceed his proper function and go beyond what is permissible in the way of intervention during a trial.

Thirdly, appellant argued that his conviction was based on purely circumstantial and uncorroborated evidence.

This argument is manifestly incorrect. As the President of the Court Martial noted in his judgment (JR p. 118, lines 24 *et seq.*), except as regards the knife found on the scene, the evidence is largely direct.

Furthermore, there is nothing in the *National Defence Act*, the *Criminal Code* or the rules of evidence applicable in such proceedings requiring that evidence be entirely direct or that it be corroborated on the offences charged. This ground of appeal must be dismissed.

Finally, appellant argued that the conclusions arrived at by the Court Martial are not justified by the evidence in the record.,

Like my brother Sinclair C.J., I find that this argument can only justify allowing an appeal if it falls within one of the cases specified in subsection 613(1) of the *Criminal Code*.

Similarly, I agree with the comment cited by him, in *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, where Estey J. said the following [at p. 14]:

Le second motif d'appel ne peut non plus être retenu.

Le juge qui préside un procès a le droit et, dans certains cas, le devoir de poser des questions à un témoin, soit pour clarifier une réponse, soit pour dissiper un malentendu qui résulterait de l'interprétation par le témoin, d'une question ambiguë, soit enfin pour remédier à l'inadvertance d'un procureur relativement à des questions qui auraient dû être posées pour couvrir le sujet du débat judiciaire (*R. c. Darlyn*, [1947] 3 D.L.R. 480).

L'étude du dossier me satisfait amplement que le Président de la Cour martiale n'a pas outrepassé son rôle et n'est pas allé au-delà de ce qui est acceptable en matière d'intervention au cours de l'enquête.

En troisième lieu, l'appellant soutient que la déclaration de culpabilité retenue contre lui a été basée sur une preuve entièrement circonstancielle et non corroborée.

Ce motif est manifestement mal fondé. Ainsi que l'a souligné le Président de la Cour martiale dans sa décision (d.c. page 118, lignes 24 et suivantes), sauf en ce qui a trait au couteau trouvé sur les lieux, la preuve est largement directe.

De plus, rien, ni dans la *Loi sur la défense nationale* ni dans le *Code criminel* de même que dans les règles de preuve admises en semblable matière, ne requiert une preuve entièrement directe ni qu'elle soit corroborée quant aux infractions reprochées. Ce moyen d'appel doit être écarté.

Enfin l'appellant plaide que les conclusions auxquelles en est venue la Cour martiale ne sont pas justifiées par la preuve au dossier.

Comme mon collègue, l'Honorable juge en chef Sinclair, je constate que ce motif ne peut justifier l'accueil d'un pourvoi que s'il se situe dans l'un des cas prévus par le paragraphe 613(1) du *Code criminel*.

De même je suis d'accord avec le commentaire qu'il cite, où, dans la cause de *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, [à la page 14], M. le juge Estey s'exprime comme suit:

An appellate tribunal has neither the duty nor the right to reassess evidence at trial for the purpose of determining guilt or innocence. The duty of the appellate tribunal does, however, include a review of the record below in order to determine whether the trial court has properly directed itself to all the evidence bearing on the relevant issues. Where the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede.

I would add that it is not the province of an appellate court to intervene in the discretion exercised by a trial judge to believe one witness rather than another and to dismiss or allow evidence for reasons within his jurisdiction.

From my point of view the problem turns really on the question of whether, in the case at bar, the trial judge in exercising his discretion actually considered all the evidence available to him, and whether, in light of the rule that the accused must be given the benefit of any reasonable doubt, he made a reasonable choice among all the possible conclusions suggested to him by the evidence.

In addition, of course, to a finding of innocent on both counts, the trial judge had to choose between causing bodily harm with intent (section 228, *Criminal Code*) and assault causing bodily harm (subsection 245(2), *Criminal Code*).

He found that appellant had committed an assault on Fischer and that the first requirement for commission of one or other of the offences was established. I concur in this first finding.

There remains the second requirement: to find appellant guilty of a breach of section 228, *Criminal Code*, the trial judge had to be satisfied that: (1) Fischer had suffered bodily harm; (2) the bodily harm suffered was caused by the appellant's intentional act.

The injuries to the victim's person have been described above. They consisted of two cuts in the area of his chest. According to the general physician, they were probably caused by a sharp object.

If, therefore, the offence specified in section 228 was to be applicable, this could only be because

Un tribunal d'appel n'a ni le devoir ni le droit d'apprécier à nouveau les preuves produites au procès afin de décider de la culpabilité ou de l'innocence. Il incombe toutefois au tribunal d'appel d'étudier le dossier du procès pour déterminer si la cour a bien tenu compte de l'ensemble de la preuve se rapportant aux questions litigieuses. S'il se dégage du dossier, ainsi que des motifs du jugement, qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents et, plus particulièrement, qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir.

Je me permets d'ajouter qu'il n'est pas du ressort de la Cour d'appel d'intervenir dans la discrétion qui appartenait au juge de première instance de croire un témoin plutôt qu'un autre et de rejeter ou d'accepter une preuve pour des raisons qui relèvent de sa compétence.

À mon point de vue le problème se situe plutôt sur la question de savoir si, dans la présente affaire, le premier juge a effectivement considéré, dans son choix, tous les éléments de preuve à sa disposition et si, compte tenu de l'application du principe du bénéfice du doute raisonnable, il a fait un choix raisonnable entre toutes les possibilités de conclusions que la preuve lui permettait de tirer.

Le premier juge avait à choisir, outre naturellement une déclaration de non-culpabilité sur les deux chefs d'accusation, entre l'offense d'assaut avec intention de blesser (article 228, du *Code criminel*) et celle d'assaut causant des lésions corporelles (paragraphe 245(2) du *Code criminel*).

Il a considéré que l'appellant avait commis un assaut sur la personne de Fischer et que le premier élément requis pour la commission de l'une ou l'autre offense avait été établi. Je suis d'accord avec cette première conclusion.

Restait le second élément: pour trouver l'appellant coupable de l'offense de l'article 228 du *Code criminel*, le premier juge devait se satisfaire: 1) que Fischer avait été blessé; 2) que les blessures subies avaient été causées par l'acte intentionnel de l'appellant.

Les blessures à la personne de la victime ont été décrites plus haut. Elles consistaient dans deux coupures à la région thoracique. Selon le médecin généraliste, elles ont été probablement causées par un objet tranchant.

Si donc l'infraction prévue par l'article 228 devait être retenue, ce ne pouvait être qu'à cause

appellant had used an object of the kind described by the physician.

The evidence at trial disclosed, beyond the shadow of a doubt, that there was broken glass on the ground at the place where the confrontation between the victim and his assailant occurred, and the causes of this have been explained.

In the circumstances, the trial judge had to consider two possibilities: either that Fischer had inflicted the cuts that were found on himself by rolling on the ground in the struggle he had with appellant; or on the contrary, that this broken glass had nothing to do with his wounds and that the latter resulted solely from an act by his assailant, who in so doing used a weapon with a cutting edge.

In the second case, the blow suffered by appellant constituted the second component of the offence under section 228. In the first case, the cause of the wounds was an external instrument (the broken glass), which had nothing to do with any deliberate action taken to injure appellant.

Did the trial judge consider, as he ought to do, the possibility that the wounds resulted from the broken glass littering the ground?

First, the only evidence as to the description of Fischer's wounds and their potential origin was provided by the testimony of Dr. Auer.

As can be seen from the examination (JR pp. 81 *et seq.*), this individual held the position of assistant physician in the anaesthesia section of a hospital. In order to determine the extent of his qualifications, the following passages may be cited:

(Page 84):

[TRANSLATION]

Q. If I understand correctly, you were admitted as a physician in 1981? A. Yes.

Q. So, about a year ago? A. Yes.

Q. Were these studies not to be followed by a specific medical specialty? A. My time spent in the surgical section was training to become a specialist. This takes longer, but it is the same profession.

Q. How long do you still need to become a specialist, and are you continuing your studies for that purpose? A. Six years.

Q. Six years remaining? A. Six years in all.

de l'utilisation par l'appellant d'un objet de la catégorie décrite par ce médecin.

Or, la preuve au procès a révélé, sans l'ombre d'un doute possible, qu'à l'endroit où l'affrontement entre la victime et l'agresseur s'est déroulé, il y avait sur le sol du verre brisé dont l'origine a été expliquée plus haut.

Dans les circonstances, il incombait au premier juge l'obligation d'envisager les deux possibilités: soit que Fischer se fût infligé les coupures qui ont été constatées en se roulant sur le sol au cours du corps à corps qu'il a eu avec l'appellant; soit qu'au contraire, ce verre brisé n'ait eu rien à voir avec ses blessures et que celles-ci aient résulté uniquement d'un acte de son agresseur qui, en le posant, aurait utilisé une arme comportant un tranchant.

Dans le deuxième cas, le coup porté par l'appellant constituait le second élément de l'offense de l'article 228. Dans le premier cas, la cause des blessures était un agent extérieur (le verre brisé) qui n'avait rien à voir avec quelque geste intentionnel de blesser de l'appellant.

Le premier juge a-t-il considéré, comme il le devait, la possibilité que les blessures originent du verre brisé jonchant le sol?

En premier lieu, la seule preuve relative à la description des blessures de Fischer et à leur origine potentielle découle du témoignage du docteur Auer.

Comme l'interrogatoire permet de le constater (d.c. pages 81 et suivantes), cette personne occupait dans un hôpital le poste de médecin-assistant dans la section anesthésie. Pour déterminer l'étendue de ses qualifications, il y a lieu de citer les extraits suivants:

(Page 84):

Q. Si je comprends bien, vous avez été reçu médecin comme tel en 1981? R. Oui.

Q. Donc, environ un an? R. Oui.

Q. Est-ce que ces études-là n'ont pas été complétées par une spécialité spécifique en médecine? R. Mon séjour à la section chirurgicale, c'était un entraînement pour devenir médecin-spécialiste. Ça me prend encore plus de temps, mais c'est la même profession.

Q. Combien de temps vous manque-t-il encore pour devenir spécialiste et continuez-vous les études à cet effet-là? R. Six ans.

Q. Encore six ans? R. En tout six ans.

Q. Five years remaining? A. Yes.

Q. And you said you were studying to become a specialist in what area? A. At the moment, in anaesthesiology.

Q. In anaesthesiology? A. There was a year of special surgery, and at the moment I have begun studies in special anaesthesiology.

(Page 85):

PRESIDENT: You are asking the Court to accept this witness as an expert in general medicine?

COUNSEL: Yes.

PRESIDENT: If you have no objections, Maj. Ménard — if you have any, state them.,

DEFENDING OFFICER: I have no objections, Mr. President.

PRESIDENT: The Court will accept him as an expert in general medicine. Proceed with your questions.

It would be hard indeed to say that this doctor was a specialist of any kind whatever, and that as a pathologist he would be able to give a scientific opinion as to the origin of a wound, in particular whether it was made by a knife or by a splinter of glass, which it is perfectly conceivable could have the shape and the same cutting edge as a knife blade.

Secondly, the answers which Dr. Auer gave on the nature and origin of the wounds found on Fischer's person are far from completely excluding, as the trial court did, the possibility of broken glass as a causal factor.

The following passage appears relevant in this regard (p. 88, line 1):

[TRANSLATION]

Q. Was — Doctor, was this wound which you have just described, and on which you commented, compatible with a wound received, for example, from a splinter of glass? A. I don't think it's likely.

Q. Why? A. Because glass does not have the same features as the object must have had. In the case of a glass, the edges of the wound would be more — there would be a greater difference between the edges, and the edge would be narrow.

Q. On the other wound which measures fifteen centimetres long, could you describe the nature of this wound for the Court more precisely? A. First, there was a relationship between the two wounds —

PRESIDENT: A relationship between the two wounds?

WITNESS: In the location of the wound. This wound fifteen centimetres long I would say was not a deep cut. Also, the edge of the wound was very narrow, very fine. This means it must

Q. Il en reste cinq? R. Oui.

Q. Et vous faites des études pour devenir spécialiste dans quel domaine, vous avez dit? R. Dans le moment, dans l'anesthésie.

Q. Dans l'anesthésie? R. Il a fait un an de la chirurgie spéciale, et dans le moment, j'ai commencé à faire des études en anesthésie spéciale.

(Page 85):

PRÉSIDENT: Vous demandez que la cour accepte ce témoin-là comme expert en médecine générale?

b PROCUREUR: Oui.

PRÉSIDENT: Si vous n'avez pas d'objections, Major Ménard, si vous en avez, exprimez-les.

OFFICIER DÉFENSEUR: Je n'ai pas d'objections, M. le Président.

c PRÉSIDENT: La Cour va l'accepter comme expert en médecine générale. Posez vos questions.

On peut donc difficilement se risquer à affirmer qu'il s'agit là d'un spécialiste de quelque catégorie que ce soit et qu'à l'instar d'un pathologiste il puisse donner une opinion scientifique quant à l'origine d'une blessure, savoir en particulier si elle a été faite par un couteau ou par un éclat de verre, dont il est parfaitement concevable qu'il présente la configuration et le même tranchant qu'une lame de couteau.

En second lieu, les réponses que le docteur Auer a données sur la nature et l'origine des blessures constatées sur la personne de Fischer sont loin d'écarter totalement, comme l'a fait la Cour de première instance, la possibilité du verre brisé comme facteur causal.

À ce sujet la citation suivante paraît appropriée (page 88, ligne 1):

g Q. Est-ce que, Docteur, est-ce que cette blessure que vous venez de décrire et sur laquelle vous avez commenté, compatible avec une blessure reçue, par exemple, sur un éclat de verre? R. Je ne pense pas que c'est probable.

h Q. Et pourquoi? R. Parce que des verres, des vitres n'ont pas les mêmes signes que l'objet doit avoir eu. Dans un cas d'une vitre, les bords de la blessure seront plus — il y aurait une plus grande différence entre les bords, et le bord devrait être serré.

i Q. Au sujet de l'autre blessure qui mesurait 15 centimètres de long, pourriez-vous décrire pour la cour plus précisément, de quelle nature était cette blessure? R. En premier on remarque les relations des deux blessures —

PRÉSIDENT: Le rapport des deux blessures?

j TÉMOIN: Le rapport de la situation de la blessure. Cette blessure d'une longueur de 15 centimètres, je dirais c'est une coupure pas profonde. Là aussi, le bord de la blessure était très

have been an object which was very sharp and not too wide where it touched the skin.

COUNSEL:

Q. Is this wound consistent with the type of wound that you see — which you have seen caused by a knife? A. As to that, I cannot say.

Q. Is it the type of knife that you — to which you are referring? A. No. One was a wound caused by a blow, and the other a wound caused by a cut, without saying anything as to the object responsible as such. It is very possible that both wounds were caused by the same object.

PRESIDENT: It is what?

WITNESS: It is very possible —

PRESIDENT: It is very possible.

WITNESS: That both wounds were caused by the same object, but the two had no connection, in reality, as you have just indicated.

As can be seen, the only place in the foregoing passage where the doctor made any observation regarding the broken glass is when he said that this material was “probably” not the cause of the wounds. Additionally, in answer to another question in which counsel asked him whether this type of wound was consistent with a wound “caused by a knife,” he answered: “As to that, I could not say.” Finally, he noted that the two wounds “had no connection,” whereas he had previously given it as his opinion that, “It is very possible that both wounds were caused by the same object.”

In my humble opinion, this testimony does not carry much weight.

The treatment given by the trial judge to the alternative possibility that the wounds were caused by something besides a blow struck by the appellant may be seen in the following passages from his judgment.

At p. 119 of the Joint Record, he stated:

[TRANSLATION] The other witnesses saw nothing which could really assist the Court, except for the doctor, who by his expert knowledge and observations of the victim, confirmed that the wound *could not have been caused by glass*, but on the contrary, a knife appeared to have been the cause of it.

(Emphasis added.)

The passages from the doctor's testimony cited above appear to be singularly in conflict with this statement by the trial judge: the doctor mentioned only a possibility, or at most a probability.

serré, très étroit. Ça veut dire, il faut qu'il s'agit d'un objet qui était très coupant et pas trop large à la place où ça a touché la peau.

PROCUREUR:

Q. Est-ce que cette blessure est consistante avec le genre de blessure que l'on voit, que vous avez pu voir créée par un couteau? R. Comme ça, on ne peut pas le dire.

a Q. Est-ce que c'est la nature du couteau que vous — à laquelle vous réferez? R. Non. L'un, c'était une blessure par un coup, et l'autre, c'était une blessure par coupure, sans dire quelque chose sur l'objet comme tel. C'est bien fort possible que les deux blessures ont été causées par le même objet.

b PRÉSIDENT: C'est bien quoi?

TÉMOIN: C'est très fort possible —

PRÉSIDENT: C'est très fort possible.

c TÉMOIN: Que les deux blessures ont été causées par le même objet, mais les deux ont pas de parenté, en réalité, ensemble, comme vous l'avez mentionné tout à l'heure.

d Comme on le voit, le seul endroit du texte précité où le médecin fait quelque remarque sur le verre brisé, est lorsqu'il dit que ce matériau n'est «probablement» pas la cause des blessures. D'un autre côté, en réponse à une autre question où le procureur lui demande si ce genre de blessure est consistant avec une blessure «créée par un couteau», il répond: «Comme ça, on ne peut pas le dire». Enfin, il note qu'il y a eu deux blessures qui e «n'ont pas de parenté ensemble», alors que, précédemment, il avait émis l'opinion que «c'est fort possible que les deux blessures ont été causées par le même objet».

f À mon humble point de vue, il n'y a là rien de bien convaincant.

g Le traitement que le premier juge accorde à cette possibilité, alternative que les blessures aient pu être causées par autre chose que la main de l'appelant, se traduit dans les extraits suivants de son jugement.

À la page 119 du dossier conjoint, il dit:

h Les autres témoins, quant à eux, n'ont rien vu qui ait pu vraiment aider la cour, sauf le docteur qui a, par son expertise et ses observations de la victime, confirmé que la blessure *n'a pu être causée par du verre*, mais qu'au contraire, un couteau semble en être à l'origine.

i (le souligné est du soussigné)

j Les extraits du témoignage du médecin qui ont été cités plus haut me paraissent contredire singulièrement cette affirmation du premier juge; le médecin n'a énoncé qu'une possibilité ou tout au plus qu'une probabilité.

In the other parts of his decision, he said the following:

(p. 118, line 32):

[TRANSLATION] ... At most there is the question whether the prosecution was able, by circumstantial evidence, to prove that the knife found by the policeman was in fact the one which caused the bodily harm: the Court has never been persuaded that the knife of Exhibits C and D, which may have been found at the point of Exhibit B, was used by the accused to intentionally wound the victim.

(p. 119, line 17):

The Court rejected these (defence) theories because the Court was convinced beyond a reasonable doubt that the wounds or bodily harm suffered by Mr. Fischer were the direct result of the accused's action, between the time he put his hand inside his jacket and the pain that was felt by the victim, with the intent of wounding the victim by striking him.

(p. 118, line 20):

The Court is therefore persuaded that it was in fact the accused who, on March 6, 1982, caused bodily harm to the victim Fischer, using a very sharp pointed object to strike the victim with the intent of wounding him.

(p. 118, line 29):

... The victim was attacked and suffered bodily harm when he was struck by the accused who, using an object of some kind, intended to wound the victim.

In my humble opinion, with due respect, I consider that what the trial judge did may be summarized as follows: first, he drew from the testimony of the doctor, who was the only one who discussed the nature and origin of the wounds, a definite conclusion that was not supported by that testimony. He then, and for that reason, totally rejected this possibility, not essentially because of the testimony, but because, as he said, he was persuaded at the outset that the bodily harm "was the direct result of the accused's action, between the time he put his hand inside his jacket and the pain that was felt by the victim ..."

I am forced to conclude on this point, therefore, that the decision *a quo* is subject to an error of law, consisting in the fact that the trial court did not consider as it should have done one of the two possible origins of the wounds suffered by Fischer, that it drew from Dr. Auer's testimony a conclusion which was not reasonable, and that in so doing it disregarded the claim to the benefit of the doubt that could be made by appellant on the basis of one of these two possibilities.

Dans d'autres parties de sa décision il s'exprime comme suit:

(page 118, ligne 32):

... Tout au plus peut-on se demander si la poursuite aurait pu, par preuve circonstancielle, prouver que le couteau trouvé par le policier était bien ce qui a causé les lésions corporelles? La cour n'a jamais été convaincue que le couteau des exhibits «C» et «D» qui peut-être fut trouvé au point de l'exhibit «B» a servi à l'accusé pour intentionnellement blesser la victime.

(page 119, ligne 17):

La Cour n'a pas retenu ces théories (de la défense) parce que la Cour était convaincue, hors de tout doute raisonnable, que les blessures ou lésions corporelles subies par Monsieur Fischer ont été le résultat direct du geste de l'accusé entre le moment où il a plongé la main à l'intérieur de sa veste et la douleur ressentie par la victime dans l'intention de blesser la victime en le [sic] frappant.

(page 118, ligne 20):

La Cour est donc convaincue que c'est bien l'accusé qui, le 6 mars 1982, a causé des lésions corporelles à la victime Fischer, en se servant d'un objet pointu, très affilé pour frapper la victime dans l'intention de le blesser.

(page 118, ligne 29):

... la victime a été attaquée, a subi des lésions corporelles, ayant été frappée par l'accusé qui, se servant d'un objet quelconque, voulait blesser la victime.

À mon humble avis et avec toute déférence, je crois que ce que le premier juge a fait peut se résumer ainsi: il a d'abord tiré du témoignage du médecin, qui est le seul qui se soit expliqué sur la nature et la provenance des blessures, une conclusion de certitude que ce témoignage n'autorisait pas. Il a ensuite et pour cette raison totalement écarté cette possibilité, non pas essentiellement à cause de ce témoignage, mais parce que, comme il le dit, il était convaincu au départ que les lésions «ont été le résultat direct du geste de l'accusé entre le moment où il a plongé la main à l'intérieur de sa veste et la douleur ressentie par la victime. ...»

Je me sens donc obligé de conclure, sur ce point, que la décision qui fait l'objet du pourvoi entrepris, souffre d'une erreur de droit, laquelle a consisté dans le fait que le tribunal de première instance n'a pas examiné comme il l'aurait dû l'une des deux possibilités de l'origine des blessures subies par Fischer, qu'il a tiré du témoignage du Dr. Auer une conclusion qui n'était pas rationnelle et qu'en ce faisant il n'a pas tenu compte du droit au bénéfice du doute que l'une des deux possibilités permettait à l'appelant de réclamer.

For these reasons, I would allow the appeal and find appellant not guilty of the offence with which he was charged under section 228, *Criminal Code*.

On the alternative count, which falls under subsection 245(2), *Criminal Code*, paragraph 112.80(1) of the *Queen's Regulations and Orders*, referring to subsection 202(4) [*National Defence Act*], allows the appellate court, if the evidence so warrants, to "substitute for the finding of guilty made by the Court Martial a finding of guilty of that other offence."

As I agree with the trial judge that an assault was committed by appellant on the person of the victim Fischer, and that, further, the evidence did not disclose that this assault was justified on grounds of self-defence or any other mitigating factor, I conclude that appellant committed an offence under section 245, *Criminal Code*.

If, on the other hand, for the reasons stated above, the connection between the two cuts observed and appellant's intentional act is rejected, the offence in question is then not one of assault causing bodily harm but of common assault, specified by subsection 245(1), since no evidence was presented of any other bodily harm.

Finally, I consider that the Court should allow the motion made by counsel for the appellant pursuant to rule 20 of the *Court Martial Appeal Rules of Canada*.

For these reasons, I would allow the appeal; set aside and vacate the trial judgment; find appellant not guilty of the offence with which he was charged under section 228, *Criminal Code*; find him guilty of the offence of common assault specified in subsection 245(1), *Criminal Code*; and, pursuant to subsection 202(4) of the *National Defence Act*, refer the proceedings to the Minister or to such other authority as he may prescribe or appoint for that purpose to substitute for the punishment imposed by the Court Martial such new punishments as he considers appropriate.

I would further direct that counsel for the appellant be paid his fees and disbursements in full,

Pour ces raisons, je ferais droit à l'appel et déclarerais l'appellant non coupable de l'offense portée sous l'article 228 du *Code criminel*.

a Sur le chef alternatif qui tombe sous le coup du paragraphe 245(2) du *Code criminel*, le paragraphe 112.80(1) des *Ordonnances et règlements royaux*, par référence au paragraphe 202(4) [de la *Loi sur la défense nationale*], permet à la cour d'appel, si la preuve le justifie, de «substituer au verdict de culpabilité rendu par la Cour martiale, un verdict de culpabilité de cette autre infraction . . .».

c Comme je suis d'accord avec le juge de première instance qu'un assaut a été commis par l'appellant sur la personne de la victime Fischer, et que, d'autre part, la preuve ne révèle pas que cet assaut ait été justifié par un état de légitime défense ou par quelque autre motif exonératoire, je conclus d que l'appellant a commis une infraction à l'article 245 du *Code criminel*.

D'un autre côté, si, pour les raisons énoncées plus haut, on écarte du dossier la relation entre les deux coupures constatées et l'acte intentionnel de l'appellant, on est en face non pas d'une infraction d'assaut causant des lésions corporelles, mais d'un assaut simple, prévu par le paragraphe 245(1), puisqu'aucune autre lésion corporelle n'a été mise en preuve. f

Enfin, je suis d'avis qu'il y a lieu d'accueillir la demande formulée par le procureur de l'appellant, sous l'autorité de l'article 20 des *Règles du Tribunal d'appel des Cours martiales du Canada*. g

Pour ces motifs, je ferais droit à l'appel; casse-rais et annulerais le jugement de première instance; déclarerais l'appellant non coupable de l'infraction portée sous l'article 228 du *Code criminel*; h le déclarerais coupable de l'infraction d'assaut simple prévue au paragraphe 245(1) du *Code criminel*; et, par application du paragraphe 202(4) de la *Loi sur la défense nationale*, déférerais les i procédures au Ministre ou à toute autre autorité par lui prescrite ou nommée à cette fin, pour substituer à la peine infligée par la Cour martiale la ou les nouvelles peines que le Ministre ou cette autre autorité estime appropriées.

j J'ordonnerais également que soient payés à l'avocat de l'appellant la totalité de ses honoraires

including reasonable travel and meal expenses, as taxed by the taxing officer in accordance with the tariff of the *Federal Court Rules*.

The following is the English version of reasons for judgment delivered by

VAILLANCOURT J.: I have had the advantage of reading the reasons of my brother judges William R. Sinclair C.J. and François Chevalier J. With the utmost respect for the opinion of Sinclair C.J., I concur in the opinion of Chevalier J. for the following reasons.

If there is one fact in this entire case about which there is no doubt, it is that Fischer was wounded on the night of March 5-6, 1982. There is no question about that. It was also shown that Fischer and the accused Dubé had a fight.

However, I question whether the trial judge, after reviewing the facts as he did, could draw from the facts proven before him the conclusion that the accused was guilty on the first count, which states that Dubé struck Fischer with the intent of wounding him, causing him bodily harm.

The trial judge said he was "persuaded that it was in fact the accused . . . who caused bodily harm to . . . Fischer, using a very sharp pointed object to strike the victim with the intent of wounding him" (JR p. 118, line 21). The trial judge must necessarily have based this conviction on the testimony of Fischer, the victim, and Dr. Auer.

With all due respect, and with the utmost care to accept in full the testimony given by both these persons, I do not see how the trial judge could have been persuaded beyond all reasonable doubt of Dubé's guilt.

In coming to the conclusion that the accused was guilty, the trial judge found that "the victim was attacked and suffered bodily harm when he was struck by the accused who, *using an object of some kind*, intended to wound the victim" (JR p. 118, line 29, my emphasis).

I am of the view that the testimony of the victim, Fischer — and that is all we have in this regard — is insufficient to support such a conclu-

et déboursés, y compris les frais raisonnables de déplacement et de subsistance, tels que taxés par le fonctionnaire taxateur selon le tarif des *Règles de la Cour fédérale*.

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés par

LE JUGE VAILLANCOURT: J'ai eu l'avantage de lire les notes de mes collègues, les Honorables juge en chef William R. Sinclair et François Chevalier. En toute déférence pour l'opinion du juge en chef Sinclair, je partagerais l'avis du juge Chevalier pour les raisons suivantes.

Si un fait demeure certain dans toute cette affaire, c'est que Fischer a été blessé cette nuit du 5 au 6 mars 1982. Cela ne fait aucun doute. Il a été également prouvé que Fischer et Dubé, l'accusé, se sont battus.

Cependant, je me demande si le premier juge après avoir apprécié les faits comme il le fit pouvait tirer des faits prouvés devant lui la conclusion de culpabilité en vertu du premier chef d'accusation qui précise que Dubé a frappé Fischer dans l'intention de le blesser lui causant des lésions corporelles.

Le premier juge se dit «convaincu que c'est bien l'accusé (. . .) qui a causé des lésions corporelles à Fischer, en se servant d'un objet pointu, très affilé, pour frapper la victime dans l'intention de le blesser» (d.c. p. 118, ligne 21). Cette conviction le premier juge doit nécessairement la trouver dans les seuls témoignages de Fischer, la victime, et du docteur Auer.

En toute déférence et en prenant bien soin d'accepter intégralement ces deux (2) témoignages, je ne sais pas comment le premier juge ait pu être convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de Dubé.

Pour arriver à déterminer la culpabilité de l'accusé, le premier juge a trouvé que «la victime a été attaquée, a subi des lésions corporelles, ayant été frappée par l'accusé qui, *se servant d'un objet quelconque*, voulait blesser la victime» (d.c. p. 118, ligne 29, notre souligné).

Je suis d'avis que le témoignage de la victime Fischer, et c'est le seul que nous ayons à ce sujet, n'est pas suffisant pour arriver à une telle conclu-

sion, first, because he did not clearly and specifically say that Dubé struck him using an object of some kind.

What were the statements made by Fischer during the trial?

At p. 16 of the transcript, Fischer stated:

[TRANSLATION] So then, we were face to face, and then he put his hand - he put his hand into his shirt and then, he took out something, I don't know what it was. So then, I felt a pain here, and I moved away.

In this first description of the principal event in this entire case, Fischer stated the facts in four stages:

1. "So then, we were face to face . . ."
2. "Then, he put his hand into his shirt . . ."
3. "Then he took out something — I don't know what it was."
4. "So then, I felt a pain here . . ."

Those are Fischer's words related to the trial judge by the translator. What did Fischer mean when he said that Dubé "took out" something? Either this meant that Dubé took some kind of weapon out of his shirt, and the question then arises as to what he did with it next, for in the next stage of his description Fischer said, "I felt a pain here," without explaining what happened between the time the accused took something out of his shirt and the time he felt a "pain"; or it meant that Dubé, the accused, threw something at him. This part of Fischer's testimony can throw no light on the point and the Court must necessarily conclude that the accused, having taken something out from under his shirt, struck the victim with it. Nevertheless, this remains a deduction.

Further on, at p. 21, Fischer described the incident for the second time.

[TRANSLATION] He put his hand into his shirt, but I didn't see anything - it was happening too fast — then he touched me here, and then . . .

It should be noted that Fischer said he did not see anything in the accused's hand. He claimed that he saw the accused put his hand into his shirt, but we do not know if the hand came out of the shirt empty or not.

At p. 32, in cross-examination, when he was asked how far he was from the others when this event took place, he answered:

[TRANSLATION] A. It was four metres — when I was struck.

sion parce que d'abord il ne dit pas, d'une façon claire et précise, que Dubé l'a frappé en se servant d'un objet quelconque.

Quelles sont les déclarations faites par Fischer au cours du procès?

À la page 16 de la transcription des notes sténographiques, Fischer dit:

[TRADUCTION] Et puis, on était face à face, et puis, il a mis sa main, il a mis sa main sous sa chemise et puis, il a tiré quelque chose, et je ne sais pas quoi. Et puis, j'ai eu mal ici, et puis, je m'éloignai.

Dans cette première description de l'événement principal de toute cette affaire, Fischer relate les faits en quatre étapes:

1. «Et puis, on était face à face (. . .)»
2. «Et puis, il a mis sa main sous sa chemise (. . .)»
3. «Et puis, il a tiré quelque chose, je ne sais quoi.»
4. «Et puis, j'ai eu mal ici (. . .)»

Tels sont les mots de Fischer relatés par le traducteur au premier juge. Que veut dire Fischer quand il explique que Dubé a «tiré» quelque chose? Ou bien cela signifie que Dubé a tiré un instrument quelconque de sous sa chemise, et alors on se demande ce qu'il en fit ensuite car dans l'étape suivante de sa description Fischer déclare: «J'ai eu mal ici» sans expliquer ce qui s'est passé entre le moment où l'accusé a tiré quelque chose de sa chemise et celui où il a eu «mal», ou bien cela signifie que Dubé, l'accusé, lui a lancé quelque chose. Cette partie du témoignage de Fischer ne peut nous éclairer à ce sujet et force nous est de déduire qu'ayant tiré quelque chose de sous sa chemise, l'accusé en a frappé la victime. Cela ne demeure quand même qu'une déduction.

Plus loin, à la page 21, Fischer décrit l'incident pour la deuxième fois.

[TRADUCTION] Il a mis la main dans sa chemise, mais j'ai rien vu, ça allait trop vite et puis il m'a touché ici, et puis (. . .)

Notons que Fischer déclare n'avoir rien vu dans la main de l'accusé. Il prétend avoir vu l'accusé mettre la main dans sa chemise mais on ne sait pas si cette main en ressortit vide ou non.

À la page 32, en contre-interrogatoire, quand on lui demande à quelle distance il se trouvait des autres lorsque l'événement se produisit, il répondit:

[TRADUCTION] R. C'était 4 mètres. Quand j'ai eu le coup.

At p. 33, he stated that it was dark in that area.

Finally, at p. 38, he said:

[TRANSLATION]

Q. So then he put his hand into his shirt? A. Yes. That is what I saw.

The question is not whether Fischer was touched by the accused Dubé or was not. There is no doubt about that. They had a fight, they quarrelled, they punched each other. The question is whether, from the testimony reviewed above, it was reasonable for the trial judge to be persuaded beyond a reasonable doubt that the accused, "using an object of some kind" (JR p. 118, line 31), to use the words of the trial judge, caused the bodily harm felt by the victim Fischer a few minutes later.

I do not find anything in the testimony cited above that allows me to conclude, as did the trial judge, that the accused had anything in his hand when the victim Fischer was wounded. On the contrary, I find that in his testimony Fischer said clearly that it was dark and that he saw nothing except that the victim put his hand into his shirt and took it out again.

The first count against Dubé is a very serious one. It is obvious that in order to establish the intent to wound Fischer by causing him bodily harm the Crown had to prove that, at that time, Dubé used an object of some kind to accomplish this purpose — for otherwise, if there was no intent to wound, there ceases to be any question of an assault.

The evidence is totally lacking as to the possession and use by Dubé of an object of some kind capable of wounding Fischer. The only connection that there can be between the acts described by Fischer and the injuries received by him must come from a deduction that this injury had to be caused by an object held in Dubé's hand. In my opinion the trial judge, with all due respect, could not find Dubé guilty on the first count on the basis of such a deduction.

À la page 33, il précisera qu'il ne faisait pas clair à cet endroit.

Enfin, à la page 38, il dit:

^a [TRADUCTION]

Q. Et puis, il a mis sa main en-dessous de son veston? R. Oui, C'est ça que j'ai vu.

^b La question n'est pas de savoir si Fischer a été oui ou non touché par l'accusé Dubé. Ce fait ne fait aucun doute. Ils se sont battus, chamaillés, frappés à coups de poing. La question est de savoir si, à l'aide du témoignage que nous venons de voir plus haut, il était raisonnable pour le juge de première instance d'être convaincu, sans aucun doute raisonnable, que c'est l'accusé «se servant d'un objet quelconque» (d.c. p. 118, ligne 31) pour se servir des mots du premier juge, qui a causé des lésions corporelles dont fit état la victime Fischer ^c quelques minutes plus tard. ^d

^e Je ne trouve pas dans les témoignages cités plus haut d'élément de preuve qui me permette de conclure, comme l'a fait le premier juge, que l'accusé avait quoi que ce soit dans la main lorsque la victime Fischer fut blessée. Bien au contraire, je trouve que Fischer, dans son témoignage, dit clairement qu'il ne faisait pas clair et qu'il n'a rien vu d'autre que l'accusé portant la main sous sa chemise et la retirant. ^f

^g Ce premier chef d'accusation qu'on a porté contre Dubé est très sérieux. Il est manifeste que pour démontrer cette intention de blesser Fischer en lui causant des lésions corporelles il fallait que la Couronne prouve que Dubé, à cet instant, s'est servi d'un objet quelconque pour arriver à ses fins car autrement, sans cette intention de blesser, nous ne sommes plus qu'en présence de voies de fait. ^h

ⁱ La preuve est inexistante sur la possession et l'utilisation par Dubé d'un objet quelconque susceptible de blesser Fischer. La seule relation qu'il y ait entre les gestes décrits par Fischer et les blessures qu'il a reçues ne peut provenir que d'une déduction qu'il a bien fallu que cette blessure ait été causée par un objet tenu en main par Dubé. D'après moi, une telle déduction ne pouvait permettre au premier juge, ceci dit en toute déférence, de trouver Dubé coupable du premier chef d'accusation. ^j

In order to make out a case on the first count, the Crown attempted to show that the wound was caused by a knife, which though it was available at the time of the trial was not entered in evidence, but two photographs of which were entered as Exhibits C and D.

This knife was found on the morning of March 6, 1982, some hours after the events described above, near the rear exit from the discotheque, by Chief-Corporal Catherine-Agnes Duivenvoorden, who was then on duty in Germany.

Aside from the fact that the knife so found was not produced, no explanation was given as to the disappearance, between the time it was found and that of the trial, of brownish spots and white powder which were on the knife when it was found (p. 79, line 36).

As the trial court rejected this part of the evidence (JR p. 118, line 35), there is no need to discuss it further. No evidence was presented to show that Dubé used a knife to wound Fischer.

In support of this first charge, the Crown also called Dr. Auer, who was accepted as an expert "in general medicine" (JR p. 85).

He said that on March 6 he treated Fischer for two quite distinct wounds, the first located "on the left front chest," a centimetre wide and a centimetre and a half deep, and the second, "leading away from the right breast," which was fifteen centimetres long in the direction of the first (JR p. 86, line 33).

He explained that the two wounds "... had no connection, in reality ..." (JR p. 89, line 4). They also differed, he said, in that one "was a wound caused by a blow, and the other a wound caused by a cut ..." (JR p. 88, line 36).

Questioned regarding the wound one centimetre wide and almost a centimetre and a half deep, Dr. Auer testified as follows when he was asked what could have caused it (JR p. 87, line 40):

[TRANSLATION] A rather small object, very sharp and narrow.

Pour démontrer le bien-fondé de ce premier chef d'accusation, la Couronne a tenté de prouver que la blessure fut causée par un couteau, disponible lors du procès qui ne fut toutefois pas produit lors de celui-ci mais dont deux photos furent versées comme pièces C et D.

Ce couteau fut trouvé le matin du 6 mars 1982, quelques heures après les événements décrits plus haut, près de la sortie arrière de la discothèque, par le caporal-chef Catherine-Agnès Duivenvoorden alors en poste en Allemagne.

Outre le fait que le couteau ainsi trouvé ne fut pas produit, aucune explication ne fut donnée sur la disparition, entre le moment où il fut découvert et celui du procès, de taches brunâtres et de poudre blanche qui apparaissaient sur le couteau quand il fut découvert (p. 79, ligne 36).

Comme la Cour de première instance a rejeté cette partie de la preuve (d.c. p. 118, ligne 35) il n'est pas nécessaire d'en traiter plus longuement. Aucune preuve ne fut faite démontrant que Dubé s'était servi d'un couteau pour blesser Fischer.

À l'appui de ce premier acte d'accusation, la Couronne fit également entendre le docteur Auer dont la qualité d'expert fut reconnue «en médecine générale» (d.c. p. 85).

Celui-ci raconta que ce même 6 mars il soigna Fischer pour deux blessures tout à fait distinctes l'une de l'autre, la première située «sur le thorax en avant gauche» large d'un centimètre et profonde d'un centimètre et demi, la deuxième «qui sortait du sein droit» avait une longueur de 15 centimètres en direction de la première (d.c. p. 86, ligne 33).

Il expliqua que ces deux blessures «(...) n'ont pas de parenté, en réalité, ensemble (...)» (d.c. p. 89, ligne 4). Elles se distinguaient aussi, dit-il en ce que l'une «était une blessure par coup et l'autre, c'était une blessure par coupure, (...)» (d.c. p. 88, ligne 36).

Interrogé sur la blessure d'un centimètre de large et d'à peu près un centimètre et demi de profond, le docteur Auer témoigne ainsi lorsqu'on lui demande ce qui peut l'avoir causée (d.c. p. 87, ligne 40):

Un objet pas très large, très aigu, très coupant et étroit.

This description corresponds perfectly to the blade of a knife.

Immediately afterwards, on the next page (JR p. 88, line 21), he described the second wound, the one fifteen centimetres long, and went on to say:

[TRANSLATION] ... it must have been an object which was very sharp and not too wide where it touched the skin.

This description is quite compatible with the one just given by him in testifying as to the first wound. In the circumstances, the object could only be a knife.

The following exchange took place immediately after (JR p. 88, line 28):

[TRANSLATION] COUNSEL:

Q. Is this wound consistent with the type of wound that you see — which you have seen caused by a knife? A. As to that, I cannot say.

Q. Is it the type of knife that you — to which you are referring? A. No. One was a wound caused by a blow, and the other a wound caused by a cut, without saying anything as to the object responsible as such. It is very possible that both wounds were caused by the same object.

PRESIDENT: It is what?

WITNESS: It is very possible —

PRESIDENT: It is very possible.

Having found what it believed to be the knife used by the accused, photographs of which were filed as Exhibits C and D, the Crown then quite logically attempted to establish through its expert witness that Fischer's wounds could have been caused by such an instrument. The expert witness did not absolutely establish this point: "I cannot say," he said. What did his testimony contribute? What other object was Dubé carrying in his jacket? And even if the trial judge did not accept the proposition that the injuries were caused by the knife found near the discotheque, the photographs of which were filed as Exhibits C and D, he still concluded that such a weapon injured Fischer as, unquestionably, he was describing the blade of a knife when he said (JR p. 118, line 22):

[TRANSLATION] ... using a very sharp pointed object to strike the victim with the intent of wounding him.

It should be noted that in cross-examination Dr. Auer added that it was possible that the two wounds were caused by two different objects (JR p. 90, line 5).

Cette description correspond parfaitement à celle d'une lame de couteau.

Immédiatement après, à la page suivante, (d.c. p. 88, ligne 21) il décrit la deuxième blessure, celle de 15 centimètres de long et ajoute:

(...) Il faut qu'il s'agit d'un objet qui était très coupant et pas trop large à la place où ça a touché la peau.

Cette description est tout à fait compatible avec celle qu'il vient de donner auparavant lorsqu'il a témoigné sur la première blessure. Cet objet, dans les circonstances, ne peut être qu'un couteau.

Or voici l'échange qui survint immédiatement après (d.c. p. 88, ligne 28):

PROCUREUR:

Q. Est-ce que cette blessure est consistante avec le genre de blessure que l'on voit, que vous avez pu voir créée par un couteau? R. Comme ça, on ne peut pas le dire.

Q. Est-ce que c'est la nature du couteau que vous — à laquelle vous référez? R. Non. L'un, c'était une blessure par un coup, et l'autre, c'était une blessure par coupure, sans dire quelque chose sur l'objet comme tel. C'est bien fort possible que les deux blessures ont été causées par le même objet.

e PRÉSIDENT: C'est bien quoi?

TÉMOIN: C'est très fort possible —

PRÉSIDENT: C'est très fort possible.

Ayant trouvé ce qu'elle croit être le couteau qui a servi à l'accusé et dont les photos furent produites comme pièces C et D, la Couronne, en toute logique, tente maintenant de prouver par son expert que les blessures de Fischer ont pu être causées par un instrument semblable. Or, cet expert n'établit absolument pas ce fait. « (...) on ne peut pas le dire », déclare-t-il. Que donne son témoignage? Quel autre objet Dubé transportait-il sous son veston? Et même si le premier juge n'accepte pas que les blessures furent causées par le couteau trouvé ensuite près de la discothèque et dont les photos furent produites comme pièces C et D, il n'en conclut pas moins que c'en est un qui a blessé Fischer car, à n'en pas douter, c'est bien la lame d'un couteau qu'il décrit lorsqu'il dit (d.c. p. 118, ligne 22):

(...) en se servant d'un objet pointu, très effilé pour frapper la victime dans l'intention de le blesser.

À noter qu'en contre-interrogatoire le docteur Auer ajoute qu'il ne faut pas exclure que les deux blessures aient pu être causées par deux objets différents (d.c. p. 90, ligne 5).

In order to assist the purposes of a hearing, the testimony of an expert witness must serve to throw some light on certain technical matters. After reading and re-reading Dr. Auer's testimony, I do not understand how he was unable to say that in all probability Fischer's wound was caused by a knife.

In fact, all that can be concluded from Dr. Auer's testimony is the following:

1. the wounds suffered by Fischer were probably not caused by glass (JR p. 88, line 3);
2. he could not say that they had been caused by a knife (JR p. 88, line 32);
3. they were caused by a rather small, very sharp object (JR p. 87, line 40).

I do not see how such information could in any way assist the Crown's case.

The defence made a point of the broken glass around the discotheque, outside, suggesting that Fischer had hurt himself when he was rolling on the ground in his battle with Dubé.

Without wanting to place too much importance on the point, it may be noted that Fischer mentioned he had already seen broken glass near the discotheque, though he did not recall having seen any on the evening in question (JR p. 30, line 32). This was confirmed by Private Laferrière (JR p. 63, line 26):

[TRANSLATION]

Q. And what you have just told us about that place — is that where these people were on the evening in question? Is that where they had their fight, in that corner? A. Yes, in that corner, because the door is right there, and beside it the rubbish bins, and most people pitched their beer bottles at the wall when they had finished drinking. Even myself, I admit, I did it a couple of times, and I know it's crazy — because there was always glass on the ground — that's why they [do not] like you to take the drink outside.

It cannot be definitely concluded that Fischer injured himself on the glass which could well have been on the ground that evening, as it was on other evenings, at the spot where he and the accused Dubé had a fight: it remains a possibility nonetheless.

The accused Dubé was presumed to be not guilty and it was the Crown which had the burden

Le témoignage d'un expert, pour être utile aux fins d'une enquête, doit servir à jeter de la lumière sur certaines questions techniques. Après avoir lu et relu le témoignage du docteur Auer, je ne comprends pas qu'il n'ait pu dire qu'en toute probabilité la blessure de Fischer avait été causée par un couteau.

En fait, de tout le témoignage du docteur Auer on ne peut retenir que ceci:

1. que les blessures subies par Fischer n'ont probablement pas été causées par du verre (d.c. p. 88, ligne 3);
2. qu'il ne peut pas dire qu'elles aient été causées par un couteau (d.c. p. 88, ligne 32);
3. qu'elles furent causées par un objet pas très large, très aigu et très coupant (d.c. page 87, ligne 40).

Je ne vois pas comment de tels renseignements pouvaient, de près ou de loin, étayer la preuve de la Couronne.

La défense a fait état de verre brisé autour de la discothèque, à l'extérieur, invoquant la possibilité que Fischer s'y soit blessé en roulant au sol dans sa bagarre avec Dubé.

Sans vouloir accorder trop d'importance à ce sujet, soulignons que Fischer a mentionné avoir déjà vu des verres brisés à l'entour de la discothèque même s'il n'a pas précisé en avoir vu le soir en question (d.c. p. 30, ligne 32). Cela est confirmé par le soldat Laferrière (d.c. p. 63, ligne 26):

Q. Et ce que vous venez de nous décrire comme étant cet endroit-là, c'est-tu là que les gens étaient ce soir-là? C'est-tu là qu'il y avait la bataille, dans ce coin-là? R. Oui, c'est dans ce coin-là, parce qu'il y a la porte qui est juste là, et puis, il y a les poubelles et puis les trois quarts du monde pitchaient leur bock sur le mur quand ils avaient fini de les boire. Même moi-même, je l'admets, je l'ai déjà fait une couple de fois, et je sais que c'est pas logique. Parce que de la vitre à terre, il en a toujours eu, c'est pour ça qu'ils veulent pus [sic] qu'on sorte avec une boisson dehors.

On ne peut pas conclure d'une façon certaine que Fischer se soit blessé sur le verre qui pouvait très bien se trouver par terre ce soir-là, comme les autres soirs, à l'endroit où ils se sont battus lui et Dubé, l'accusé. Cela demeure quand même une possibilité.

L'accusé Dubé était réputé non coupable et c'était la Couronne qui, par une preuve hors de

of establishing his guilt by evidence beyond a reasonable doubt.

In order to discharge this burden, the Crown called Fischer, the victim, to recount how he had been cut, Kuehnle to tell what he knew of the incident, Duivenvoorden to produce the weapon used in the crime and Dr. Auer to establish the connection between the knife and the wound.

Fischer at no time said, clearly and precisely, as he could well have done, that Dubé struck him *with an object of some kind*, an essential component of the first charge. He saw (*sic*) nothing of a blow from a knife, for example, though he said he was touched by Dubé after the latter "took out" something from inside his jacket. Dubé could just as easily have touched him with his hand at a place where, without realizing it, he had just injured himself on the broken glass while rolling on the ground. This assumption is just as valid as any other.

Kuehnle, far from corroborating Fischer's testimony, mentioned points which might contradict and cast doubt upon it (the time Fischer arrived, JR p. 41, line 24; the general melee, which Fischer denied, JR p. 43, line 7; the fight between Fischer and the accused, which lasted from three-quarters of an hour to an hour, JR p. 45, line 35).

We have not examined this because the trial judge nonetheless accepted Fischer's testimony (JR p. 118, line 15) and this Court cannot intervene on this point. However, it can certainly be said that Kuehnle's testimony did not help the Crown's evidence in any way.

Duivenvoorden came to Germany from Alberta in order to produce a knife which was not filed at the trial, and to describe the circumstances in which she found it. All of this part of the evidence was rejected by the trial judge.

Finally, the Crown produced Dr. Auer, who far from establishing even a possibility that the wound could have been caused by a knife, answered that he could not say it was.

This being the case it seems to me, with all due respect, that the Crown has been unable to shift the presumption of innocence in favour of the accused Dubé, by such a weak line of testimony,

tout doute raisonnable, avait le fardeau de démontrer sa culpabilité.

Pour réussir dans cette tâche, la Couronne assigna Fischer, la victime, pour venir raconter comment il avait été lacéré, Kuehnle pour raconter aussi l'événement, Duivenvoorden pour produire l'arme du crime et le docteur Auer pour établir le lien entre le couteau et la blessure.

Or Fischer, comme il aurait pu facilement le faire, ne vint dire à aucun moment, d'une façon claire et précise, que Dubé l'a frappé *avec un objet quelconque*, élément essentiel de la première accusation. Il n'a rien vu d'un coup de couteau par exemple bien qu'il dise avoir été touché par Dubé après que celui-ci eut «tiré» quelque chose de sous son veston. Dubé aurait pu aussi bien le toucher avec la main à l'endroit où, sans le savoir, il venait tout juste de se blesser auparavant sur le verre cassé en roulant par terre. C'est une hypothèse aussi bonne que toute autre.

Kuehnle, loin de corroborer le témoignage de Fischer, apporte des éléments qui pourraient le contredire et permettre d'en douter (heure d'arrivée de Fischer, d.c. p. 41, ligne 24; mêlée générale dont Fischer a nié l'existence, d.c. p. 43, ligne 7; bataille entre Fischer et l'accusé qui dura de trois-quart d'heure à une heure, d.c. p. 45, ligne 35).

Nous n'en avons pas traités car le juge de première instance accepte quand même le témoignage de Fischer (d.c. p. 118, ligne 15) et nous ne pouvons intervenir sur cette question. On peut certainement dire, cependant, que le témoignage de Kuehnle n'a en rien amélioré la preuve de la Couronne.

Duivenvoorden est venue d'Alberta en Allemagne pour produire un couteau qui ne fut pas déposé lors du procès et décrire les circonstances dans lesquelles elle le trouva. Toute cette partie de la preuve fut rejetée par le premier juge.

Enfin, la Couronne produisit le docteur Auer qui, bien loin d'établir ne fut-ce que la possibilité que la blessure ait pu être causée par un couteau, répond qu'il ne peut pas le dire.

Ceci dit en toute déférence, il m'apparaît que la Couronne n'a pas réussi à repousser la présomption de non-culpabilité dont jouissait l'accusé Dubé par un défilé d'aussi faibles témoignages et que la

and that the first count is far from being established beyond all reasonable doubt.

Finding Dubé guilty solely on the testimony of Fischer, which we accept in its entirety as the trial judge did, means that the Court must find it to contain all the components of Dubé's guilt. Manifestly, they are not all present. Is it unreasonable, in view of Fischer's testimony that he only saw a quick movement during a brawl and saw nothing in Dubé's hand, to think that other causes, which Dubé did not have the burden of establishing, may well have been responsible for Fischer's injuries?

I consider that testimony much more complete than was given by Fischer is required in order to make out a case on such a serious charge. The suspicions which a judge may entertain concerning the guilt of an accused, if they are unsupported by evidence beyond all reasonable doubt, remain only suspicions and cannot lead to a conviction. Even admitting that the concept of a reasonable doubt may vary from one individual to another depending on a person's nature, it is still an objective concept, not a purely subjective one. It is in this way that our legal system will achieve the greatest possible uniformity among its decisions, an essential requirement of equitable justice.

In *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, Estey J., writing for the majority, concluded after a lengthy review of the evidence, including the transcript of at least ten pages of stenographic notes, that the trial judge had erred. The learned judge did not agree with the trial judge, who had concluded that no other witness saw what took place before a second police officer arrived on the scene. The Supreme Court did not hesitate to intervene on this question of fact — for it is one — after an extensive and detailed review of the evidence. In doing so, however, it took certain positions regarding earlier authority on the reasons which can lead a court of appeal to intervene in such circumstances. In *Harper*, the Supreme Court concluded that the trial judge was not entitled to disregard part of the evidence, as he did.

preuve est loin d'être hors de tout doute raisonnable en ce qui concerne ce premier chef d'accusation.

Trouver Dubé coupable sur le seul témoignage de Fischer que nous acceptons entièrement comme le fit le premier juge signifie que l'on y trouve tous les éléments de la culpabilité de Dubé. Or, manifestement, ils ne s'y retrouvent pas tous. Est-il déraisonnable face au témoignage de Fischer qui n'a vu qu'un geste rapide au cours d'une rixe et qui n'a rien vu dans la main de Dubé, de croire que d'autres causes dont la preuve n'incombait pas à Dubé ont certainement pu être à l'origine des blessures de Fischer?

Pour entraîner une condamnation aussi sérieuse, je suis d'opinion qu'il fallait un témoignage plus complet que celui de Fischer. Les soupçons qu'un juge peut entretenir sur la culpabilité d'un accusé, s'ils ne sont pas appuyés par une preuve hors de tout doute raisonnable ne demeurent que des soupçons et ne peuvent amener à une sentence de culpabilité. Or la notion de doute raisonnable, même en admettant qu'elle puisse varier d'un individu à un autre à raison du caractère propre de chacun, doit demeurer une notion objective et non pas purement subjective. C'est de cette façon que notre système judiciaire atteindra le plus haut niveau possible d'uniformité dans ses décisions, qualité essentielle à une justice équitable.

Dans l'affaire *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, le juge Estey écrivant pour la majorité en arrive à la conclusion, après une longue étude de la preuve qui comporte la transcription d'au moins une dizaine de pages des notes sténographiques, que le juge du procès a erré. Le savant juge Estey n'est pas d'accord avec le juge du procès qui avait conclu qu'aucun autre témoin n'avait vu ce qui s'était passé avant l'arrivée d'un deuxième policier sur les lieux. Or sur cette question de fait, car c'en est une, la Cour suprême n'hésite pas à intervenir après cette étude poussée et détaillée de la preuve. Elle ne le fait cependant pas sans avoir pris certaines positions en regard de la jurisprudence sur les raisons qui doivent amener une Cour d'appel à intervenir dans des circonstances semblables. Dans l'affaire *Harper* la Cour suprême conclut que le juge du procès n'avait pas le droit de mettre de côté une partie de la preuve comme il le fit.

In the case at bar, I consider with all due respect that the trial judge drew from the evidence facts essential to the charge which were not there. In my view if the trial judge, as the Supreme Court said in *Harper*, cannot omit part of the evidence on a point which he himself regarded as essential without giving a reason for doing so, he is even less able to add to the evidence at trial points which were not contained in it.

Accordingly, I concur with my brother Chevalier J. and would conclude as he does.

The following is the English version of the reasons for judgment delivered by

SINCLAIR J. (dissenting): I have come to the conclusion that the appeal should be dismissed.

Under paragraph 613(1)(a) of the *Criminal Code*, in a case like the one at bar an appellate court may allow the appeal if it is of the opinion that:

- (i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence;
- (ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or
- (iii) on any ground there was a miscarriage of justice.

In coming to the conclusion that the appeal should not be allowed, I would take as my point of departure a passage from *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, where Estey J. says at p. 14:

An appellate tribunal has neither the duty nor the right to reassess evidence at trial for the purpose of determining guilt or innocence. The duty of the appellate tribunal does, however, include a review of the record below in order to determine whether the trial court has properly directed itself to all the evidence bearing on the relevant issues. Where the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede.

In brief, the President of the Court Martial accepted what the victim said and based his verdict on his testimony and that of the physician.

Dans l'affaire qui nous occupe ici, je suis d'opinion, en toute déférence, que le premier juge a inféré de la preuve des faits essentiels à l'accusation qui ne s'y trouvaient pas. À mon avis si, comme le dit la Cour suprême dans l'affaire *Harper*, le juge du procès ne peut sans raison omettre une partie de la preuve sur un point qu'il a lui-même jugé essentiel il peut encore moins ajouter à la preuve du procès des éléments essentiels qui ne s'y trouvent pas.

Je suis donc du même avis que mon collègue le juge Chevalier et je conclurais comme lui.

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés en français par

LE JUGE SINCLAIR (dissident): Je suis arrivé à la conclusion que le pourvoi doit être rejeté.

Selon l'alinéa 613(1)a) du *Code criminel*, dans une affaire comme celle-ci une cour d'appel peut admettre l'appel si elle est d'avis:

- (i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,
- (ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou
- (iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

En arrivant à la conclusion que le pourvoi ne doit pas être accueilli, je prendrais comme point de départ un passage de l'affaire *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, où le Juge Estey a dit, à la page 14:

Un tribunal d'appel n'a ni le devoir ni le droit d'apprécier à nouveau les preuves produites au procès afin de décider de la culpabilité ou de l'innocence. Il incombe toutefois au tribunal d'appel d'étudier le dossier du procès pour déterminer si la cour a bien tenu compte de l'ensemble de la preuve se rapportant aux questions litigieuses. S'il se dégage du dossier, ainsi que des motifs du jugement, qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents et, plus particulièrement, qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir.

En fin de compte, le Président de la Cour martiale s'est fié à la victime et a fondé son verdict sur son témoignage et celui du médecin. Le président a

The President accepted the physician's testimony that the victim's wounds had probably not been caused by broken glass. In my view, the physician's testimony to this effect is credible. In short, I am firmly convinced that the evidence of the physician as a whole provided a basis on which the Court Martial could conclude that the wounds suffered by Mr. Fischer were the direct result of appellant's action between the time when he pushed his hand into his jacket and the pain felt by the victim.

It is true that we do not have a full account of what occurred, but once again I would rely on the reasons of the President. If we accept the testimony of the victim and the physician, as he did, Mr. Fischer was injured by a weapon wielded by appellant. I do not really see how any other explanation could be considered.

I do not think that the trial judge failed to weigh any relevant evidence. Moreover, the record does not indicate that this evidence was utterly disregarded.

I have, therefore, concluded that the appeal should be dismissed.

I agree that the fees and disbursements of counsel for the appellant should be paid as my brother Chevalier J. suggests.

accepté le témoignage du médecin à l'effet que les blessures de la victime n'ont très probablement pas été causées par des éclats de verre. À mon avis, le témoignage du médecin à cet effet est convaincant. ^a En somme, je tiens à croire que l'ensemble de la preuve offerte par le docteur permet à la Cour martiale de tirer la conclusion que les blessures subies par Monsieur Fischer ont été le résultat direct du geste de l'appelant entre le moment où il ^b a plongé la main à l'intérieur de sa veste et la douleur ressentie par la victime.

Il est vrai que le tableau général de ce qui s'est passé est incomplet mais, encore une fois, je reviens aux motifs du Président. Si on se fie à la ^c victime et au médecin, comme a fait le Président, Monsieur Fischer a été blessé par un instrument brandi par l'appelant. Je ne vois pas comment l'on peut vraiment envisager d'autre hypothèse.

^d Je ne crois pas que le juge d'instance a omis d'apprécier des éléments de preuve pertinents. De plus, il ne se dégage pas du dossier qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments.

^e Je suis donc arrivé à la conclusion que le pourvoi doit être rejeté.

^f Je suis d'accord que les honoraires et déboursés de l'avocat de l'appelant soient payés comme propose mon confrère le Juge Chevalier.