

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

19-08-CA

IN THE MATTER of Section 696.1 of the Criminal Code, S.C. 2002, c. 13; AND IN THE MATTER of a Reference by the MINISTER OF JUSTICE to the Court of Appeal for New Brunswick, pursuant to Section 696.1 of the Criminal Code, upon an application by ERIN WALSH who was convicted in Saint John, New Brunswick, on October 17, 1975 of one count of non-capital murder

VU l'article 696.1 du Code criminel, L.C. 2002, ch. 13, et DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le MINISTRE DE LA JUSTICE à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, conformément à l'article 696.1 du Code criminel, sur demande présentée par ERIN WALSH, déclaré coupable de meurtre non qualifié à Saint John, au Nouveau-Brunswick, le 17 octobre 1975

Walsh (Re), 2008 NBCA 33

Walsh (Re), 2008 NBCA 33

CORAM:

The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Deschênes  
The Honourable Justice Bell

CORAM :

L'honorable juge Larlee  
L'honorable juge Deschênes  
L'honorable juge Bell

History of Case:

Historique de la cause :

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Appeal:

[1982] N.B.J. No. 252  
[1982] N.B.J. No. 372  
[2008] N.B.J. No. 33  
[2008] N.B.J. No. 157

Cour d'appel :

[1982] A.N.-B. n° 252  
[1982] A.N.-B. n° 372  
[2008] A.N.-B. n° 33  
[2008] A.N.-B. n° 157

Appeal heard and judgment rendered:  
March 14, 2008

Appel entendu et décision rendue :  
Le 14 mars 2008

Reasons delivered:  
October 9, 2008

Motifs déposés :  
Le 9 octobre 2008

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
James Lockyer, Sean T. MacDonald  
and Gus F. Camelino

Pour l'appelant :  
James Lockyer, Sean T. MacDonald  
et Gus F. Camelino

For the respondent:  
Jeffrey L. Mockler, Q.C.

Pour l'intimée :  
Jeffrey L. Mockler, c.r.

THE COURT

The fresh evidence is admitted, the appeal is allowed, the conviction for non-capital murder is quashed and a verdict of acquittal is entered.

LA COUR

La nouvelle preuve est admise, l'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité pour meurtre non qualifié est annulée et un verdict d'acquiescement est inscrit.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] Thirty-two years ago, the appellant, Erin Walsh, was convicted of the non-capital murder of Melvin Eugene (“CheChe”) Peters. This matter comes to us pursuant to a Reference by the federal Minister of Justice under s. 696.1 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1985, c. C-46. Pursuant to s. 696.3 (3)(a)(ii) of the *Code* Mr. Walsh applies to admit fresh evidence and for an order that the conviction be quashed on the grounds that a miscarriage of justice has occurred. Typically this type of reference is adversarial in nature. However, in this case the Crown adopted a position which, in effect, constituted a joint submission that Erin Walsh’s conviction was obtained as a result of a miscarriage of justice. Where the parties diverge in opinion is with respect to the appropriate remedy should we agree that the conviction must be quashed. At the conclusion of the hearing, we admitted the fresh evidence without objection from the Crown, allowed the appeal, quashed the conviction for non-capital murder, and entered a verdict of acquittal. We also stated reasons for decision would follow.

I. Background

[2] On the afternoon of Tuesday, August 12, 1975, Melvin Eugene Peters was shot while in the back seat of Walsh’s car. He later died. Moments after the shooting, the police pulled over the vehicle and arrested its four remaining occupants: Erin Walsh, Donald MacMillan, David Walton and George Ferguson. Later that day, the police charged Walsh with non-capital murder. The main witnesses for the Crown at trial were MacMillan and Walton. Mr. Walsh testified on his own behalf and Mr. Ferguson also testified for the defence.

[3] On October 17, 1975, following a four-day trial before a judge of the Supreme Court of New Brunswick, Queen’s Bench Division, and a jury, Walsh was found guilty on an indictment charging him with the murder of Peters (s. 218(2) of the

*Code*). His appeal to this Court, heard in 1982, was dismissed pursuant to two judgments dated July 26, 1982 (reported at (1982), 41 N.B.R. (2d) 196, [1982] N.B.J. No. 252 (QL)) and November 22, 1982 (reported at (1982), 43 N.B.R. (2d) 145, [1982] N.B.J. No. 372 (QL)).

[4] Mr. Walsh, who has always maintained his innocence of the charge, has served over 29 years in penitentiary since his conviction. During the currency of his life sentence, Mr. Walsh received concurrent sentences totaling 15 years for offences committed prior to, and after, his arrest for the murder. In 2003, while still imprisoned, Mr. Walsh gained access to the Crown and police files from the Public Archives of the Province of New Brunswick. The file contained material not previously known to him. In late 2006, he brought an application to the federal Minister of Justice pursuant to Part XXI.1 of the *Code* for a ministerial review of his conviction, based on the previously undisclosed material retrieved from the Archives. On August 27, 2007, a comprehensive Memorandum was filed on his behalf. Pursuant to s. 696.2(3) of the *Code*, the Minister of Justice appointed John E.S. Briggs, a Nova Scotia lawyer, to investigate the application. Mr. Briggs heard sworn testimony from among others: the appellant; Crown counsel at the 1975 trial; and Mr. Walsh's original defense counsel.

[5] The Attorney General for New Brunswick was provided with a copy of the Briggs Report and was invited to comment on it. On January 25, 2008, in a written response, he acknowledged there had been an apparent miscarriage of justice and that "there was indeed evidence which by all reasonable accounts should have been before the jury in the matter of Erin Michael Walsh's trial for the murder of Eugene Peters." He concluded that it was appropriate for the federal Minister of Justice to refer the conviction to the Court of Appeal.

[6] On February 28, 2008, the federal Minister referred the case to the Court of Appeal on the following terms:

I hereby respectfully refer this matter to this Honourable Court pursuant to section 696.3(3)(a)(ii) of the *Criminal Code*, based on a consideration of the existing record herein, the evidence already heard, and such further evidence as this Honourable Court in its discretion may receive and consider, to determine the case as if it were an appeal by Erin Walsh on the issue of fresh evidence.

[7] In November 2006, Mr. Walsh was diagnosed with terminal cancer. As a consequence, the Chief Justice of New Brunswick recognized the imperative of accelerating the calendar for the hearing of the appeal, by way of reference, and permitted counsel to address him within hours of the Minister's Reference. At that hearing, Crown counsel informed Chief Justice Drapeau he would be urging the Court to quash Mr. Walsh's conviction and enter a judicial stay of proceedings.

[8] At the hearing of the reference, Mr. Walsh opposed the granting of a stay of proceedings and, instead, sought an acquittal. He testified at his trial in his own defence. He has asserted his innocence in all his court appearances, from 1975 to the present. Mr. Walsh now submits that, with the benefit of the undisclosed evidence, a jury would likely find him not guilty, and, moreover, that a jury would have done so in 1975 if it had had the undisclosed evidence. For the purposes of the s. 696.1 application, the Attorney General for New Brunswick concedes that the conviction had been obtained as a result of a miscarriage of justice and that the conviction should be quashed. Having said that, he disagrees with Mr. Walsh as to the appropriate remedy and urged us to enter a judicial stay of proceedings, presumably after ordering a new trial.

[9] Having regard to the competing views as to the appropriate remedy, it is necessary to undertake a comprehensive analysis of the facts. In order to simplify the text, we frequently use the surnames only of persons involved in the underlying case. No disrespect is meant.

## II. The Facts

### A. *Overview*

[10] Erin Walsh arrived in Saint John the evening of August 11, 1975. He and his friend, George Ferguson, had driven from Toronto. That evening, they encountered a number of local inhabitants, most of them unemployed and heavy drinkers, including Donald MacMillan and David Walton. According to the Crown, Walsh purchased a sawed-off shotgun that night. The following morning Melvin Eugene (CheChe) Peters joined the group. After more drinking and carousing the five of them drove to nearby Tin Can Beach. While there, an argument ensued. Afterwards they headed back, in Walsh's car, to the apartment of one of the car's occupants. Walsh was seated in the front seat between MacMillan, who was driving, and Walton. Peters was sitting in the backseat behind the driver. Ferguson sat next to Peters. The Crown alleged that, as they drove, Walsh produced the sawed-off shotgun from under the car seat and, without warning or provocation, shot Peters in the chest at point-blank range. A police car was 75 feet behind them at the time. The officers pulled Walsh's car over and arrested its occupants. Peters died half an hour later in hospital from a chest wound. Later that day, Walsh was charged with his murder.

[11] At trial Walsh's version differed markedly from that of the Crown. He denied having purchased the shotgun. He testified that after wading into the water at the beach, he looked over and saw his new-found "friends" ransacking his car. When he confronted them, he was assaulted and pinned to the ground by Peters who brandished a shotgun in his face. Walsh managed to escape and ran toward a crew of CNR employees who were working at the nearby railway tracks and implored them to call the police. No CNR employee testified at trial in support of Walsh's claims. Walsh returned to his car (which was a considerable distance from the beach) to make his escape, but was intercepted and forced into the vehicle by Peters and the others. Once in the car, Walsh grabbed at the shotgun which Peters was holding to the back of his neck. A struggle

ensued. Two shots were fired, one of which struck and eventually killed Peters. The gun ended up in the hands of the driver of the car, Donald MacMillan.

[12] The jury obviously did not believe Walsh's testimony and was otherwise not left with a reasonable doubt regarding his guilt. He was convicted of non-capital murder and sentenced to life imprisonment.

[13] By way of background, we note that Mr. Walsh had difficulties pursuing his appeal. His trial counsel, John MacCallum Q.C., filed an appeal on November 17, 1975, within the 30 day time limit. Legal Aid New Brunswick agreed to fund the appeal. However, Walsh discharged Mr. MacCallum on February 11, 1976. Since Mr. Walsh was incarcerated in Ontario he sought the assistance of Ontario Legal Aid. Mr. Walsh filed a second Notice of Appeal and an application to extend time to appeal on March 20, 1979. Unaware of the Notice of Appeal filed in 1975, Chief Justice Hughes dismissed the extension of time application on May 9, 1979. Later in 1979, Mr. Walsh sought the help of the Queen's University Correctional Law Project, and in 1980 an inquiry was conducted into his situation at the request of the then Premier of New Brunswick. Later that year, a Legal Aid Advisory Committee filed a report to the Premier suggesting that the denial of legal aid had been justified. Then, on February 11, 1981, the Registrar of the Court of Appeal wrote to Mr. Walsh and advised him that his original appeal, having been filed by Mr. MacCallum in 1975, was still before the Court. Mr. Walsh then retained Eric Teed, Q.C., to argue his appeal.

[14] At the hearing of the appeal in 1982, Mr. Walsh sought to introduce fresh evidence in the form of the testimony of Maurice McGinnis, one of the CNR employees from whom Mr. Walsh sought assistance on the day in question. The Court held "[...] there can be little doubt that the man who asked to have the police called was Walsh", found Mr. McGinnis' testimony to be "undoubtedly credible" and considered that it "might serve to corroborate Walsh's testimony that an altercation involving himself occurred at the beach [...]". However, the Court refused to admit this testimony as fresh

evidence on the grounds that it did not meet the necessary legal prerequisites for admissibility. Hughes, C.J.N.B. states at para. 5:

While McGinnis' evidence is undoubtedly credible and might serve to corroborate Walsh's testimony that an altercation involving himself occurred at the beach, I do not think it has any significant bearing on the issues which the jury had to decide at trial namely: (1) whether Walsh, who was seated in the front seat between MacMillan and Walton, without warning reached for a double-barrel sawed-off shotgun, presumably under the front seat, as testified to by Walton, and deliberately discharged it at Peters who was seated in the back seat behind the driver; (2) whether, as testified to by Walsh, he grappled with Peters for possession of the sawed-off shotgun when the latter pointed it at him and in the struggle Peters was accidentally shot and killed; or (3) whether, after the first shot was fired MacMillan while still driving, joined in the struggle for possession of the shotgun with the result that Peters was accidentally shot when the second barrel of the gun was discharged. McGinnis' evidence, in my opinion, could not have affected the jury's verdict of guilty of second degree murder which the jury reached after hearing all the available evidence of the occupants of the car including Walsh, as they apparently believed Walton's evidence and disbelieved that of Walsh.

B. *The Evidence at Trial*

(1) Walsh's Arrival in Saint John

[15] On Monday, August 11, 1975, at 7:00 p.m., Erin Walsh and his friend George Ferguson drove into Saint John. They were en route from Toronto to Halifax in Walsh's Cadillac. Walsh was traveling under an alias, John Barbour, because there were Canada wide warrants for him in his real name. On the way, they stopped in Montreal and purchased a quantity of methamphetamine (5 lbs.) which Walsh hoped to sell in his travels. On arrival in Saint John, they drank at several bars and ended up in an after-hours "booze can". There they met Donald MacMillan. Walsh told MacMillan he wanted to buy a handgun. MacMillan offered to introduce him to his friend, David Walton. The



three men then drove to Walton's apartment at 202 Princess Street, where he lived with his girlfriend, Linda Goddard. A close friend of theirs, Fred Cameron, was also present. They all consumed more alcohol.

[16] Its position was that after a discussion about the possible sale of a gun, all of them drove at midnight to the Goddard family farm in Berwick, near Sussex, N.B. Walton and Linda Goddard went into the farmhouse, and emerged with a sawed-off shotgun. According to the Crown witnesses, Walsh purchased the gun for \$100.00, with Ferguson contributing \$20.00 of the amount. On their way back to Walton's home, Walsh asked MacMillan to stop the car and he then fired two shells from the shotgun into an empty field. After their return to the City, and more drinking, MacMillan offered Walsh and Ferguson a place to sleep. They spent the night at MacMillan's sister's home on the outskirts of the City.

[17] On the other hand, both Walsh and Ferguson testified that Walsh showed no interest in the gun and did not buy it because he wanted a handgun. Ferguson testified:

So [Walton and Goddard] came back out of the farmhouse and Walton walked up to Walsh and he said "do you want this?" and Walsh said "no, I don't, want this. I wasn't looking for this".

Both denied that any shots were fired from the car on the return journey.

(2) The Next Morning: the Ammunition Purchase and Peters' Arrival

[18] On Tuesday morning, August 12, 1975, Walsh, Ferguson and MacMillan drove into Saint John. According to MacMillan, they stopped at the East End hardware store in the Towers Mall to buy a box of slugs and a box of birdshot for the shotgun. The following exchange occurred between Crown counsel and MacMillan:

Q. Okay. Now, what, if anything, did you do with this box of slugs and box of bird shot that you purchased there?

A. Give them to Mr. Walsh.

Q. Okay. Did you see them again after you gave them to Mr. Walsh?

A. No. I think he threw them in the glove compartment.

Q. Okay. Now, what did you do then?

A. So from there we went to David's place.

Court: Would you tell the jury - or would you ask, Mr. McCarroll, how did you happen to buy the shot?

A. Well, Mr. Walsh give me \$10.00 and I went in and bought it and gave it to him and some change. I think it came to about [\$] 9.30.

[19] Walsh denied any of these events occurred. His version is that on their arrival at Walton's apartment, they all went inside. Fred Cameron was there again. Walsh took MacMillan into the bathroom, gave him a sample of the drugs that he had purchased in Montreal and they discussed ideas for future transactions. The remainder of the narcotics was stored by Walsh in his car in a secret hiding place in the upholstery of the back seat. In the meantime, trips were made back and forth for the purchase of more alcohol. Around 11:00 a.m., Melvin Eugene ("CheChe") Peters, a friend of Walton and MacMillan, arrived at the apartment.

[20] Walton testified that Walsh began to direct racial remarks towards Peters who was black. Walsh denied this happened; he claimed the atmosphere in the apartment was good and he complimented Peters on his "salt and pepper" hat. All those present recalled that at one point an argument developed between Walton and Cameron. Walton punched Cameron in the mouth causing him to bleed.

(3) The Trip to Tin Can Beach

(a) *The Crown Evidence*

[21] At lunchtime, Linda Goddard returned to her apartment from work. The men, with the exception of Fred Cameron, drove to Tin Can Beach in Walsh's car. Walsh was driving. They crossed the CN rail tracks near the shore and parked the car. They then walked down to the beach, a distance of approximately 100 yards. They continued to drink on the beach. Walton and MacMillan testified that Walsh then "started up again" with racial remarks against Peters. Walsh next removed his shirt and walked into the water. According to Walton and MacMillan, after emerging from the water, Walsh pointed to Peters and said "What is he doing here?" MacMillan responded that Peters was "a good guy". Walsh thereupon hit MacMillan, knocking him down. Ferguson intervened. Peters ripped his own shirt off and wanted to fight Walsh. Despite this narrative, Walsh was next described by Walton as seeming "happy go lucky" as they all walked back to his car.

[22] The sworn evidence that Peter Thompson, a self-described recreational therapist, on vacation in Saint John, gave at the preliminary inquiry was read to the jury at trial. He noticed the group of men while he was walking on the beach. They were drinking and speaking loudly. He saw Walsh remove his shirt and enter the water. Walsh returned to the beach, and asked MacMillan and Walton why they were with Peters. He saw Walsh knock down MacMillan. The five men then walked up from the beach and got into the car. Thompson said nothing of seeing one of the men run along the beach and up towards the railway workers. Thompson's evidence, therefore, largely supported the accounts of Walton and MacMillan.

(b) *Walsh's Evidence*

[23] Walsh's account of events, after they arrived at the beach, was different from the other witnesses. He testified that, while in the water, he saw that the Cadillac's

trunk lid was raised (which required the use of a key). He waded ashore and checked in his shirt pocket for his car keys. He testified:

A. But just as I went for my shirt to see if my keys were still in the shirt pocket, I noted that everything I had put in my shirt, except my watch, had gone and that Che-Che Peters, Donald McMillan had just climbed back down from the rocks, from the direction of my car.

Q. What did you do then?

A. Then I got quite angry because I figured that they were trying to rip me off.

[24] Walsh approached MacMillan. MacMillan, Walton and Peters “jumped him”. Walsh was pinned to the ground with Peters sitting on his chest:

[Peters] was sitting astride me and he had a shirt wrapped around the sawed-off shotgun and he had it stuck under my chin in this fashion and I noted that both the hammers were cocked. I did not know whether it was loaded, but I was not going to take any chances.

[25] The men demanded to know the whereabouts of his drugs and cash. Walsh told them where the drugs were hidden in the car, and that he had \$800.00 in the glove compartment. Somebody then pulled Peters off him. Walsh fled along the beach, with Peters chasing and threatening to kill him. One of either Walton or MacMillan shouted for Peters to stop and come back.

[26] Walsh ran up a rocky embankment to some men who were working on the CNR tracks:

A. I just kept on running. I ran up the embankment and I had a pair of sandals on, like moccasins and it was very hard on me. My pants were soaked and I was slipping and sliding all the way up and I managed to run into four men who were working on the CNR

track and I told them some people were after me and I would like them to call the police. Apparently they thought I was drunk, which I probably was.

Q. Where did you go from there?

A. One of the fellows took me to the caboose, the cabin of the train, the engine. We climbed the engine. He climbed first and I climbed behind him.

Q. Did you then return to the car?

A. After the police were called.

[27] Finally Ferguson appeared and assured Walsh that everything had “cooled down” and that the men had been “only joking” with him. Together they quickly headed for Walsh’s car. However, they were intercepted by the other three men who rushed up from the beach and forced Walsh into the car. Peters was carrying the shotgun and “waving [it] around”.

[28] Ferguson purported to have no recollection of the events at the beach. In essence, he claimed a memory lapse for the period after they left Walton’s apartment to go to the beach. There was evidence of an extraordinary amount of drinking, and that may be one explanation for Ferguson’s lack of recollection of the events.

[29] Walton and MacMillan were both asked whether the events described by Walsh occurred. In cross-examination, Walton testified as follows:

Q. Did you see Walsh going over to the locomotive?

A. I would say no.

[...]

Q. I would suggest to you that the real reason for this incident at the Tin Can Beach was that you and Mr. MacMillan and Peters believed that Walsh had some “Speed”, and, first, you tried to tear the car

apart to take it, then you intimidated him to get it away from him?

A. No. No way. Positively not.

Q. You had no knowledge and you are saying that Walsh was not forced into the front seat of the Cadillac?

A. Positively.

MacMillan was evasive in his response to questions about Walsh's flight toward the CNR crew:

Q. Now, did you see a C.N.R. locomotive in the area?

A. Well there was a train going by or something.

Q. Did Mr. Walsh try to get over to the train?

A. Why? I don't know.

Court: Don't you ask questions.

A. No, I didn't see him go over to a train, no. [...]

Q. Who made the decision to go back to the apartment?

A. I think it was me.

Q. What words did you use?

A. "Let's get out of here". I think David said "I think that someone called the cops on that train or something, let's get out of here." He said "lets get out of here".

Q. Do you know who called the cops?

A. No.

(4) The Shooting of CheChe Peters

[30] Donald MacMillan was driving Walsh's car as they left the beach. Walsh was in the front seat between MacMillan and Walton. Peters and Ferguson were in the back.

(a) *The Versions of Walton and MacMillan*

[31] David Walton described the shooting in the following words:

A. [...] Che Che did not have on any shirt, and Walsh did not have on a shirt. I was sitting at the back and Donny [MacMillan] was concentrating on the road. He was feeling pretty good. He is careful when he is driving, especially in the city. And then the fellow, Walsh, leaning forward, probably to smoke or something I thought at the time...

Q. Leaning forward where?

A. Towards the dashboard of the car.

Q. Tell us what happened?

A. Next thing I knew is I just saw a silver object go by Mr. MacMillan and it was just like this: point, blank, period he fired.

Q. Did you see what, if anything Mr. Walsh had in his hand when you say it was fired?

A. The shot-gun I sold him.

Q. Where was the gun pointed just prior to the first shot going off?

A. Towards Mr. MacMillan. It happened so quick, you know. Couldn't believe it.

Q. When the gun went off, where was it pointed - at whom?

- A. At Mr. Peters directly.
- Q. What, if anything, did Mr. Walsh say prior to pulling the trigger?
- A. Not a thing.
- Q. You say he leaned forward, then this silver object came round and he pointed it directly at Mr. Peters and fired?
- A. Yes; point, blank, period.
- Q. What was the next thing that happened?
- A. There were two consecutive ....
- Q. What?
- A. .... shots. The first one hit Che Che, and he said "Oh, Donny," and there was a blast in the car and Mr. MacMillan grabbed the gun and the second shot went off.

The rear door on the driver's side opened and Peters fell to the pavement. Walsh told MacMillan "to just drive. Git!" and he broke open the shotgun in an attempt to pull out the spent casings and reload the weapon.

[32] MacMillan's evidence was vague on both direct and cross-examination as to the events that occurred in the car. He did not corroborate Walton's evidence that Walsh had reached for the shotgun under the car seat and had fired directly towards Peters. Here is MacMillan's recollection of the events in the car:

- Q. Okay, and then what did you say you heard?
- A. I was going up Sydney Street and I just heard a big bang right beside my ear and I heard chimes and bells. I went right wacky for a minute. I didn't know if I was shot or what was going on. And then I heard another bang right in a row from there I just --



Q. Do you remember anybody saying anything then after that?

A. Well I heard someone say 'step on it': but when I heard the first bang I said 'Jesus, this guy is shooting at the buildings or something' ,and then I heard the second bang and ChiChi said "oh, Donny".

Q. ChiChi said "oh, Donny".

A. I heard one bang and he said "oh Donny", so then I figured first when I heard the first bang – I'm trying to figure out what's going on, eh, and I figured the guy is shooting out the window at the buildings or something, and it was 3:00 in the afternoon, 2:30, and the sun is out, what would he be shooting at. So I figured he must be shooting at buildings. I couldn't think, eh. And then ChiChi said 'oh Donny'. So I figured Jesus, as soon as he said 'oh Donny', and then I heard a cop car, eh, and I said 'Jesus, the guy is shooting at a cop car', and then I said to myself, well there is something wrong, he's shooting at a cop car, you know, and I figured we wasn't going to get out of there, because at first I thought he was shooting at buildings and then I figured he is shooting at a cop car and then I heard someone say 'step on it', that's when I heard the siren. So I said well this joke is over. So I pulled right over.

In our view this evidence is extremely important because Walsh could never have been convicted on the basis of MacMillan's evidence alone, but could have been convicted on the basis of Walton's evidence alone. In fact, Walton's testimony was crucial to the Crown's case as it is the only evidence which describes a scenario that is consistent with intent to kill capable of supporting a guilty verdict of murder.

b) *Walsh's Testimony*

[33] Walsh testified he was forced into the front seat of his car at gunpoint and made to sit between Walton and MacMillan. MacMillan, Walton and Peters discussed what to do with him, with MacMillan voicing the view that they had to "get rid of him somehow." They decided to head out to the country. Peters put the gun to the back of Walsh's neck saying "let's blow his head off right here." Walsh described the next series of events in his testimony:

A. Walton was sitting facing me, and he had both of his knees crunched against mine. I pushed my arm up slowly over the back of the seat. Somebody distracted Peters, and I think [the shotgun] came up over my arm, and I grabbed hold of it then. At that time Donald MacMillan completely lost control of the vehicle and turned right round and got into the struggle, and it was a three way struggle and at that time the gun went off. I only heard one blast myself. I was definite that I went into a state of shock temporarily. I did not even know that Peters had been hit.

Q. At what speed was the car moving?

A. I could tell by looking out of the rear-view window that we were going from one side of the road to the other. I could see the police car behind us.

In cross-examination, Walsh testified that he thought the gun ended up in MacMillan's hands.

[34] The next thing Walsh was aware of was a police siren. Walton broke open a case of shells and was going to throw them out the window. The car traveled nine blocks and stopped. The police arrested them all and they were taken to cells at the Saint John police station.

[35] In summary, Walsh's evidence suggested that the gun went off as he, MacMillan, Walton and Peters struggled over it. Walton's account of the struggle had the gun in MacMillan's possession at the conclusion of the struggle. So did Walsh's evidence. MacMillan, himself, never acknowledged coming into possession of the gun. As earlier noted, Ferguson's evidence is of little value in resolving the factual issues in the case. He claimed to have been asleep, awaking only when the shot – "a bang" – sounded. At that point he saw Peters standing up or leaning over the car seat.

(v) *The Evidence of Two Police Eyewitnesses*

[36] Detectives Cossaboom and Ingram, who were responding to a call, noticed Walsh's car, which was weaving across the road. They followed the car and were only 60 to 75 feet behind it when they heard a shot. The car stopped momentarily, and Peters fell out. He got up, staggered to the police cruiser, opened the back door and fell across its seat. The police pursued Walsh's car, pulled it over and arrested the four remaining occupants. Peters was taken to a nearby hospital where, within half an hour, he died from a gunshot wound to the chest.

(vi) *Physical Evidence*

[37] The physical and forensic evidence the Crown led at trial may be summarized as follows:

- The gun was found by the police immediately after the shooting, lying on the floor in the front of the car, on the passenger side, with the breach open and the spent shells removed. It had been discharged twice. One shot went into the car's roof, the other into Mr. Peters' chest. Shells were spread around the car and the two empty casings were on the floor of the rear seat; the gun's extractor mechanism was inoperable. Whoever extracted the spent casings from the gun would have had to remove them manually from the chamber.

- The evidence suggested that the muzzle of the gun was three feet or more from the chest of Mr. Peters when the slug which killed him was discharged.
- Mr. Walsh's fingerprints were found on the breech of the shotgun.
- No methamphetamine (or other drug) was located in the car.
- The track of the slug in Mr. Peters' body was from the upper left chest downward and to the right, through the liver and right kidney.
- False identification was found in the car, in the name of John Barbour. Walsh was living a criminal lifestyle in 1975. There were Canada-wide warrants for him and he used the Barbour alias when arrested.

C. *The Fresh Evidence*

[38] The undisclosed evidence retrieved from the Archives is substantial in both quantity and quality. The most significant evidence comes from records of police station cell block conversations that were monitored between MacMillan and Walton. Their conversations tended to be inculpatory of MacMillan, and exculpatory of Walsh. The officers overheard and noted discussions between MacMillan and Walton offering different versions of the events earlier that afternoon, indicative of attempts by them to concoct a story, which they could use to satisfy the police and eliminate their own culpability. There were undisclosed statements taken from key Crown witnesses, including MacMillan and Walton, which could have been used to undermine their credibility at the trial. Further, the statement of a Joseph Valardo brought into question the Crown's claim that Walsh had purchased Walton's shotgun the night before the shooting. Other evidence in the Archives supported aspects of Walsh's trial testimony, which had been uncorroborated at trial. Finally, there were statements from seven CNR

employees (including Maurice McGinnis) in the Archives all of which demonstrated that Walsh had been truthful in his claim to have fled from the beach for help, and proved false the denials of the witnesses, Walton and MacMillan, and the American tourist Thompson, that any such event had occurred.

D. *Legislative Provisions*

[39] The pertinent legislative provisions of the *Criminal Code* are:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction [...] the court of appeal	686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [...] la cour d'appel :
---	---

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that	a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :
--	--

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,	(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,
---	--

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or	(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,
---	---

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;	(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;
---	---

[...]

[...]

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and	(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas :
--	---

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or	a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;
---	---

(b) order a new trial.	b) ordonne un nouveau procès.
------------------------	-------------------------------

[...]

[...]

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires. (8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

### III. Issues on Appeal

[40] The federal Minister of Justice referred Mr. Walsh's case to this Court to hear and determine it as if it were an appeal by Mr. Walsh on the issue of fresh evidence. Mr. Walsh relied on a list of items of fresh evidence on the appeal, all of which, he submitted, were in the possession of the Crown at trial but were not disclosed to the defence, and were not produced to the jury. Pursuant to ss. 683(1)(d) and 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*, and pursuant to the decisions of the Supreme Court of Canada in *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, [1998] S.C.J. No. 17 (QL), *R. v. Taillefer*; *R. v. Duguay*, [2003] 3 S.C.R. 307, [2003] S.C.J. No. 75 (QL), 2003 SCC 70, and *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL), Mr. Walsh submitted that the undisclosed evidence should be admitted into evidence and his conviction quashed. Mr. Walsh further submitted that, pursuant to s. 686(2)(a) of the *Code*, the Court should direct a verdict of acquittal be entered on the indictment.

[41] The following is the list of items of fresh evidence that Mr. Walsh and Crown counsel admitted by consent to be considered by the Court at the hearing of the appeal:

1. The Police reports of the following officers:
  - August 12, 1975 report of Detective Titus
  - August 12, 1975 report of Detective Boyce
  - August 12, 1975 report of Detective Elward
  - August 13, 1975 report of Detective Ward
  - August 13, 1975 report of Cst. MacCready
2. Letter from Eric Teed to Sean MacDonald dated March 2, 2007.

3. Witness Statements of the CNR employees as follows:

- Merle Linkletter (August 12, 1975)
- Kenneth Cuthbertson (August 12, 1975)
- John Meagher (August 12, 1975)
- George Finley (August 12, 1975)
- Frederick McIntyre (August 12, 1975)
- Arthur Hughes (August 12, 1975)
- Maurice McGinnis (August 13, 1975)

4. Police Reports related to the CNR employees as follows:

- August 12, 1975 report of Cst. Van Wart
- August 12, 1975 report of Inspector O'Toole

5. Affidavit of Mr. MacCallum sworn February 17, 1982

6. Letter from Crown Prosecutor to H. Hazen Strange dated June 6, 1980

7. Statements of David Walton and related Police reports as follows:

- August 12, 1975 witness statement
- August 13, 1975 witness statement
- August 15, 1975 report of Constable McGrath
- August 19, 1975 report of J. F. Ross

8. August 12, 1975 witness statement of Donald MacMillan

9. August 13, 1975 statement of Joseph Valardo

10. August 13, 1975 police report of Detective Sergeant Stewart

11. August 19, 1975 police statement of Peter Thompson

12. August 12, 1975 police report of Inspector O'Toole

13. August 19, 1975 report of Detective Fudge

14. Affidavit of the Appellant sworn March 10, 1982
15. Letter dated September 24, 2001 from the Appellant to Mr. Bray
16. Report from the RCMP Crime Detection Laboratory (Toxicology Section) dated September 4, 1975 submitted by Mr. J.A. Blakely, and a related August 12, 1975 Police Report of Detective Watson
17. Report from the RCMP Crime Detection Laboratory (Firearms Section) dated August 20, 1975 submitted by Cpl. J.A.G. Lapierre

[42] In a case involving an appeal from conviction that involves fresh evidence, the usual approach is for the appellant to apply to adduce fresh evidence in support of a ground of appeal. The process is usually adversarial in nature and, generally, the Crown objects to the admissibility of the evidence by invoking the following four principles that emerged from *Palmer v. The Queen*:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen* [[1964] S.C.R. 484, [1964] S.C.J. No. 28 (QL)].
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[43] Thus, in a typical case, the Crown often contends that the court should not receive the evidence submitted either because it was available and the accused or his



counsel did not exercise due diligence in securing the evidence; or the evidence has no bearing on a potentially decisive issue in the trial; or is not credible in that it is not reasonably capable of belief; or finally that even if believed, it is not such that it would have affected the result. In such a case, the burden is on the appellant to convince the court the evidence was not available or if it was, the appellant exercised due diligence in obtaining it; that such evidence is relevant and credible; and, that it would probably have affected the result. If after a hearing to determine its admissibility, the Court determined that it was admissible because it met the criteria set out in *Palmer*, the Court would dispose of the appeal taking that fresh evidence into account in the context of the evidence as a whole.

[44] In a reference to this Court under s. 696.1 of the *Code*, the court would normally conduct a hearing to determine admissibility by applying the *Palmer* principles and if it decided the proffered evidence were admissible, it would then determine whether a miscarriage of justice had taken place taking into account the fresh evidence in the context of the evidence as a whole. It would then make a decision on the appropriate remedy.

[45] The present case became atypical when, upon the s. 696.1 reference to this Court, the Crown joined in the motion for the admission of fresh evidence and conceded that: (1) Mr. Walsh suffered a miscarriage of justice; (2) he was wrongfully convicted; and (3) the conviction ought to be quashed. Thus, it is not necessary for the Court to subject the proffered fresh evidence to the *Palmer* criteria. We are entitled “in the interest of justice”, therefore, to receive the proffered evidence as admissible fresh evidence and conclude that it would, taken together with the other evidence adduced at trial, disclose that Mr. Walsh has been the victim of a miscarriage of justice.

[46] The Crown’s only issue with this appeal concerns the remedy. This was the only issue debated at the hearing of the reference. Crown counsel urges the Court to enter a judicial stay of proceedings pursuant to s. 686(8) of the *Code*. He argues that the following factors militate against an acquittal: (1) Mr. Walsh made certain admissions;

(2) he gave inconsistent statements; (3) certain facts are subject to alternative explanations; and (4) there is a profound lack of evidence which would show Mr. Walsh to be factually innocent of the murder of Mr. Peters.

[47] It must be pointed out that both parties rejected the remedy of ordering a new trial. They agreed a new trial would be improbable for a number of reasons, the most important of which are that the principal witness for the Crown, Mr. Walton, is deceased (although the Crown did suggest in argument that his testimony at the trial could be read to the jury at the discretion of the judge pursuant to s.715 of the *Code*); and Mr. Walsh has terminal cancer. Just as importantly, the Crown noted that the police officers, who overheard the conversations between Mr. Walton and Mr. MacMillan, were either deceased or too ill to testify. However, it is inconsistent for the Crown to argue it does not request an order for a new trial but does request a stay of proceedings. Without an order for a new trial, there is nothing to stay (see *R. v. Truscott* (2007), 226 O.A.C. 200, [2007] O.J. No. 3221 (QL), 2007 ONCA 575 at para. 246.)

#### IV. Available Remedies

##### A. *Declaration of Factual Innocence*

[48] A declaration of factual innocence is not a remedy available under Canadian law. In *R. v. Mullins-Johnson*, (2007) 87 O.R. (3d) 425, [2007] O.J. No. 3978 (QL), 2007 ONCA 720, the Ontario Court of Appeal had occasion to consider the Court's jurisdiction to grant a declaration of factual innocence in a reference under s. 696.3 of the *Code*:

Just as the criminal trial is not a vehicle for declarations of factual innocence, so an appeal court, which obtains its jurisdiction from statute, has no jurisdiction to make a formal legal declaration of factual innocence. The fact that we are hearing this case as a Reference under s. 696.3(3)(a)(ii) of the *Criminal Code* does not expand that jurisdiction.

B. *Stay of Proceedings*

[49] Rather than granting an acquittal, the Court could quash the initial conviction, order a new trial, and then enter a stay of proceedings on the basis that the non-disclosure of evidence at the initial trial of the wrongly convicted amounted to an abuse of process. In what circumstances would a stay of proceedings be appropriate? What is the effect of entering a stay?

[50] As set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, [1995] S.C.J. No. 98 (QL), at para. 75, a stay of proceedings will be appropriate when the following two preconditions are satisfied:

- (1) The prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) No other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

[51] The first consideration enunciated in *O'Connor*, underlines that a stay of proceedings is a prospective, rather than a retroactive remedy: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, [1997] S.C.J. No. 82 (QL) at para. 91. Due to its prospective effect, a stay of proceedings “aims to prevent the perpetuation of a wrong that, if left alone, will continue to trouble the parties and the community as a whole, in the future”: *R v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, [2002] S.C.J. No. 14 (QL), 2002 SCC 12, at para. 54.

[52] The second consideration set out in *O'Connor* recognizes that a stay is an exceptional remedy which prevents further prosecution where the misconduct is so flagrant and egregious that “the mere fact of going forward in the light of it will be offensive”: *Tobiass*, at para. 91.

[53] In light of these two requirements, the effect of a stay of proceedings is therefore quite different from an acquittal. In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, [1985] S.C.J. No. 53 (QL), the principal issue was whether a judicially entered stay of proceedings is "a judgment or verdict of acquittal of a trial court" from which the Crown may appeal to the Court of Appeal under s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*. The respondent was charged with unlawfully trafficking in cannabis (marijuana). He pleaded not guilty to the charge. He was tried by a judge sitting with a jury. He admitted selling one pound of marijuana but said he was persuaded to sell to the undercover police officer by a fellow employee who was a police informer. The jury found there had been unlawful entrapment and the Court entered a stay the proceedings on the indictment. Dickson C.J.C. examined the definition of a stay of proceedings at para. 27:

A stay of proceedings is a stopping or arresting of a judicial proceedings by the direction or order of a court. As defined in Black's Law Dictionary (5th ed. 1979), it is a kind of injunction with which a court freezes its proceedings at a particular point, stopping the prosecution of the action altogether, or holding up some phase of it. A stay may imply that the proceedings are suspended to await some action required to be taken by one of the parties as, for example, when a non-resident has been ordered to give security for costs. In certain circumstances, however, a stay may mean the total discontinuance or permanent suspension of the proceedings.

[54] After considering the controversy that had arisen in provincial courts of appeal as to whether a stay of proceedings is tantamount to a verdict of acquittal, Chief Justice Dickson concluded at paras. 55 and 56:

On a true reading of s. 605(1)(a) of the *Code*, to determine whether a stay of proceedings is a judgment or verdict of acquittal, we must look to the substance of the action of the trial judge and not the label he used in disposing of the case. Substance and not form should govern. Whatever the words used, the judge intended to make a final order disposing of the charge against the respondent. If the order of the Court effectively brings the proceedings to a final

conclusion in favour of an accused then I am of opinion that, irrespective of the terminology used, it is tantamount to a judgment or verdict of acquittal and therefore appealable by the Crown.

We are concerned here with a stay of proceedings because of an abuse of process by the Crown. While a stay of proceedings of this nature will have the same result as an acquittal and will be such a final determination of the issues that it will sustain a plea of *autrefois acquit*, its assimilation to an acquittal should only be for purposes of enabling an appeal by the Crown. Otherwise, the two concepts are not equated. The stay of proceedings for abuse of process is given as a substitute for an acquittal because, while on the merits the accused may not deserve an acquittal, the Crown by its abuse of process is disentitled to a conviction. No consideration of the merits -- that is whether the accused is guilty independently of a consideration of the conduct of the Crown -- is required to justify a stay. In the case at bar the accused admitted that he had sold a pound of marijuana to an undercover officer. A consideration of the merits would necessarily have led to his conviction. The stay in this case intervenes to prevent consideration of the merits lest a conviction occur in circumstances which would bring the administration of justice into disrepute.

[55] By entering a stay of proceedings, the charge can still be said to “hang over the head” of the accused although there is “no forum for its further processing”: *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, [1982] S.C.J. No. 72 (QL), p. 457. In *Regan*, at para. 53, LeBel J., writing for the majority, echoed the prospective, yet inconclusive, nature of a stay of proceedings:

Charges that are stayed may never be prosecuted; an alleged victim will never get his or her day in court; society will never have the matter resolved by a trier of fact.

[56] Because a stay of proceedings leaves some residual stigma it is more appropriate as an interim remedy than as a final remedy under s. 696: *The Driskell Inquiry*, at 129. In *The Lamer Commission of Inquiry Pertaining to the Cases of: Ronald Dalton, Gregory Parsons, Randy Druken*, the former Chief Justice of Canada expanded

on the residual stigma involved in granting a stay as a final remedy when he wrote at 317-318:

A stay of proceedings may leave an impression with the public that the charge is merely being “postponed” or “the authorities”, in a broad sense, still believe in the validity of the charge. That impression is likely to be magnified where, as in this case, the accused had already been convicted and spent years in prison prior to his successful appeal.

C. *An Acquittal*

[57] If ordering a new trial and then staying the proceedings is not appropriate, an acquittal remains the only available remedy in the circumstances of this case. The requirements of entering such an acquittal were canvassed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Truscott*, at paras. 246-249:

Where a conviction is quashed on appeal, s. 686(2) of the Criminal Code provides two possible remedies: the appeal court may either order an acquittal or a new trial. If the court orders a new trial, the residual power in s. 686(8) permits it to also order a stay of that new trial. A stay is ordered in situations where a new trial, although warranted on the evidence, would be manifestly unfair to the appellant.

Relatively little has been written about the principles guiding the exercise of the remedial discretion in s. 686(2). It is clear that if the appeal court is satisfied based on the trial record as augmented by the fresh evidence, that no reasonable jury could convict, the appeal court's discretion must be exercised in favour of ordering an acquittal. An acquittal is the only appropriate order in this circumstance since a conviction following a retrial would presumably be quashed as an unreasonable verdict. An appeal court will not order a new trial to give the Crown an opportunity to make a case against an appellant when, as matters stood at the end of the proceedings in the court of appeal, no reasonable jury could convict.

Apart from those cases where an acquittal is mandatory, the manner in which an appeal court should exercise its remedial discretion is more uncertain. As a general rule, if the appeal court is satisfied that the entirety of the record at the end of the appeal admits of a reasonable possibility of a conviction on a retrial, the appeal court will order a new trial.

There are, however, cases where an appeal court has entered an acquittal even in the face of evidence that could reasonably support a conviction on a retrial. For example, acquittals have been entered where an appellant has fully served his or her sentence, or has already been subjected to several trials. These authorities offer little guidance as to when an acquittal should be entered as opposed to ordering a new trial with a direction that the trial be stayed.

[58] In *R. v. Sophonow* (1985), 38 Man. R. (2d) 198 (C.A.) at p. 202, [1985] M.J. No. 10 (QL), the appeal was from the third trial on the same charge. Having decided that the verdict of the jury must be set aside, the question then facing the Court was whether to order a new trial or to direct the entry of a verdict of acquittal. The Court, in considering the question, took into account the fact that the accused had already been tried three times and had served three years and nine months in custody without bail. The identification evidence, entered by the Crown, was fraught with danger and it could not be improved from further repetition at another trial. Under the circumstances, an acquittal was entered.

[59] In *R. v. Hinse (R.)*, (1994), 64 Q.A.C. 53 (C.A.), [1994] Q.J. No. 480 (QL) the appellant appealed his conviction for armed robbery thirty years later. He had served his sentence. He argued that there were irregularities in the original trial, that his attorney erred in not calling as witnesses persons suspected of having been involved in the robbery and that there was new evidence including testimony exculpating him from persons who admitted being involved in the robbery. The attorney for the Crown conceded that the likelihood of a new trial being held was remote. The Court of Appeal of Quebec quashed the 1964 conviction after admitting fresh evidence. It stated at paras. 37-38:

Special circumstances militate against proceeding with a new trial in this case. These include the elapsed time of thirtythree (33) years since the commission of the criminal act, the fact that the principal issue in the trial was the identification of the appellant by the victims, the irregularities in the line-up, the changes that have occurred over the years in the appearance of the appellant and the inevitable weakening in the credibility of the victims attributable to such time passage, the present age of the victims who are in their eighties, and the fact that the appellant served the fifteen year sentence imposed following the original finding of guilt. Proceeding with a second trial of the appellant under these circumstances would be vexatious and oppressive, would violate the community's sense of fair play and decency and, therefore, would constitute an abuse of process.

The Supreme Court of Canada has recognized that despite the wording of Section 686 of the Criminal Code, there remains vested in a court of appeal a residual power to order a stay of proceedings in the most exceptional circumstances. *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; 61 N.R. 159; [1985] 6 W.W.R. 127; 21 C.C.C.(3d) 7; 20 D.L.R.(4th) 651; 47 C.R.(3d) 193, *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; 90 N.R. 173; [1989] 1 W.W.R. 577; 44 C.C.C.(3d) 513; 67 C.R.(3d) 1, *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; 96 N.R. 241; 34 O.A.C. 165; 49 C.C.C.(3d) 289; 70 C.R.(3d) 209, *R. v. Power (E)* (1994), 165 N.R. 241; 117 Nfld. & P.E.I.R. 269; 365 A.P.R. 269 (S.C.C.).The circumstances outlined render this one of those exceptional cases which justifies the use of the residual power of this court to order a stay of proceedings.

The Supreme Court of Canada (*R. v. Hinse*, [1997] 1 S.C.R. 3, [1997] S.C.J. No. 1 (QL)), in three short paragraphs, decided that the evidence could not allow a reasonable jury properly instructed to find the appellant guilty beyond a reasonable doubt. It set aside the stay and entered an acquittal.

[60]

In *R. v. Mullins-Johnson*, the Crown conceded that the appellant had been wrongly convicted of a crime when there was no evidence that one had taken place. Although Mr. Mullins-Johnson asked the appeal court to enter a verdict of acquittal on



appeal and make a declaration of factual innocence, the Court rejected the latter request because there was no statutory authority to do so. It did, however, enter an acquittal, because the fresh evidence, together with the other evidence, showed beyond question that the appellant's conviction was wrong and that he was the subject of a terrible miscarriage of justice. The Court stated that it was regrettable that as a result of what has been shown to be flawed pathological evidence, Mr. Mullins-Johnson was wrongly convicted and spent such a long time in jail.

[61] Finally in *Truscott*, the appellant, at age 14, was convicted in 1959 of the murder of a 12 year-old classmate. The Supreme Court of Canada upheld the conviction on a cabinet reference eight years later. In 2004, the federal Minister of Justice referred the case to the Ontario Court of Appeal as if it were an appeal based on fresh evidence. As in the case before us, undisclosed material in archived prosecution files discredited key features of the Crown's case and fortified the defence case; the Crown also acknowledged at the appeal that a new trial was a practical impossibility. The appellant requested an acquittal based on his factual innocence. This was rejected by the Court of Appeal who concluded he had not demonstrated his factual innocence. The Court did, however, enter a verdict of acquittal. Having found that, on the facts as they now stood, a reasonable jury could still convict the appellant, the Court held that this did not prevent it from entering an acquittal. They said at paras. 265-268:

This is one of those cases where a new trial could result in an acquittal or a conviction. In most cases, that conclusion would lead to an order for a new trial. However, to order a new trial in these circumstances merely because the remaining evidence clears a relatively low evidentiary threshold, knowing full well that a new trial will never be held, would be unfair to the appellant and does a disservice to the public. Nor would an order for a new trial accompanied by a further order staying the new trial be an adequate remedy. It would remove the stigma of the appellant's conviction, but leave in place the stigma that would accompany being the subject of an unresolved allegation of a crime as serious as this one.

The appellant, through no fault of his own, will never have the opportunity to stand before a jury of his peers and make full answer and defence to the allegation that he murdered Lynne Harper. He will never have his guilt determined by a jury who knows what this court now knows. For example, the appellant cannot put before a jury the evidence heard by this court that destroys the damning evidence the jury heard in 1959 concerning the narrow window of time during which Lynne Harper's murder must have occurred. Similarly, the appellant will never have a chance, armed with all of the archival witness statements before this court that we discuss in Part V of our reasons, to challenge the Crown's County Road evidence or to buttress the defence version of that evidence. Fairness to the appellant dictates that this court should, to the extent that it can within the institutional limits of appellate review, endeavour to bring this matter to a conclusive end.

The integrity of the criminal justice system would also be served by bringing finality to this long-running case. The public uncertainty as to the validity of the appellant's conviction, reflected in the Minister's decision to order the Reference, deserves, if possible, a more definitive answer than an order for a new trial knowing that a new trial will never be held.

In the unique circumstances here, we take the following approach in exercising our remedial discretion. While acknowledging the limitations imposed by the appellate forum, the passage of time, and the numerous factual questions that will never be fully answered, we approach the determination of the appropriate remedy by envisioning how a hypothetical new trial of the appellant would proceed in light of the entirety of the information that is now before us. In our view, the appellant should be entitled to an acquittal if we conclude, based on all of the information now available, that it is clearly more probable than not that the appellant would be acquitted at a hypothetical new trial.

In *Truscott* the Court of Appeal used two standards of review: (1) could the Court reasonably conclude that no properly instructed jury could convict the appellant based on

the evidence as it exists today; or (2) could it confidently find that it is clearly more probable than not that he would be acquitted at a hypothetical new trial?

[62] In coming to our decision we have decided to refer only to the first of these two standards. We have decided that it is not necessary to go through the exercise of a hypothetical new trial but to decide this appeal on the basis of whether a properly instructed jury could convict the appellant based on the evidence as it stands today. We look at the evidence of this case through what Arbour J. calls in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, [2000] S.C.J. No. 16 (QL), 2000 SCC 15, the “lens of judicial experience”. At para. 40, she explains as follows:

When an appellate court arrives at that conclusion, it does not act as a "thirteenth juror", nor is it "usurping the function of the jury". In concluding that no properly instructed jury acting judicially could have convicted, the reviewing court inevitably is concluding that these particular jurors who convicted must not have been acting judicially. In that context, acting judicially means not only acting dispassionately, applying the law and adjudicating on the basis of the record and nothing else. It means, in addition, arriving at a conclusion that does not conflict with the bulk of judicial experience. This, in my view, is the assessment that must be made by the reviewing court. It requires not merely asking whether twelve properly instructed jurors, acting judicially, could reasonably have come to the same result, but doing so through the lens of judicial experience which serves as an additional protection against an unwarranted conviction.

[Emphasis added.]

#### V. Fresh Evidence Discussion

[63] The mosaic of fresh evidence in this case addresses four time periods. It is, therefore, convenient to examine the fresh evidence along a time line: (1) gun purchase, (2) events on the beach, (3) events in the car, and (4) events in the station cell block.

A. *Gun Purchase*

[64] In the joint submission regarding fresh evidence the parties acknowledge that a statement made on August 13, 1975 by Joseph Valardo had not been disclosed to Walsh. It and a related police report were in the documents supplied to Walsh from the provincial Archives. The statement relates to ammunition purchased for use in the weapon.

[65] At trial, four Crown witnesses testified that Walsh purchased the weapon, a sawed-off shotgun, the night before the killing. MacMillan further testified that, the following morning, he purchased ammunition for the shotgun at the East End Hardware Store at Walsh's request. Walsh and his friend, Ferguson, denied that Walsh bought the gun. Walsh explained that it was a handgun he wanted to buy, not a shotgun. Walsh also denied asking MacMillan to buy him ammunition.

[66] Joseph Valardo was the proprietor of the East End Hardware Store. He was not called as a witness at either the preliminary hearing or the trial. An undisclosed signed statement given by Valardo to Detective Stewart was discovered in the Archives. The full statement reads as follows:

A. On Monday, August 11, 1975 I was in my store on Prince Edward Street, a chap came into the store and asked me for some shells. I asked him what kind he wanted, and he said 4-10, I sold him a box of #5 Birdshot, and a box of 410 slugs, the birdshot cost \$5.60 and the slugs cost \$1.90, then he left.

Q. Did you ever see this person before.

A. Yes, he was in the shop about a week ago, and he bought some 410 birdshot, that was all I had at that time.

Q. Can you describe this person that bought the shells.

A. He is about 5'10", long hair light brown, thin face, 160 or 165 lbs had tattoos on his arms, had a shirt.

Q. Was this person drinking.

A. I would say he had been drinking, I could smell it on him.

Q. Could you identify this person if you saw him again.

A. I think I could.

Q. Is this statement true.

A. Yes.

Witness Det/Sgt. Wilfred Stewart - Signed J Valardo

[67] A report by Detective Stewart reveals that Valardo then identified MacMillan as the person he had sold the shells to on Monday, August 11, 1975.

[68] In Valardo's statement he says MacMillan came to his store to buy shotgun shells on the morning of August 11, 1975. This was hours before Walsh arrived in Saint John, since the evidence disclosed Walsh arrived in Saint John on the evening of August 11, 1975. If the ammunition was purchased on the morning of August 11, as Valardo states, this would indicate that Walsh had nothing to do with the purchase. Valardo gave his statement two days after he made the sale, so the day that this occurred would have been fresh in his memory. His statement materially contradicted MacMillan's claim that he purchased the shells at Walsh's request on the morning of August 12. If Valardo was correct, and it would appear he would have had no motive not to be truthful, it meant MacMillan made the ammunition purchase before he even met Walsh. A purchase of ammunition by MacMillan on August 11 means not only that he lied to incriminate Walsh as a way of supporting the story that Walsh had purchased the shotgun the evening of August 11, but also that, a day before the shooting, MacMillan was actively interested in making sure ammunition was available for the shotgun. As a result of the Valardo statement, Walsh's denial that he bought the shotgun because he was interested in purchasing a handgun, gains strength. In addition, the theory that the

shotgun was accessible to Walton, MacMillan and Peters on August 12 to assist in stealing Walsh's drugs from him also gains strength.

[69] As noted, the Crown conceded that Walsh's conviction for murder was obtained as a result of a miscarriage of justice and agreed with Walsh that it was in the interests of justice that the undisclosed Valardo statement should now be admitted as fresh evidence for the purposes of this Reference. Despite these concessions, the Crown argues that the Valardo statement was not reasonably capable of belief and was not reliable because it was not sworn and Valardo was never cross-examined. In our view, if the Crown wished to argue against the admissibility of this undisclosed statement as fresh evidence on the basis that it did not meet the legal prerequisites for admissibility in that it was not reasonably capable of belief and not reliable, it should not have joined Walsh in his application to introduce this statement as fresh evidence for our consideration. Having done so, the Crown should not now be allowed to argue against the admissibility of such evidence on the basis that it is not reasonably capable of belief and is not reliable. That type of argument is to be made if the Crown challenges the admissibility of fresh evidence on appeal.

[70] In our view, we are entitled to look at that statement as reflecting what Valardo told the officer and we have no reason to doubt its veracity. Having said that, however, the Crown can certainly present arguments regarding the impact the statement may have on the overall assessment of the case.

[71] It is evident that the jury had no notion of the statement. Crown counsel at the trial used the evidence of the purchase of ammunition in a compelling way in his closing remarks:

Now, there were five - according to the Crown's evidence there was a box of five rifle slugs bought that morning in addition to a box of bird shot. Now, in a box of bird shot there are 25 shells according to the evidence given by the

fire arms expert, Mr. Lapierre. Now, in this case we find that in fact spread out on the seat there were 25 bird shot shells. Now, we also find that there was a box of rifle slugs and at the time that the policemen [seized] this from the car there were these three items. These three rifle slugs were in the box - they were in the box and there was two missing, and we have evidence from Cpl. Lapierre that these two expended cartridges which were found on the floor on the driver's side of the back seat-these two expended cartridges were rifle slugs, the same consistency as the rifle slugs that were in this-box. So if we put these five together, one - I suggest to you you can assume logically that these two expended cartridges came out of that box. Now, that supports the evidence given by Mr. Ferguson - or excuse me - Mr. MacMillan, that the stopped along the way in that morning to purchase these shells. You have two boxes- a box of bird shot, a box of slugs. Now, Mr. MacMillan said that they stopped on their way in that morning and he [purchased] them for Mr. Walsh and he gave them to Mr. Walsh, and he said he thought Mr. Walsh put them in his glove compartment. Now, there is evidence there that corroborates or supports the evidence given by Mr. MacMillan that did happen. You have them in the car.

The Valardo statement corroborated Walsh's denial of this version of events.

B. *Events on the Beach*

(1) The CNR Workers

[72] The statements of the seven CNR workers, in which they describe Walsh running over to them and pleading for help, are consistent with his version of the events on the beach. Walton's and MacMillan's (and Thompson's) version of those events omit any details of Walsh running for help. In fact, on cross examination both Walton and MacMillan denied seeing Walsh run towards the locomotive and presumably to the CNR crew.

[73] By the time of Mr. Walsh's appeal in 1982, the appellant's counsel, Mr. Teed, had copies of statements of three of the CNR workers, namely Maurice McGinnis,

Merle Linkletter and Kenneth Cuthbertson. The Archives contained the statements of four more CNR employees who were present that afternoon: John Meagher, George Finley, Frederick McIntyre and Arthur Hughes. Each of them corroborated in some manner Mr. Walsh's trial testimony. Mr. Hughes, for example, was the one who, at the request of the foreman Mr. Cuthbertson, actually called the City Police to come "as there was a disturbance there involving a number of people." All of these statements could clearly have diminished the reliability of the version of events given by the witnesses Walton and MacMillan as to what took place on the beach. They would have added credibility to the version advanced by Walsh (of what took place at the beach) when he gave his evidence at trial. All of these statements by these workers were clearly relevant to the defence and ought to have been disclosed and the failure to do so contributed in depriving Walsh of full answer and defence and hence a fair trial.

[74] Walsh's flight to the CNR workers also relates to the question of the possession and control of the shotgun at the beach. Walsh testified that in effect the others, MacMillan, Walton, and Peters had possession of the shotgun and were using it to threaten him. His conduct in seeking help from nearby CNR workers is much more compatible with his version of events than the one adopted by the Crown witnesses. This would have helped enhance his general credibility as a witness.

C. *Events in the Car*

(1) Ballistics report

[75] The Crown advanced the theory that Mr. Walsh simply reached under the front seat, pulled out the firearm and shot Mr. Peters, who was sitting in the back seat minding his own business. The distance from the muzzle of the gun to the point at which the bullet entered Mr. Peter's body therefore became crucial to the Crown's case. The greater the distance from the muzzle to the body, the more consistent the facts were with the version advanced by the Crown. The lesser the distance, the more consistent the facts were with the evidence of Mr. Walsh that a struggle ensued. During his testimony,



Corporal Andrew LaPierre provided conflicting evidence on that issue which becomes more pronounced if one compares his oral testimony with his written ballistics report dated August 20, 1975.

[76] It appears, based upon Corporal LaPierre's testimony and the ballistics report that the range could have had a lower limit of 1 foot (consistent with Walsh's version of events) and an upper limit of 5 feet (consistent with the Crown theory). Unfortunately, the ballistics report was never made available to the defence. This failure effectively denied Walsh his right to effectively cross-examine the ballistics expert, and, by extension, his right to provide a full answer and defense.

(2) Methamphetamine report

[77] Walsh testified that he had 5 lbs. of methamphetamine in his car when he arrived in Saint John. He testified that the presence of the drugs was the motivation for the search of his car by Walton, MacMillan and Peters and their assault upon him at Tin Can Beach. The presence of the drugs helps explain his return to the car after he had pleaded with the CNR workers to call the police. Nobody else's evidence supports Walsh's claim regarding drugs. A toxicology report from the RCMP Laboratory was found in the Archives. It sets out that a "*box of wooden matches containing a plastic syringe and needle*" were forwarded to the Laboratory for examination by Detective Watson who had seized the items from Walsh's car. In his report, the toxicologist concluded:

Exhibit H-7 (syringe and needle) contained methamphetamine.

[78] This provides some corroboration of Mr. Walsh's evidence, even though it leaves many questions unanswered. Contrast the toxicology findings with Crown Counsel's reference to drugs in his closing address, where he said as follows:

Now, it seems like a small piece of evidence but it's very, very important in this case when you have Mr. Walsh getting on the stand and giving a story like he gave; that story is completely and utterly a lie.

As I said before, it's a duty on the Crown to introduce all the evidence we have. He spoke of speed - spoke of speed. Well, where is it, the stuff he is talking about. It isn't going to be the Crown to withhold evidence; if it's there - if there is any evidence of it, it's going to be before you.

You heard of the way the police went in, talk about the bulge in the car, looking for these things, the number of items that were seized, the back seat. Now, the onus is on the Crown to bring forth all the evidence it has in any way touching on the case. We don't have one bit of evidence of speed except from the mouth of that witness. Mr. Ferguson is supposed to have known about it but he never mentioned it.

[79] Crown counsel's position at trial, that Walsh lied about the presence of drugs in the car, has to be reassessed in light of the toxicology report now admitted as fresh evidence.

D. *Events in the Station Cell Block*

[80] Among the documents disclosed to Walsh from the Archives were typed reports from five Saint John police officers in which they recorded conversations among the four men who had been arrested after the death of Peters. These conversations took place among them in the cell block. The primary participants were Walton who was in cell block B and MacMillan who was in cell block C. Ferguson was in the drunk tank and made a few irrelevant remarks. Walsh was in cell block A, but said nothing of consequence to the other men. It was Detective Titus who was the first to realize the conversations might be important. At 3:05 p.m., within an hour of the shooting, following the arrests, transport and booking of the four men, and just a short time after they were placed in the cells of the police station, Detective Titus heard the men talking. He stepped

inside the cell block, shut the door, and listened. Immediately afterwards he typed a report:

I heard the person in the C block [MacMillan] who appeared drunk say what happened what are we doing here. The person in Cell block B [Walton] said **what did you shoot Chee Chee for.** The other person [MacMillan] said **What's going on You'r going to help me out ar'nt you Dave, What happened.** Answer from Cell block B [Walton] was someone called the Cops. Then the person in the Drunk Tank [Ferguson] asked for a cigarette and the one called Dave from Cell Block B [Walton] told him he would send it down in a shoe or some other way whatever he thought.

I stepped outside and checked the book again and found that the party in Cell block B was Dave Walton who I know, and the party in Cell Block C was Donald MacMillan. The party in the Drunk Tank was George Ferguson and there was one party in Cell block A who never said a word and I found his name to be John Barber [Mr. Walsh].

I then came [upstairs] and informed A/Supt. Shea that they were talking and we could use a man [downstairs]. This all took place before I knew that Chee Chee had died.

[Emphasis added.]

Detective Titus typed his name at the foot of his report and added a handwritten note:

“There were no other persons in the cells at this time.”

[81] After Detective Titus reported the conversation, the prisoners were monitored for the rest of the afternoon. Detective Boyce went to the cell block area of the Saint John jail with Assistant Superintendent Shea. Detective Boyce was instructed to take down whatever he heard from the persons who had been placed in the cells.

[82] Detective Boyce placed himself between cell blocks A and B and listened. The contents of his typed report are summarized in the following excerpts and notes. The

exchange is difficult to follow, but Walsh contends that it is at this point that MacMillan and Walton are attempting to settle on a common story that would exculpate them:

MacMillan said Linda [Goddard] is not going to like this, who would do it David, and again asked David who would do it do you think the cop shot us?

David Walton, yes.

MacMillan said to David, they cannot do anything. What did we do?

David Walton, We were in the car [...]

MacMillan said to David, Fuck You

[83] They talked about someone called “Joey” and Walton kept repeating that he did not know who shot Peters. Walton then suggested it was the guy from the states in the Cadillac. They spoke as if the shooting had taken place through the window. They were worried that Peters would die, and MacMillan said, “we are up for murder you better smarten up, attempted murder”. MacMillan asked, “did the cops shoot us or not?”

[84] At 5:30 p.m. MacMillan spoke again to Walton:

[...] someone fired thru the windows I do not want to stay here all day. [...] we got shot at David didn't we? Who put the gun in the window and shot. I will shoot them all the fucking idiots [...]

[85] Detective Elward recorded similar comments as he listened. He recorded MacMillan at 5:50 p.m. as saying:

[...] If some one fire at my fucking window, i don't want to to be locked about it all day. Some one fired in the fucking window.

[86] At 6:00 p.m. and 6:05 p.m. Detective Elward recorded:

[...] David some one put a gun in my window and fired. We just got shot at. So what. [...] Who put the gun in the window and fire.

[87] From the cell block conversations, tendered as fresh evidence, counsel for Walsh asserts Walton not only places the gun in MacMillan's hands and accused him of firing the fatal shot, but also that, by failing to deny the accusation, MacMillan tacitly admitted it. MacMillan's response to Walton's question may also be compatible with MacMillan's evidence at trial that he really did not have the faintest idea of what had taken place.

[88] In our view, the importance of these conversations is the impact that they would have had on the evidence of Walton. He is the only person who gave the critical evidence capable of securing a conviction against Walsh because he testified that Walsh obtained the gun from underneath the front seat and shot Peters at close range, without provocation or threats. Defense counsel had to impugn this evidence in order to secure an acquittal. The question that Walton asked of MacMillan, and the response he got, together with other parts of the conversations cannot be reconciled with the damning evidence Walton gave against Walsh at trial. Thus in our view, this is the most important aspect of this case, considering that without Walton's testimony, no conviction for murder could realistically be envisaged. In our view, these conversations had the real potential of undermining the most important factual underpinnings of the Crown's case: that Walsh reached for the gun and shot Peters at close range, without any provocation or threats. This is in sharp contrast to the evidence Walsh gave at his trial that he became involved in a struggle over the gun when he was being threatened to have his head blown off.

[89] At the hearing before us, Crown counsel conceded that the Titus Report is admissible in evidence before this Court without the necessity of applying the *Palmer* principles. In effect this constitutes an admission that the report could not have been discovered by the exercise of reasonable diligence; it is relevant to a potentially decisive issue; it is credible in that it is reasonably capable of belief; and it could have affected the

result of the trial. Thus, the Crown is not now in a position to take issue with the reliability of the contents of the report. Detective Titus reported he heard Walton ask MacMillan “what did you shoot Chee Chee for?” To which MacMillan replied: “what’s going on? You’r going to help me out aren’t you Dave?” Since the Crown has conceded admissibility of the Titus Report, this Court must accept that what was recorded reflects what Detective Titus heard in that cell block. In addition, we have no reason to doubt that which Detective Titus reported was exactly what he heard. Of course, this does not preclude the Crown from disagreeing with Walsh's interpretation as to the impact that this report could have had on the result of the case.

[90] To put it bluntly, the inconsistencies between the conversations in the cell block and the police statements of Walton, MacMillan and Thompson would most assuredly have gone a long way in convincing a jury about the unreliability of the main crown witnesses, Walton and MacMillan. The lack of disclosure of their statements to the police, by itself, would be sufficient to raise a trial fairness issue resulting in a miscarriage of justice. Considered in conjunction with the cellblock police reports, this lack of disclosure leads conclusively to a trial fairness issue by which one could determine that a miscarriage of justice occurred.

## VI. Decision

[91] In view of the fact we have a complete record, we have considered the entire case as it was presented to the judge and jury. We have also considered the fresh evidence. On the evidence as it now stands, the trial record as augmented by the fresh evidence, we are of the opinion that no reasonable jury could convict Walsh of murder.

[92] Most of the fresh evidence that we considered is specifically linked to the ownership, possession and control of the shotgun. The Valardo statement indicates MacMillan bought ammunition for the gun the morning before Walsh arrived in Saint John. It challenges the evidence of MacMillan and Walton who testified Walsh bought a

gun the night before Peters' death and it supports the truthfulness of Walsh's version of the gun purchase.

[93] The CNR evidence complements this evidence. Walsh's evidence that he ran from the beach to the CNR crew is now substantiated by seven witness statements. We are permitted to draw the inference that Walsh ran from the others on the beach because he was not in control of the gun and because he needed assistance. Why else would he ask the CNR employees to summon the police? It challenges the credibility of MacMillan and Walton, who testified that they did not see Walsh leave the beach and go towards the CNR tracks. And it also impugns the evidence of Thompson, who likely did not observe much. Deprived of the confirmatory evidence of all the CNR workers the jury had no real reason to believe Walsh's version of events on the beach.

[94] The Titus Report cannot be explained away. In light of the other evidence, it now appears clear that the statement, "What did you shoot Chee Chee for", was a request by Walton for a reasonable explanation of what happened from MacMillan. The ensuing conversations were an attempt by the two to collude on a version of events favourable to them.

[95] We are all aware of how the law has evolved since the first trial was heard in this matter. The Supreme Court of Canada has given specific direction to trial judges concerning how they should direct a jury with respect to reasonable doubt when the accused testifies and his or her version of events does not jive with that of the other witnesses. In *R. v. C.L.Y.*, [2008] S.C.J. No. 2 (QL), 2008 SCC 2, Abella J. states at para. 6:

[...] This Court has consistently warned that verdicts of guilt should not be based on "whether [triers of fact] believe the defence evidence or the Crown's evidence" (*W.(D.)*, at p. 757). Rather, the paramount question remains whether, on the whole of the evidence, the trier of fact is left with a reasonable doubt about the guilt of the accused (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 361). The following suggested steps in *W.(D.)* are intended to ensure that the

trier of fact remains focused on the principle of reasonable doubt:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused. [p. 758]

Deschamps J., writing for the majority in *R. v. Boucher*, [2005] 3 S.C.R. 499, [2005] S.C.J. No. 73 (QL), 2005 SCC 72 comments at para. 29: “The approach set out in *W.(D.)* is not a sacrosanct formula that serves as a straitjacket for trial courts”. We understand the three steps are a roadmap to follow when focusing on reasonable doubt (see *R. v. C.L.Y.*).

[96] We reiterate that this is an unusual case of appellate review by way of reference because of the concessions made by the Crown: (1) it agreed with Walsh's claim that he has suffered a miscarriage of justice; (2) it agreed that Walsh has never been and will obviously never be in a position to have a fair trial ( Walsh will never be able to challenge the credibility of the main Crown witness, Walton, who is deceased); (3) it agreed a new trial is not a realistic option; and (4) it joined Walsh in his application to admit all of the fresh evidence referred to in these reasons for judgment, conceding that it was in the “interest of justice” to do so in this case.

[97] These concessions have other far-reaching effects. The usual presumption on conviction appeals about the validity of the conviction at trial (and its affirmation on appeal in 1982) and the usual resulting burden on the appellant to demonstrate, based on



the evidence admitted on this Reference, that there has been a miscarriage of justice, no longer applies. This Court did not have to engage in the usual analysis to decide whether in light of the fresh evidence the conviction could stand. The Crown agreed with the appellant that the conviction could not stand and had to be quashed because the main finding by the jury necessary to sustain a murder conviction, that Mr. Walsh had grabbed the shotgun and shot Mr. Peters at close range without being threatened, was unreliable and made the conviction unsustainable. Put another way, the Crown, in essence, conceded that the fresh evidence at our disposal had the necessary ingredients to undermine the reliability of the murder conviction to such an extent as to allow this Court to conclude that to maintain this verdict would amount to a miscarriage of justice.

[98]                There are only two potential remedies which are left to the Court's discretion following the successful s. 696.3 reference: an acquittal or ordering a new trial and a subsequent order for a stay of proceedings. The trial record augmented by the fresh evidence satisfies us that no reasonable jury properly instructed could convict Mr. Walsh. We exercise our discretion in favour of ordering an acquittal.

## VII. Disposition

[99]                For these reasons, we admit the fresh evidence, allow the appeal, quash the conviction of non capital murder, and enter a verdict of acquittal.

LA COUR

[1] Il y a trente-deux ans, l'appelant, Erin Walsh, a été déclaré coupable du meurtre non qualifié de Melvin Eugene (« CheChe ») Peters. Nous sommes saisis de la présente affaire conformément à un renvoi fait par le ministre de la Justice fédéral en vertu de l'art. 696.1 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46. Conformément au ss-al. 696.3(3)a(ii) du *Code*, M. Walsh demande l'autorisation de présenter des nouvelles preuves et sollicite une ordonnance portant annulation de la déclaration de culpabilité pour le motif qu'une erreur judiciaire s'est produite. Habituellement, ce genre de renvoi est une procédure fondée sur le principe du contradictoire. En l'espèce, toutefois, le ministère public a adopté une position qui se trouve, en fait, à constituer une prétention conjointe selon laquelle la déclaration de culpabilité d'Erin Walsh a été obtenue par suite d'une erreur judiciaire. Là où les parties ne s'entendent pas, c'est en ce qui concerne la réparation appropriée pour le cas où nous serions d'accord pour conclure qu'il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité. À la fin de l'audience, nous avons admis les nouvelles preuves sans que le ministère public n'élève une objection, avons accueilli l'appel, avons annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre non qualifié et avons inscrit un verdict d'acquiescement. Nous avons également dit que nos motifs de décision seraient présentés plus tard.

I. Le contexte

[2] Dans l'après-midi du 12 août 1975, Melvin Eugene Peters a été atteint d'une balle pendant qu'il se trouvait à l'arrière de la voiture de M. Walsh. Il est mort plus tard. Quelques instants après que le coup de feu eut été tiré, les policiers ont intercepté le véhicule et ont arrêté les quatre autres occupants : Erin Walsh, Donald MacMillan, David Walton et George Ferguson. Plus tard le même jour, les policiers ont accusé M. Walsh de meurtre non qualifié. Les principaux témoins à charge au procès étaient MM. MacMillan

et Walton. M. Walsh a témoigné pour son propre compte et M. Ferguson a également témoigné pour la défense.

[3] Le 17 octobre 1975, à l'issue d'un procès de quatre jours tenu devant un juge de la Division du Banc de la Reine de la Cour suprême et un jury, M. Walsh a été déclaré coupable suite à un acte d'accusation lui imputant le meurtre de M. Peters (par. 218(2) du *Code*). L'appel qu'il a interjeté devant notre Cour en 1982 a été rejeté dans deux jugements datés l'un du 26 juillet 1982 (publié à (1982), 41 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 196, [1982] A.N.-B. n<sup>o</sup> 252 (QL)) et l'autre, du 22 novembre 1982 (publié à (1982), 43 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 145, [1982] A.N.-B. n<sup>o</sup> 372 (QL)).

[4] M. Walsh, qui a toujours clamé son innocence relativement à l'accusation portée contre lui, a passé plus de vingt-neuf ans dans un pénitencier depuis sa déclaration de culpabilité. Pendant qu'il purgeait sa peine d'emprisonnement à perpétuité, des peines concurrentes s'établissant à quinze ans au total ont été infligées à M. Walsh pour des infractions commises avant et après son arrestation pour le meurtre en question. En 2003, pendant qu'il était toujours emprisonné, M. Walsh a eu accès aux dossiers du ministère public et de la police qui sont conservés aux Archives provinciales du Nouveau-Brunswick. Ces dossiers contenaient des documents dont il ne connaissait pas, jusqu'alors, l'existence. À la fin de 2006, il a présenté une demande de révision de sa déclaration de culpabilité auprès du ministre de la Justice fédéral, sous le régime de la Partie XXI.1 du *Code*, en invoquant la découverte dans les archives des documents qui n'avaient pas été divulgués auparavant. Le 27 août 2007, un mémoire exhaustif a été déposé en son nom. Conformément au par. 696.2(3) du *Code*, le ministre de la Justice a désigné John E.S. Briggs, avocat de la Nouvelle-Écosse, afin qu'il fasse enquête sur la demande. M<sup>e</sup> Briggs a entendu le témoignage sous serment des personnes suivantes, notamment : l'appelant, le substitut du procureur général au procès tenu en 1975 et l'avocat qui avait initialement assuré la défense de M. Walsh.

[5] Le Procureur général du Nouveau-Brunswick a reçu une copie du rapport de M<sup>e</sup> Briggs et a été invité à le commenter. Le 25 janvier 2008, dans une réponse écrite,

il a reconnu qu'il semblait y avoir eu erreur judiciaire et [TRADUCTION] qu'« il y avait effectivement des éléments de preuve qui, à tous points de vue raisonnables, auraient dû être présentés au jury dans le procès d'Erin Michael Walsh pour le meurtre de Eugene Peters ». Il a conclu que le ministre de la Justice fédéral était fondé à renvoyer la déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel.

[6] Le 28 février 2008, le Ministre fédéral a renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel, le renvoi étant ainsi formulé :

[TRADUCTION]

Par les présentes, je renvoie respectueusement la présente affaire devant l'honorable Cour conformément au ss-al. 696.3(3)a)(ii) du *Code criminel*, compte tenu du dossier existant en l'espèce, de la preuve déjà entendue et de toute preuve additionnelle que l'honorable Cour pourra, si elle le veut, recevoir et examiner, afin qu'elle tranche l'instance comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par Erin Walsh sur la question des nouvelles preuves.

[7] En novembre 2006, M. Walsh a reçu un diagnostic de cancer terminal. Le juge en chef du Nouveau-Brunswick a donc reconnu la nécessité d'accélérer l'inscription au rôle en vue de l'audition de l'appel, par voie de renvoi, et a permis aux avocats de s'adresser à lui dans les heures qui ont suivi le renvoi par le Ministre. Lors de cette audience, l'avocat du ministère public a informé le juge en chef Drapeau qu'il presserait la Cour d'annuler la déclaration de culpabilité de M. Walsh et de prononcer la suspension judiciaire de l'instance.

[8] Lors de l'audition du renvoi, M. Walsh s'est opposé à ce qu'il y ait suspension de l'instance et a plutôt sollicité un acquittement. Il a témoigné pour sa propre défense au procès. Il a clamé son innocence lors de toutes ses comparutions en cour, de 1975 jusqu'à aujourd'hui. M. Walsh fait maintenant valoir qu'à la lumière des éléments de preuve non divulgués, un jury le déclarerait probablement non coupable et, de plus, que c'est ce qu'un jury aurait fait en 1975 s'il avait disposé des éléments de preuve non divulgués. Pour les fins de la demande présentée sous le régime de l'art. 696.1, le

Procureur général du Nouveau-Brunswick reconnaît que la déclaration de culpabilité a été obtenue par suite d'une erreur judiciaire et qu'elle doit être annulée. Cela dit, il n'est pas d'accord avec M. Walsh en ce qui concerne la réparation appropriée et nous a pressés d'inscrire la suspension judiciaire de l'instance, après avoir, sans doute, ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[9] Étant donné les opinions divergentes concernant la réparation qui convient, il est nécessaire d'effectuer une analyse détaillée des faits. Pour alléger le texte, nous ne mentionnons, bien souvent, que le patronyme des personnes qui ont pris part à l'affaire sous-jacente. Le lecteur ne devrait y voir aucun manque de respect.

## II. Les faits

### A. *Synopsis*

[10] Erin Walsh est arrivé à Saint John dans la soirée du 11 août 1975. Son ami, George Ferguson, et lui étaient venus en voiture de Toronto. Ce soir-là, ils ont fait la connaissance d'un certain nombre d'habitants de la région, la plupart chômeurs et buveurs excessifs, dont Donald MacMillan et David Walton. Selon le ministère public, Walsh a acheté un fusil de chasse à canon scié le même soir. Le lendemain matin, Melvin Eugene (CheChe) Peters s'est joint au groupe. Après avoir bu et fêté davantage, ils se sont tous les cinq rendus en voiture jusqu'à la plage Tin Can, située à proximité. Pendant qu'ils étaient à la plage, ils ont eu une dispute. Par la suite, ils sont retournés, dans la voiture de Walsh, à l'appartement d'un des occupants de la voiture. Walsh était assis sur le siège avant entre MacMillan, qui conduisait, et Walton. Peters prenait place sur la banquette arrière, derrière le conducteur. Ferguson était assis à côté de Peters. Le ministère public a prétendu que pendant qu'ils roulaient, Walsh a sorti le fusil de chasse à canon scié de sous la banquette et, sans avertissement ni provocation, a tiré à bout portant sur Peters, l'atteignant à la poitrine. Il y avait une voiture de police à une distance de soixante-quinze pieds, derrière eux, à ce moment-là. Les policiers ont fait signe au conducteur de s'immobiliser sur le côté et ils ont arrêté les occupants de la voiture de

Walsh. Peters est décédé une demi-heure plus tard à l'hôpital des suites d'une blessure au thorax. Plus tard le même jour, Walsh a été accusé du meurtre de Peters.

[11] Au procès, la version de Walsh différait sensiblement de celle du ministère public. Il a nié avoir acheté le fusil. Il a témoigné qu'après qu'il se fut avancé dans l'eau à la plage, il a jeté un coup d'œil et a vu ses nouveaux « amis » en train de saccager sa voiture. Lorsqu'il le leur a reproché, il a été agressé et immobilisé sur le sol par Peters qui lui a brandi un fusil au visage. Walsh a réussi à s'enfuir et a couru en direction d'une équipe d'employés du CN qui travaillaient sur la voie ferrée située à proximité et les a implorés d'appeler la police. Aucun employé du CN n'a témoigné au procès à l'appui des prétentions de Walsh. Walsh est retourné à sa voiture (qui se trouvait à une distance considérable de la plage) pour s'enfuir, mais il a été intercepté par Peters et les autres qui l'ont fait monter de force dans le véhicule. Une fois dans la voiture, Walsh a saisi le fusil que Peters lui pointait sur la nuque. Une lutte a suivi. Deux coups de feu ont été tirés dont l'un a atteint et finalement tué Peters. Le fusil s'est finalement retrouvé entre les mains du conducteur de la voiture, Donald MacMillan.

[12] Il est manifeste que le jury n'a pas cru le témoignage de Walsh et qu'il n'entretenait par ailleurs aucun doute raisonnable concernant sa culpabilité. Ce dernier a été déclaré coupable de meurtre non qualifié et condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

[13] Pour étoffer le contexte, nous soulignons que M. Walsh a eu de la difficulté à engager et faire instruire son appel. Son avocat au procès, John MacCallum, c.r., a déposé un appel le 17 novembre 1975, soit dans le délai de trente jours. L'Aide juridique du Nouveau-Brunswick a accepté de financer l'appel. Toutefois, Walsh a mis fin au mandat de M<sup>c</sup> MacCallum le 11 février 1976. Puisque M. Walsh était incarcéré en Ontario, il a demandé le concours de l'Aide juridique de l'Ontario. Le 20 mars 1979, M. Walsh a déposé un deuxième avis d'appel ainsi qu'une requête en prorogation du délai imparti pour interjeter appel. Le juge en chef Hughes, qui n'était pas au courant de l'avis d'appel déposé en 1975, a rejeté la demande en prorogation du délai le 9 mai 1979.

Plus tard en 1979, M. Walsh a sollicité l'aide du Correctional Law Project de l'Université Queen's et en 1980, une enquête a été menée sur sa situation à la demande du premier ministre du Nouveau-Brunswick de l'époque. Plus tard la même année, un comité consultatif sur l'aide juridique a déposé devant le premier ministre un rapport laissant entendre que le refus d'accorder l'aide juridique était justifié. Ensuite, le 11 février 1981, le registraire de la Cour d'appel a écrit à M. Walsh une lettre l'informant que son appel initial, qui avait été déposé par M<sup>c</sup> MacCallum en 1975, était toujours en instance devant la Cour. M. Walsh a alors retenu les services d'Eric Teed, c.r., afin qu'il plaide son appel.

[14] À l'audition de l'appel, en 1982, M. Walsh a demandé l'autorisation de produire une nouvelle preuve consistant dans le témoignage de Maurice McGinnis, un des employés du CN auxquels M. Walsh avait demandé de l'aide le jour en question. La Cour a statué [TRADUCTION] qu' « [...] il y [avait] peu de raison de douter que l'homme qui a demandé de faire venir la police était Walsh », a conclu que la déposition de McGinnis était [TRADUCTION] « tout à fait plausible » et a estimé qu'elle [TRADUCTION] « pourrait servir à corroborer le témoignage de Walsh selon lequel il a été mêlé à une dispute [s]urvenue à la plage [...] ». Toutefois, la Cour a refusé d'admettre son témoignage à titre de nouvelle preuve pour le motif qu'il ne satisfaisait pas aux conditions juridiques régissant l'admissibilité. Voici ce qu'a dit le juge Hughes, juge en chef du Nouveau-Brunswick, au par. 5 :

[TRADUCTION]

La déposition de McGinnis est tout à fait plausible et pourrait servir à corroborer le témoignage de Walsh selon lequel il a été mêlé à une dispute [s]urvenue à la plage, mais, à mon avis, cette déposition n'a aucune implication d'importance sur les questions que le jury a eu à trancher lors du procès. Les questions étaient notamment de savoir : (1) si Walsh, qui était assis sur la banquette avant entre MacMillan et Walton, a étendu le bras sans avertissement pour prendre un fusil à deux coups, à canon tronçonné, lequel, selon le témoignage de Walton, se trouvait présumément sous la banquette avant et qu'il a délibér[é]ment déchargé sur Peters qui était assis sur la banquette arrière, derrière le conducteur; (2) si Walsh, ainsi qu'il a témoigné, s'est battu avec Peters afin de s'emparer

du fusil à deux coups, à canon tronçonné lorsque celui-ci l'a braqué sur lui et, dans la lutte, un coup est parti accidentellement tuant ainsi Peters; (3) si, après le premier coup de fusil, MacMillan, qui n'avait pas lâché le volant, est intervenu dans la lutte pour s'emparer du fusil, par suite de quoi Peters a été tué accident[e]llement quand le deuxième coup est parti. À mon avis, la déposition de McGinnis n'aurait pas influé sur le verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré qu'a rendu le jury après avoir entendu toute la preuve disponible présentée par les occupants de la voiture, y compris Walsh, puisque les jurés ont semblé croire le témoignage de Walton et ne pas croire celui de Walsh.

B. *La preuve produite au procès*

(1) L'arrivée de Walsh à Saint John

[15] Le lundi 11 août 1975, à 19 heures, Erin Walsh et son ami George Ferguson sont arrivés en voiture à Saint John. Ils arrivaient de Toronto et devaient se rendre à Halifax à bord de la Cadillac de Walsh. Walsh voyageait sous un nom d'emprunt, John Barbour, parce que des mandats pancanadiens établis à son vrai nom avaient été décernés contre lui. En route, ils s'étaient arrêtés à Montréal et avaient acheté une certaine quantité de méthamphétamine (cinq livres) que Walsh espérait vendre pendant ses déplacements. Lorsqu'ils sont arrivés à Saint John, ils ont bu dans plusieurs bars et se sont finalement retrouvés dans un [TRADUCTION] « bar clandestin ». C'est là qu'ils ont fait la connaissance de Donald MacMillan. Walsh a dit à MacMillan qu'il voulait acheter une arme de poing. MacMillan lui a proposé de le présenter à son ami, David Walton. Les trois hommes se sont alors rendus en voiture à l'appartement de Walton, au 202, rue Princess, où ce dernier vivait avec sa copine, Linda Goddard. Un de leurs amis intimes, Fred Cameron, était également présent. Ils ont tous consommé plus d'alcool.

[16] Le substitut du procureur général a prétendu qu'après avoir discuté de la possible vente d'une arme, ils se sont tous rendus en voiture, à minuit, à la ferme de la



famille Goddard, à Berwick, près de Sussex, au Nouveau-Brunswick. Walton et Linda Goddard sont entrés dans la maison de ferme et en sont ressortis avec un fusil de chasse à canon scié. Selon les témoins à charge, Walsh a acheté le fusil; il l'a payé 100 \$, dont 20 \$ ont été fournis par Ferguson. Pendant qu'ils retournaient chez Walton, Walsh a demandé à MacMillan d'immobiliser la voiture et il a alors tiré deux cartouches avec le fusil dans un champ désert. Après leur retour en ville et après qu'ils eurent encore bu, MacMillan a offert à Walsh et Ferguson un endroit où dormir. Ils ont passé la nuit chez la sœur de MacMillan, aux abords de la ville.

[17] Par contre, Walsh et Ferguson ont tous deux témoigné que Walsh n'a manifesté aucun intérêt pour le fusil et ne l'a pas acheté parce que c'est une arme de poing qu'il voulait. Voici le témoignage de Ferguson :

[TRADUCTION]

[Walton et Goddard] sont donc ressortis de la maison de ferme et Walton s'est rendu jusqu'à Walsh et lui a dit « veux-tu ceci? » et Walsh a dit « non, je n'en veux pas. Ce n'est pas ce que je cherchais ».

Ils ont tous deux nié que des coups de feu ont été tirés de la voiture pendant le trajet de retour.

(2) Le lendemain matin : l'achat des munitions et l'arrivée de Peters

[18] Dans la matinée du mardi 12 août 1975, Walsh, Ferguson et MacMillan se sont rendus en voiture à Saint John. Selon MacMillan, ils se sont arrêtés à la quincaillerie East End Hardware dans le centre commercial Towers afin d'acheter une boîte de balles et une boîte de grenaille pour le fusil. L'échange suivant a eu lieu entre l'avocat du ministère public et M. MacMillan :

[TRADUCTION]

Q. Bien. Alors, qu'avez-vous fait, si tant est que vous ayez fait quelque chose, avec cette boîte de balles et cette boîte de grenaille que vous avez achetées à cet endroit?

R. Je les ai données à M. Walsh.

Q. D'accord. Les avez-vous revues après les avoir données à M. Walsh?

R. Non. Je pense qu'il les a lancées dans la boîte à gants.

Q. Bien. Maintenant, qu'avez-vous fait ensuite?

R. Donc, à partir de là, nous sommes allés chez David.

La Cour : Pourriez-vous dire au jury - ou pourriez-vous lui demander, M<sup>e</sup> McCarroll, de quelle façon vous avez acheté la grenaille?

R. Eh bien, M. Walsh m'a donné 10 \$ et je suis entré et je l'ai achetée. Je la lui ai ensuite remise avec un peu de monnaie. Je pense que ça s'élevait à environ 9,30[\$].

[19] Walsh a nié que l'un ou l'autre de ces événements se fut produit. Selon sa version, ils sont tous entrés lorsqu'ils sont arrivés à l'appartement de Walton. Fred Cameron était présent cette fois-là aussi. Walsh a emmené MacMillan à la salle de bains et lui a remis un échantillon de la drogue qu'il avait achetée à Montréal. Ils ont discuté de certaines possibilités pour des opérations futures. Walsh avait entreposé le reste des stupéfiants dans sa voiture, dans une cachette secrète dissimulée dans le garnissage du siège arrière. Dans l'intervalle, ils sont allés à quelques reprises acheter plus d'alcool. Vers 11 heures, Melvin Eugene (« CheChe ») Peters, un ami de Walton et de MacMillan, est arrivé à l'appartement.

[20] Walton a témoigné que Walsh a commencé à faire des remarques racistes à Peters qui était noir. Walsh a nié que cela se fut produit, il a prétendu que l'atmosphère dans l'appartement était détendue et qu'il a fait des compliments à Peters sur son chapeau [TRADUCTION] « sel et poivre ». Toutes les personnes présentes se rappelaient qu'à un certain moment, une dispute avait éclatée entre Walton et Cameron. Walton a donné un coup de poing sur la bouche à Cameron, ce qui l'a fait saigner.

(3) L'excursion à la plage Tin Can

a) *La preuve du ministère public*

[21] À l'heure du déjeuner, Linda Goddard, qui était allée travailler, est rentrée à son appartement. Les hommes, à l'exception de Fred Cameron, sont allés à la plage Tin Can dans la voiture de Walsh. C'était Walsh qui conduisait. Ils ont traversé la voie ferrée du CN située près du rivage et ont stationné la voiture. Ils se sont ensuite rendus à pied jusqu'à la plage, laquelle était située à une distance d'environ cent verges. Ils ont continué à boire sur la plage. Walton et MacMillan ont témoigné que Walsh a alors [TRADUCTION] « recommencé » à faire des remarques racistes à Peters. Walsh a ensuite enlevé sa chemise et est entré dans l'eau. Aux dires de Walton et de MacMillan, Walsh, après être sorti de l'eau, a pointé le doigt en direction de Peters et a dit : [TRADUCTION] « Qu'est-ce qu'il fait ici? ». MacMillan a répondu que Peters était [TRADUCTION] « un bon gars », ce sur quoi Walsh a frappé MacMillan, le jetant à terre. Ferguson est intervenu. Peters a arraché sa propre chemise et a voulu se battre avec Walsh. Malgré ce compte rendu, Walton a ensuite dit que Walsh semblait [TRADUCTION] « content » lorsqu'ils sont tous retournés à sa voiture.

[22] Au procès, on a fait lecture au jury du témoignage sous serment que Peter Thompson, qui s'est décrit lui-même comme étant ludothérapeute et qui était en vacances à Saint John, a rendu à l'enquête préliminaire. Ce dernier a aperçu le groupe d'hommes en question pendant qu'il marchait sur la plage. Ils buvaient et parlaient fort. Il a vu Walsh enlever sa chemise et entrer dans l'eau. Walsh est revenu sur la plage et a demandé à MacMillan et Walton pourquoi ils se trouvaient en compagnie de Peters. Il a vu Walsh jeter MacMillan à terre d'un coup. Les cinq hommes sont ensuite revenus de la plage et sont montés dans la voiture. Thompson n'a rien dit à propos du fait qu'il aurait vu un des hommes courir le long de la plage et remonter en direction des cheminots. Le témoignage de Thompson appuyait donc en grande partie les dires de Walton et MacMillan.

b) *Le témoignage de Walsh*

[23] Le récit que Walsh a fait des événements qui se sont déroulés après leur arrivée à la plage était différent de celui des autres témoins. Il a témoigné que pendant qu'il était dans l'eau, il a vu que le couvercle du coffre arrière de la Cadillac était levé (ce qui nécessitait l'utilisation d'une clef). Il a regagné la rive à pied et a fouillé dans la poche de sa chemise pour vérifier si les clefs de sa voiture s'y trouvaient. Voici son témoignage :

[TRADUCTION]

R. Mais au moment où j'ai pris ma chemise pour voir si mes clefs se trouvaient toujours dans la poche, j'ai remarqué que tout ce que j'avais mis dans ma chemise, sauf ma montre, avait disparu et que Che-Che Peters et Donald McMillan venaient tout juste de redescendre des rochers, qui étaient dans la même direction que ma voiture.

Q. Qu'avez-vous fait à ce moment-là?

R. Je me suis mis en colère parce que je pensais qu'ils essayaient de me voler.

[24] Walsh s'est approché de MacMillan. MacMillan, Walton et Peters [TRADUCTION] « se sont rués sur lui ». Walsh a été cloué au sol, Peters étant assis sur sa poitrine.

[TRADUCTION]

[Peters] était assis sur moi à califourchon et il avait enroulé une chemise autour du fusil de chasse à canon scié, fusil qu'il appuyait sous mon menton, de cette manière, et j'ai remarqué que les chiens étaient tous deux en position. Je ne savais pas si le fusil était chargé, mais je n'allais courir aucun risque.

[25] Les hommes l'ont sommé de leur dire où se trouvaient sa drogue et son argent. Walsh leur a dit que la drogue était dissimulée dans la voiture et qu'il y avait 800 \$ dans la boîte à gants. Quelqu'un a alors enlevé Peters de sur lui. Walsh s'est enfui

en courant le long de la plage pendant que Peters le pourchassait et menaçait de le tuer. Soit Walton soit MacMillan a crié à Peters de s'arrêter et de revenir.

[26] Walsh a gravi en courant un remblai rocheux pour aller retrouver des hommes qui travaillaient sur les voies du CN.

[TRADUCTION]

R. J'ai juste continué à courir. J'ai gravi le remblai en courant et je portais une paire de sandales, semblables à des mocassins, et c'était très difficile. Mes pantalons étaient trempés et je déboulais et je glissais sans cesse en montant et j'ai réussi à tomber sur quatre hommes qui travaillaient sur la voie du CN et je leur ai dit que des gens me couraient après et que j'aimerais qu'ils appellent la police. Il semble qu'ils ont pensé que j'étais ivre et je l'étais probablement.

Q. Où êtes-vous allé à partir de là?

R. Un de ces types m'a conduit jusqu'au fourgon de queue, la cabine du train, la locomotive. Nous avons grimpé sur la locomotive. Il a grimpé en premier et je l'ai suivi.

Q. Est-ce que vous êtes retourné à la voiture, ensuite?

R. Après qu'on eut fait venir la police.

[27] Finalement, Ferguson est arrivé et a assuré Walsh que la situation s'était [TRADUCTION] « calmée » et que les hommes avaient [TRADUCTION] « seulement voulu plaisanter » avec lui. Ensemble, ils se sont rapidement dirigés vers la voiture de Walsh. Toutefois, ils ont été interceptés par les trois autres hommes qui étaient accourus depuis la plage et qui ont forcé Walsh à monter dans la voiture. Peters portait le fusil et il le [TRADUCTION] « brandissait ».

[28] Ferguson a prétendu n'avoir aucun souvenir des événements qui sont survenus à la plage. Il a essentiellement prétendu avoir un trou de mémoire en ce qui

concernait la période écoulée après le moment où ils ont quitté l'appartement de Walton pour se rendre à la plage. Des éléments de preuve ont établi qu'il y avait eu consommation d'une quantité extraordinaire d'alcool et cela pourrait notamment expliquer pourquoi Ferguson n'avait aucun souvenir des événements.

[29] On a demandé à Walton et à MacMillan si les événements décrits par Walsh s'étaient produits. Voici le témoignage que Walton a rendu en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous vu Walsh aller jusqu'à la locomotive?

R. Je dirais que non.

[...]

Q. Mon opinion est que la véritable raison de cet incident à la plage Tin Can était que M. MacMillan, Peters et vous croyiez que Walsh avait du « speed », et vous avez tout d'abord essayé de démonter la voiture pour vous en emparer et ensuite vous l'avez intimidé pour le lui prendre?

R. Non. Pas du tout. Certainement pas.

Q. Vous ne saviez rien et vous dites que vous n'avez pas fait monter Walsh de force sur le siège avant de la Cadillac?

R. Absolument pas.

MacMillan s'est montré évasif dans sa réponse à la question concernant la fuite de Walsh en direction de l'équipe du CN :

[TRADUCTION]

Q. Bien, avez-vous vu une locomotive du CN dans les environs?

R. Eh bien, il y avait un train qui passait ou quelque chose du genre.

Q. M. Walsh a-t-il essayé de se rendre jusqu'au train?

R. Pourquoi? Je ne sais pas.

La Cour : Ne posez surtout pas de questions.

R. Non, je ne l'ai pas vu se diriger vers un train, non. [...]

Q. Qui a pris la décision de retourner à l'appartement?

R. Je pense que c'est moi.

Q. Quels mots avez-vous employés?

R. « Allons-nous-en d'ici ». Je crois que David a dit : « Je pense que quelqu'un a appelé la police, à bord de ce train, ou a fait quelque chose, allons-nous-en d'ici ». Il a dit : « Allons-nous-en d'ici ».

Q. Savez-vous qui a fait venir la police?

R. Non.

(4) La mort de CheChe Peters

[30] Donald MacMillan conduisait la voiture de Walsh lorsqu'ils ont quitté la plage. Walsh prenait place sur le siège avant, entre MacMillan et Walton. Peters et Ferguson étaient assis à l'arrière.

a) *Les versions de Walton et de MacMillan*

[31] David Walton a décrit la fusillade en ces termes :

[TRADUCTION]

R. [...] Che Che ne portait pas de chemise et Walsh non plus. J'étais assis en arrière et Donny [MacMillan] se concentrait sur la conduite. Il était

joliment paf. Il est prudent au volant, surtout en ville. Et ensuite, ce type, Walsh, il se penche en avant, pour fumer probablement, c'est ce que j'ai pensé à ce moment-là...

Q. Il s'est penché en avant où?

R. Vers le tableau de bord de la voiture.

Q. Dites-nous ce qui s'est passé?

R. Ensuite, tout ce que j'ai vu, c'est un objet argenté qui est passé à côté de M. MacMillan, et c'était comme ça : Il a tiré, juste comme ça.

Q. Avez-vous vu ce que M. Walsh avait dans la main, s'il avait quelque chose, lorsque vous dites que le coup est parti?

R. Le fusil que je lui ai vendu.

Q. Où le fusil était-il braqué juste avant le premier coup?

R. Vers M. MacMillan. C'est arrivé tellement vite, vous savez. Je ne pouvais pas le croire.

Q. Quand le premier coup est parti, où était-il braqué - sur qui?

R. Directement sur M. Peters.

Q. Est-ce que M. Walsh a dit quelque chose avant d'appuyer sur la détente?

R. Absolument rien.

Q. Vous dites qu'il s'est penché en avant, qu'un objet argenté est passé, qu'il l'a braqué directement sur M. Peters et qu'il a tiré?

R. Oui, juste comme ça.

Q. Qu'est-ce qui s'est passé ensuite?

R. Il y a eu deux coups...



Q. Pardon?

R. ... un après l'autre. Le premier a atteint Che Che et il a dit « oh, Donny », et il y a eu un coup dans l'auto et M. MacMillan a saisi le fusil et le deuxième coup est parti.

La porte arrière du côté du conducteur s'est ouverte et Peters est tombé sur la chaussée. Walsh a dit à MacMillan : [TRADUCTION] « Conduis. Va! » et il a ouvert le fusil en deux pour essayer d'en sortir les cartouches vides et de recharger l'arme.

[32] Le témoignage de MacMillan a été vague tant pendant l'interrogatoire principal que pendant le contre-interrogatoire en ce qui concerne les événements qui se sont déroulés dans la voiture. Il n'a pas corroboré le témoignage de Walton selon lequel Walsh s'était penché pour prendre le fusil qui était sous le siège de la voiture et avait fait feu directement sur Peters. Voici le souvenir que MacMillan avait gardé des événements survenus dans la voiture :

[TRADUCTION]

Q. D'accord et ensuite, qu'est-ce que vous dites avoir entendu?

R. Je remontais la rue Sydney lorsque j'ai simplement entendu un grand bruit juste à côté de mon oreille et j'ai entendu des sons de cloches. J'ai été complètement sonné pendant une minute. Je ne savais pas si j'avais été tiré ou ce qui se passait. Et alors j'ai entendu une autre détonation tout de suite après et de là, j'ai simplement ...

Q. Vous rappelez-vous avoir entendu quelqu'un dire quelque chose après cela?

R. Bien, j'ai entendu quelqu'un dire [« accélère »], mais quand j'ai entendu le premier coup, j'ai dit « Jésus, ce gars-là tire sur les édifices ou quelque chose », et ensuite, j'ai entendu le deuxième coup et ChiChi a dit « oh, Donny ».

Q. ChiChi a dit « oh, Donny ».

R. J'ai entendu le premier coup, puis il a dit « oh, Donny » et j'ai pensé en premier, quand j'ai entendu le coup - là j'essaie de comprendre ce qui se passe et j'ai pensé que le gars tirait par la vitre sur les édifices ou quelque chose et il était 3 h de l'après-midi, 2 h 30, et il faisait soleil, sur quoi est-ce qu'il pouvait bien tirer. J'ai donc cru qu'il devait tirer sur des édifices. Je n'arrivais pas à penser, hein. Et ensuite ChiChi a dit « oh, Donny ». Je me suis donc dit « Jésus » dès qu'il a dit « oh, Donny », et ensuite, j'ai entendu une voiture de police, hein, et j'ai dit « Jésus, ce gars-là tire sur une voiture de police », et je me suis ensuite dit « il y a quelque chose qui cloche, il tire sur une voiture de police », vous savez et j'ai pensé qu'on ne s'en sortirait pas, parce que j'ai d'abord pensé qu'il tirait sur des édifices puis j'ai pensé qu'il tirait sur une voiture de police et ensuite j'ai entendu quelqu'un dire [« accélère »] et c'est à ce moment-là que j'ai entendu la sirène. Je me suis alors dit que la plaisanterie était terminée. Je me suis donc immédiatement rangé sur le côté.

À notre avis, ce témoignage est extrêmement important parce que Walsh n'aurait jamais pu être déclaré coupable sur la foi du seul témoignage de MacMillan, mais il aurait pu l'être sur la foi du seul témoignage de Walton. En fait, le témoignage de Walton était un élément crucial de la preuve du ministère public puisque c'est le seul témoignage qui fait état d'un scénario compatible avec une intention de tuer susceptible d'étayer un verdict de meurtre.

c) *Le témoignage de Walsh*

[33] Walsh a témoigné qu'on l'avait fait monter sur le siège avant de sa voiture sous la menace d'un fusil et qu'on l'avait obligé à prendre place entre Walton et MacMillan. MacMillan, Walton et Peters ont discuté de ce qu'ils devaient faire de lui, MacMillan s'étant dit d'avis qu'ils devaient [TRADUCTION] « en quelque sorte se débarrasser de lui ». Ils ont décidé de se diriger vers la campagne. Peters a appuyé le fusil sur la nuque de Walsh et a dit : [TRADUCTION] « Faisons-lui sauter la cervelle ici, tout de suite ». Walsh a ainsi décrit la suite des événements dans son témoignage :

[TRADUCTION]

R. Walton était assis face à moi et il avait les deux genoux pressés contre les miens. J'ai lentement levé le bras pour le glisser derrière le siège. Quelqu'un a distrait Peters, et je pense que [le fusil de chasse] est venu reposer sur mon bras et je m'en suis alors saisi. À ce moment-là, Donald MacMillan a complètement perdu la maîtrise du véhicule et il s'est brusquement tourné vers la droite et a pris part à la lutte, c'était une lutte à trois, et c'est alors que le coup est parti. Je n'ai moi-même entendu qu'un seul coup. Il est certain que j'ai temporairement été en état de choc. Je ne savais même pas que Peters avait été atteint.

Q. À quelle vitesse roulait la voiture?

R. Je pouvais voir en regardant par la lunette arrière que nous allions d'un côté de la route à l'autre. Je pouvais voir la voiture de police derrière nous.

En contre-interrogatoire, Walsh a témoigné qu'il pensait que le fusil avait abouti dans les mains de MacMillan.

[34] La chose dont Walsh a ensuite pris conscience a été une sirène de police. Walton a ouvert une boîte de cartouches et il allait les jeter par la fenêtre. La voiture a parcouru neuf pâtés de maisons et s'est immobilisée. Les policiers les ont tous arrêtés et conduits dans des cellules au poste de police de Saint John.

[35] En résumé, le témoignage de Walsh laissait entendre que le coup était parti pendant que MacMillan, Walton, Peters et lui luttèrent pour s'emparer du fusil. Selon le récit que Walton a fait de cette lutte, le fusil s'est trouvé en la possession de MacMillan à la fin de la bagarre. Walsh a dit la même chose dans son témoignage. MacMillan lui-même n'a jamais reconnu s'être trouvé en possession de l'arme. Comme nous l'avons vu, le témoignage de Ferguson n'a que peu de valeur aux fins du règlement des questions factuelles dans cette affaire. Il a prétendu qu'il dormait et qu'il ne s'est

réveillé que lorsqu'il a entendu le coup de feu – [TRADUCTION] « une détonation ». À ce moment-là, il a vu Peters debout ou penché sur le siège de la voiture.

(v) *Le témoignage de deux policiers qui ont été témoins oculaires*

[36] Les détectives Cossaboom et Ingram, qui répondaient à un appel, ont remarqué la voiture de Walsh qui zigzaguait en travers de la route. Ils l'ont suivie et ne se trouvaient qu'à une distance de soixante à soixante-quinze pieds derrière celle-ci lorsqu'ils ont entendu un coup de feu. La voiture s'est momentanément arrêtée et Peters en est tombé. Il s'est levé, s'est rendu en chancelant jusqu'à la voiture de police, a ouvert la porte arrière et est tombé en travers de la banquette. Les policiers ont pris la voiture de Walsh en chasse, ont obligé le conducteur à l'immobiliser et ont arrêté les quatre occupants restants. Peters a été conduit à un hôpital situé non loin de là où il est décédé, dans la demi-heure, d'une blessure par balle au thorax.

(vi) *La preuve matérielle*

[37] On peut faire le résumé suivant de la preuve matérielle et médico-légale que le ministère public a produite au procès :

- Immédiatement après la fusillade, la police a retrouvé le fusil, la culasse ouverte et les douilles enlevées, sur le plancher à l'avant de la voiture, du côté du passager. Deux coups avaient été tirés. Une balle s'était logée dans le toit de la voiture et l'autre, dans la poitrine de M. Peters. Il y avait des cartouches un peu partout dans la voiture et les deux douilles se trouvaient sur le plancher à l'arrière; le mécanisme d'extraction du fusil ne fonctionnait pas. La personne, quelle qu'elle soit, qui a extrait les douilles du fusil a été obligée de les retirer de la chambre avec la main.
- La preuve donnait à penser que la bouche du fusil était à trois pieds ou plus de la poitrine de M. Peters lorsque la balle qui l'a tué a été tirée.

- On a trouvé les empreintes de M. Walsh sur la culasse du fusil.
- On n'a pas trouvé de méthamphétamine (ni d'autres drogues) dans la voiture.
- La trace laissée par la balle dans le corps de M. Peters allait de la partie supérieure gauche du thorax vers le bas et vers la droite et traversait le foie et le rein droit.
- De fausses pièces d'identité établies au nom de John Barbour ont été trouvées dans la voiture. Walsh vivait dans la délinquance en 1975. Des mandats pancanadiens avaient été décernés contre lui et il utilisait le nom d'emprunt Barbour au moment de son arrestation.

C. *La nouvelle preuve*

[38]

La preuve non divulguée qui a été retrouvée aux Archives est substantielle tant sur le plan de la quantité que sur celui de la qualité. Les éléments de preuve les plus importants proviennent des dossiers où sont consignées des conversations qu'ont eues, pendant qu'ils étaient surveillés, MacMillan et Walton dans le bloc cellulaire du poste de police. Leurs conversations tendaient à inculper MacMillan et à disculper Walsh. Les policiers ont surpris des discussions entre MacMillan et Walton, dont ils ont noté la teneur, au cours desquelles ceux-ci avaient envisagé différentes versions des événements survenus plus tôt dans l'après-midi, ce qui montrait qu'ils avaient tenté d'inventer une histoire dont ils pourraient se servir pour convaincre les policiers et se soustraire à toute culpabilité. Il y avait des dépositions non divulguées faites par des témoins-clés du ministère public, dont MacMillan et Walton, qui auraient pu être utilisées pour saper leur crédibilité au procès. De plus, la déposition d'un dénommé Joseph Valardo mettait en doute la prétention du ministère public selon laquelle Walsh avait acheté le fusil de Walton la veille de la fusillade. D'autres éléments de preuve versés aux Archives étayaient certains aspects du témoignage que Walsh a rendu au procès et qui n'avaient

pas été corroborés pendant le procès. Finalement, les Archives contenaient les dépositions de sept employés du CN (dont Maurice McGinnis) qui établissaient toutes que Walsh avait dit la vérité lorsqu'il avait prétendu s'être enfui de la plage pour trouver de l'aide et établissaient la fausseté des démentis des témoins, Walton et MacMillan, ainsi que du touriste américain Thompson, selon lesquels cet événement ne s'était jamais produit.

D. *Les dispositions législatives*

[39]

Les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont les suivantes :

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction [...] the court of appeal

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [...] la cour d'appel :

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

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

[...]

[...]

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas :

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquiescement;

(b) order a new trial.

b) ordonne un nouveau procès.

[...]

[...]

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

### III. Les questions à trancher dans le cadre de l'appel

[40]

Le ministre de la Justice fédéral a renvoyé la cause de M. Walsh devant notre Cour pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par M. Walsh sur la question des nouvelles preuves. M. Walsh a invoqué une liste de nouvelles preuves dans le cadre de l'appel, preuves qui, a-t-il prétendu, se trouvaient toutes en la possession du ministère public au procès mais n'ont pas été divulguées à la défense et n'ont pas été soumises à l'appréciation du jury. Conformément à l'al. 683(1)d) et au ss-al. 686(1)a)(iii) du *Code criminel* et conformément aux décisions de la Cour suprême dans les arrêts *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, [1998] A.C.S. n° 17 (QL), *R. c. Taillefer*; *R. c. Duguay*, [2003] 3 R.C.S. 307, [2003] A.C.S. n° 75 (QL), 2003 CSC 70, et *Palmer c. la Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL), M. Walsh a fait valoir que les éléments de preuve non divulgués devraient être admis en preuve et sa déclaration de culpabilité, annulée. M. Walsh a également prétendu que, conformément à l'al. 686(2)a) du *Code*, la Cour devrait ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement relativement à l'acte d'accusation.

[41]

Voici la liste des nouveaux éléments de preuve dont M. Walsh et l'avocat du ministère public ont, par consentement, reconnu qu'ils devaient être examinés par notre Cour lors de l'audition de l'appel :

1. Les rapports de police des agents suivants :

- Rapport du détective Titus daté du 12 août 1975
- Rapport du détective Boyce daté du 12 août 1975
- Rapport du détective Elward daté du 12 août 1975

- Rapport du détective Ward daté du 13 août 1975
  - Rapport de l'agent MacCready daté du 13 août 1975
2. Une lettre d'Eric Teed à Sean MacDonald, datée du 2 mars 2007.
  3. Les dépositions des témoins suivants, tous employés du CN :
    - Merle Linkletter (12 août 1975)
    - Kenneth Cuthbertson (12 août 1975)
    - John Meagher (12 août 1975)
    - George Finley (12 août 1975)
    - Frederick McIntyre (12 août 1975)
    - Arthur Hughes (12 août 1975)
    - Maurice McGinnis (13 août 1975)
  4. Les rapports de police suivants concernant les employés du CN :
    - Rapport de l'agent Van Wart daté du 12 août 1975
    - Rapport de l'inspecteur O'Toole daté du 12 août 1975
  5. L'affidavit de M<sup>e</sup> MacCallum fait sous serment le 17 février 1982
  6. Une lettre du substitut du procureur général à H. Hazen Strange, datée du 6 juin 1980
  7. Les déclarations de David Walton et rapports de police connexes suivants :
    - Déposition du 12 août 1975
    - Déposition du 13 août 1975
    - Rapport de l'agent McGrath daté du 15 août 1975
    - Rapport de J. F. Ross daté du 19 août 1975
  8. La déposition de Donald MacMillan datée du 12 août 1975
  9. La déposition de Joseph Valardo daté du 13 août 1975
  10. Le rapport de police du sergent-détective Stewart daté du 13 août 1975



11. Une déclaration que Peter Thompson a faite à la police le 19 août 1975
12. Le rapport de police de l'inspecteur O'Toole daté du 12 août 1975
13. Le rapport du détective Fudge daté du 19 août 1975
14. L'affidavit que l'appelant a fait sous serment le 10 mars 1982
15. Une lettre de l'appelant à M<sup>e</sup> Bray datée du 24 septembre 2001
16. Le rapport du laboratoire judiciaire de la GRC (section de la toxicologie) daté du 4 septembre 1975 présenté par M. J.A. Blakely, et un rapport de police connexe du détective Watson daté du 12 août 1975
17. Le rapport du laboratoire judiciaire de la GRC (section des armes à feu) daté du 20 août 1975 et présenté par le caporal J.A.G. Lapierre

[42] Dans une instance où il s'agit d'un appel d'une déclaration de culpabilité fondé sur l'existence de nouvelles preuves, la procédure que l'appelant suit ordinairement consiste à déposer une demande en vue de présenter une nouvelle preuve à l'appui d'un moyen d'appel. Habituellement, le principe du contradictoire entre en jeu dans une telle procédure et en général, le ministère public conteste l'admissibilité de la preuve en question en invoquant les quatre principes suivants qui se dégagent de l'arrêt *Palmer c. la Reine* :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : voir *McMartin c. La Reine* [[1964] R.C.S. 484, [1964] A.C.S. n° 28 (QL)].

- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) Elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[43] Ainsi, dans un cas classique, le ministère public prétend souvent que la Cour ne devrait pas recevoir la preuve présentée soit parce qu'elle était disponible et que l'accusé ou son avocat n'ont pas fait preuve d'une diligence raisonnable aux fins de l'obtenir, soit parce que la preuve ne porte pas sur une question potentiellement décisive quant au procès, soit parce qu'elle n'est pas plausible en ce sens qu'on ne peut raisonnablement y ajouter foi, soit, finalement, parce que même si l'on y ajoutait foi, elle n'est pas telle qu'elle aurait influé sur le résultat. Dans une instance de ce genre, il incombe à l'appelant de convaincre la Cour que la preuve n'était pas disponible ou que si elle l'était, il a exercé une diligence raisonnable aux fins de l'obtenir, que la déposition est pertinente et plausible et qu'elle aurait probablement influé sur le résultat. Si, à la suite d'une audience visant à statuer sur son admissibilité, la Cour détermine qu'elle est admissible parce qu'elle satisfait aux critères énoncés dans l'arrêt *Palmer*, la Cour doit trancher l'appel en tenant compte de la nouvelle preuve dans le cadre de la preuve dans son ensemble.

[44] Dans un renvoi fait en vertu de l'art. 696.1 du *Code*, notre Cour tiendrait normalement une audience afin de statuer sur l'admissibilité en appliquant les principes énoncés dans l'arrêt *Palmer* et si elle décidait que la preuve présentée était admissible, elle déterminerait ensuite s'il y a eu erreur judiciaire en tenant compte de la nouvelle preuve dans le cadre de la preuve dans son ensemble. Elle prendrait ensuite une décision sur la réparation appropriée.

[45] La présente instance est devenue exceptionnelle lorsque, relativement au renvoi devant notre Cour fait conformément à l'art. 696.1, le ministère public est devenu

partie à la motion en vue de l'admission de preuves nouvelles et a reconnu, premièrement, que M. Walsh a été victime d'une erreur judiciaire, deuxièmement, qu'il a été condamné à tort et troisièmement, qu'il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que notre Cour assujettisse les nouvelles preuves présentées aux critères énoncés dans l'arrêt *Palmer*. Nous sommes donc fondés, « dans l'intérêt de la justice », à recevoir la preuve produite à titre de nouvelle preuve admissible et à conclure que considérée conjointement avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle révélerait que M. Walsh a été victime d'une erreur judiciaire.

[46] La seule objection du ministère public relativement au présent appel concerne la réparation. C'est là la seule question en litige qui a été débattue lors de l'audition du renvoi. L'avocat du ministère public presse notre Cour de prononcer la suspension judiciaire de l'instance conformément au par. 686(8) du *Code*. Il prétend que les facteurs suivants militent contre l'acquittement : (1) M. Walsh a fait certains aveux; (2) il a fait des déclarations incompatibles; (3) certain faits sont susceptibles d'explications différentes; et (4) il y a un manque flagrant d'éléments de preuve qui établiraient que M. Walsh est réellement, ou en fait, innocent du meurtre de M. Peters.

[47] Il faut souligner que les deux parties ont rejeté la réparation qui consiste à ordonner un nouveau procès. Elles s'entendent pour reconnaître qu'un nouveau procès serait improbable pour un certain nombre de raisons, les plus importantes étant que le principal témoin à charge, M. Walton, est décédé (quoique le ministère public ait laissé entendre dans le cadre de son argumentation que l'on pourrait faire lecture au jury du témoignage qu'il a rendu au procès si le juge en décidait ainsi conformément à l'art. 715 du *Code*) et que M. Walsh est atteint d'un cancer terminal. Chose tout aussi importante, le ministère public a souligné que les policiers qui ont entendu les conversations entre M. Walton et M. MacMillan étaient soit décédés soit trop malades pour témoigner. Toutefois, il n'est pas logique que le ministère public prétende qu'il ne sollicite pas une ordonnance prescrivant un nouveau procès mais sollicite la suspension de l'instance. En l'absence d'une ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès, il n'y a rien à

suspendre (voir l'arrêt *Truscott, Re* (2007), 226 O.A.C. 200, [2007] O.J. No. 3221 (QL), 2007 ONCA 575, au par. 246.)

#### IV. Les réparations possibles

##### A. *La déclaration d'innocence réelle*

[48] La déclaration d'innocence réelle n'est pas une réparation qui existe en droit canadien. Dans l'arrêt *R. c. Mullins-Johnson* (2007), 87 O.R. (3d) 425, [2007] O.J. No. 3978 (QL), 2007 ONCA 720, la Cour d'appel de l'Ontario a eu l'occasion d'examiner la compétence qu'elle aurait d'accorder une déclaration d'innocence réelle dans le cadre d'un renvoi fait sous le régime de l'art. 696.3 du *Code* :

[TRADUCTION]

Tout comme le procès criminel n'est pas un mécanisme qui se prête à une déclaration d'innocence réelle, une cour d'appel, qui tire sa compétence d'un texte législatif, n'a pas compétence pour faire, en droit, une déclaration officielle d'innocence réelle. Le fait que nous entendions la présente affaire à la suite d'un renvoi fait en vertu du ss-al. 696.3(3)a)(ii) du *Code criminel* ne nous confère pas cette compétence.

##### B. *La suspension de l'instance*

[49] Au lieu d'accorder l'acquittement, la Cour pourrait annuler la déclaration de culpabilité initiale, ordonner un nouveau procès et ensuite, inscrire la suspension de l'instance pour le motif que la non-divulgaration de certains éléments de preuve au procès initial de la personne dont la condamnation est injustifiée a constitué un abus de procédure. Dans quelles circonstances la suspension de l'instance est-elle indiquée? Quelle incidence a-t-elle?

[50] Comme l'a dit la Cour suprême du Canada au par. 75 de l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, [1995] A.C.S. n° 98 (QL), la suspension de l'instance,

ou l'arrêt des procédures, est indiquée lorsque les deux conditions suivantes sont remplies :

- (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

[51] La première considération énoncée dans l'arrêt *O'Connor* reflète le caractère prospectif plutôt que rétroactif de la suspension de l'instance : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, [1997] A.C.S. n° 82 (QL), au par. 91. Étant donné son caractère prospectif, la suspension de l'instance, ou des procédures, « vise à empêcher que ne se perpétue une atteinte qui, faute d'intervention, continuera à perturber les parties et la société dans son ensemble à l'avenir » : *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, [2002] A.C.S. n° 14 (QL), 2002 CSC 12, au par. 54.

[52] La deuxième considération énoncée dans l'arrêt *O'Connor* reconnaît que la suspension est une réparation exceptionnelle qui empêche la poursuite des procédures lorsque la conduite reprochée est si flagrante et si grave que « le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » : *Tobiass*, au par. 91.

[53] À la lumière de ces deux conditions, la suspension de l'instance a donc une incidence tout à fait différente de celle de l'acquiescement. Dans l'affaire *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, [1985] A.C.S. n° 53 (QL), le point principal en litige était de savoir si une suspension judiciaire d'instance est « un jugement ou verdict d'acquiescement d'une cour de première instance » dont le ministère public peut interjeter appel auprès de la cour d'appel en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. L'intimé était accusé d'avoir fait le trafic illégal de cannabis (marijuana). Il avait plaidé non coupable à cette accusation. Il avait été jugé par un juge siégeant avec jury. Il avait reconnu avoir vendu une livre de marijuana, mais avait déclaré que c'était un collègue de travail, qui était un indicateur de police, qui l'avait convaincu de la vendre à un faux client, un agent

d'infiltration. Le jury avait conclu qu'il y avait eu provocation policière et la Cour a donc inscrit une suspension d'instance relativement à l'acte d'accusation. Le juge en chef Dickson a examiné la définition de la suspension d'instance, au par. 27 :

Une suspension d'instance est un arrêt des procédures judiciaires ordonné par un tribunal. Selon la définition qu'en donne le *Black's Law Dictionary* (5<sup>e</sup> éd. 1979), il s'agit d'une sorte d'ordonnance par laquelle un tribunal fige ses procédures en un point donné, en arrêtant complètement la poursuite de l'action ou en suspendant l'une ou l'autre de ses phases. Une suspension peut vouloir dire que les procédures sont suspendues en attendant que l'une des parties accomplisse un acte qu'elle doit accomplir comme, par exemple, lorsqu'un non-résident a reçu l'ordre de fournir caution pour les dépens. Dans certaines circonstances toutefois, une suspension peut signifier l'arrêt total ou la suspension permanente de l'instance.

[54] Après avoir fait état de la controverse que la question de savoir si une suspension d'instance équivaut à un verdict d'acquittement avait suscitée dans les tribunaux d'appel provinciaux, le juge en chef Dickson a tiré les conclusions suivantes aux par. 55 et 56 :

Correctement interprété, l'al. 605(1)a) du *Code* exige, pour déterminer si une suspension d'instance constitue un jugement ou verdict d'acquittement, que nous considérions le fond de l'action du juge du procès et non l'étiquette qu'il utilise pour statuer sur l'affaire. C'est le fond et non la forme qui doit importer. Quels que soient les termes utilisés, le juge a voulu rendre une ordonnance définitive concernant l'accusation portée contre l'intimé. Si l'ordonnance de la cour met définitivement un terme aux procédures en faveur de l'accusé, je suis alors d'avis que, peu importe la terminologie utilisée, elle équivaut à un jugement ou verdict d'acquittement dont Sa Majesté peut par conséquent interjeter appel.

Nous nous intéressons en l'espèce à une suspension d'instance fondée sur un abus de procédure commis par la poursuite. Même si une telle suspension d'instance entraîne le même résultat qu'un acquittement et même si elle a pour

effet de trancher les questions en litige de façon définitive au point de justifier un plaidoyer d'autrefois acquit, elle ne doit être assimilée à un acquittement qu'aux seules fins de permettre à la poursuite d'interjeter appel. Ces deux concepts ne sont par ailleurs pas assimilables. La suspension d'instance pour abus de procédure est accordée au lieu d'un acquittement lorsque, sur le plan du fond, il se peut que l'accusé ne mérite pas d'être acquitté, et que la poursuite est incapable d'obtenir une déclaration de culpabilité en raison de l'abus de procédure qu'elle a commis. Aucun examen du fond de l'affaire, c'est-à-dire de la question de savoir si l'accusé est coupable indépendamment d'un examen de la conduite de la poursuite, n'est nécessaire pour justifier une suspension. En l'espèce, l'accusé a reconnu avoir vendu une livre de marijuana à un faux client qui était un agent de police. Un examen portant sur le fond aurait nécessairement entraîné un verdict de culpabilité. En l'espèce, la suspension a pour effet d'empêcher l'examen portant sur le fond de crainte qu'une déclaration de culpabilité ne soit prononcée dans des circonstances susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice.

[55] Lorsque la suspension de l'instance est ordonnée, on peut dire que l'accusation « pèse encore sur l'accusé » bien qu'« elle ne [puisse] être poursuivie devant aucune cour » : *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, [1982] A.C.S. n° 72 (QL), à la p. 457. Au par. 53 de l'arrêt *Regan*, le juge LeBel, qui rendait jugement au nom de la majorité, a rappelé le caractère prospectif, mais néanmoins non décisif, de la suspension de l'instance :

Les accusations suspendues ne pourront jamais faire l'objet de poursuites; la présumée victime ne sera jamais capable de se faire entendre en justice; la société sera privée à jamais de la possibilité de faire trancher l'affaire par le juge des faits.

[56] Parce que la suspension de l'instance laisse certains stigmates, elle est davantage indiquée à titre de mesure de réparation provisoire qu'à titre de mesure de réparation définitive sous le régime de l'art. 696 : l'enquête Driskell [*Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James*

[TRADUCTION]

La suspension de l'instance peut laisser au public l'impression que l'accusation est tout simplement « reportée à plus tard » ou que les « autorités », au sens large, croient toujours dans la validité de l'accusation. Cette impression est susceptible de s'amplifier lorsque, comme c'est le cas dans cette affaire, l'accusé avait déjà été condamné et avait passé des années en prison avant que son appel soit accueilli.

C. *L'acquittement*

[57] S'il n'est pas indiqué d'ordonner un nouveau procès pour ensuite suspendre l'instance, l'acquittement reste la seule réparation disponible dans les circonstances qui nous occupent. La Cour d'appel de l'Ontario a énoncé les conditions qui régissent l'inscription de l'acquittement dans l'arrêt *Re Truscott*, aux par. 246 à 249 :

[TRADUCTION]

Lorsqu'une déclaration de culpabilité est annulée en appel, le par. 686(2) du *Code criminel* énonce deux mesures de réparation possibles : la cour d'appel peut soit ordonner l'inscription d'un acquittement, soit ordonner un nouveau procès. Si la cour ordonne un nouveau procès, le pouvoir résiduel qui lui est conféré au par. 686(8) l'autorise à ordonner également la suspension de ce nouveau procès. La suspension est ordonnée dans les situations où un nouveau procès, bien que justifié d'après la preuve, serait manifestement injuste pour l'appelant.

On a relativement peu écrit à propos des principes qui orientent l'exercice du pouvoir réparateur discrétionnaire énoncé au par. 686(2). Il est manifeste que si la cour d'appel est convaincue, en s'appuyant sur le dossier d'instruction auquel s'ajoutent les nouvelles preuves,



qu'aucun jury raisonnable ne pourrait prononcer une déclaration de culpabilité, la cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire aux fins d'ordonner l'acquittement. L'acquittement est la seule ordonnance appropriée dans une situation de ce genre parce qu'une déclaration de culpabilité prononcée à l'issue d'un nouveau procès serait vraisemblablement annulée parce qu'elle constituerait un verdict déraisonnable. Une cour d'appel n'ordonne pas un nouveau procès pour donner au ministère public la possibilité d'établir le bien-fondé de ses prétentions contre l'appelant lorsque, en l'état des choses à la fin de l'instance devant la cour d'appel, aucun jury raisonnable ne pourrait prononcer une déclaration de culpabilité.

Sauf dans les cas où l'acquittement est obligatoire, la façon dont une cour d'appel doit exercer son pouvoir réparateur est plus incertaine. En règle générale, si la cour d'appel est convaincue qu'à la fin de l'appel, le dossier dans son ensemble laisse entrevoir une possibilité raisonnable de condamnation lors d'un second procès, la cour d'appel ordonnera un nouveau procès.

Il est arrivé, toutefois, qu'une cour d'appel inscrive un acquittement même lorsqu'il existait des preuves raisonnablement susceptibles d'étayer une déclaration de culpabilité lors d'un nouveau procès. Par exemple, des acquittements ont été inscrits dans des cas où l'appelant avait complètement purgé sa peine ou avait déjà subi plusieurs procès. Ces précédents ne nous éclairent pas beaucoup lorsqu'il s'agit de savoir à quel moment il y a lieu d'inscrire un acquittement plutôt que d'ordonner un nouveau procès et de rendre une directive portant que ce procès doit être suspendu.

[58] Dans l'affaire *R. c. Sophonow* (1985), 38 Man. R. (2d) 198 (C.A.), à la p. 202, [1985] M.J. No. 10 (QL), il s'agissait d'un appel interjeté à la suite d'un troisième procès relatif à la même accusation. Puisqu'elle avait décidé qu'il fallait annuler le verdict du jury, la question à laquelle la Cour devait répondre était celle de savoir s'il fallait ordonner un nouveau procès ou ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement. En examinant cette question, la Cour a tenu compte du fait que l'accusé avait déjà été jugé à trois reprises et avait passé trois ans et neuf mois sous garde sans mise en liberté sous caution. La preuve d'identification produite par le ministère public était pleine

d'embûches et ne pouvait être améliorée si elle était de nouveau présentée lors d'un autre procès. Dans les circonstances, l'acquittement a été inscrit.

[59] Dans l'affaire *R. c. Hinse (R.)* (1994), 64 Q.A.C. 53 (C.A.), [1994] J.Q. n° 480 (QL), l'appelant avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour vol qualifié trente ans plus tard. Il avait purgé sa peine. Il prétendait qu'il y avait eu des irrégularités lors du procès initial, que son avocat avait commis une erreur en n'appelant pas à témoigner des personnes soupçonnées d'avoir pris part au vol qualifié et qu'il y avait de nouveaux éléments de preuve, dont des témoignages le disculpant rendus par des personnes qui avaient admis avoir pris part au vol qualifié. Le substitut du procureur général avait reconnu qu'il était peu probable qu'un nouveau procès soit tenu. La Cour d'appel du Québec a annulé la déclaration de culpabilité prononcée en 1964 après avoir admis de nouvelles preuves. Voici ce qu'elle a dit, aux par. 37 et 38 :

[TRADUCTION]

L'existence de circonstances particulières milite contre la tenue d'un nouveau procès en l'espèce. Parmi celles-ci, il y a le délai de trente-trois (33) ans écoulé depuis la perpétration de l'acte criminel, le fait que la principale question en litige au procès était l'identification de l'appelant par les victimes, les irrégularités de la séance d'identification, les changements survenus au fil des ans dans l'apparence de l'appelant et l'affaiblissement inévitable de la crédibilité des victimes imputable au délai écoulé, l'âge actuel des victimes qui sont maintenant octogénaires et le fait que l'appelant a purgé la peine de quinze ans infligée à la suite de la déclaration de culpabilité initiale. Faire subir un nouveau procès à l'appelant, dans ces circonstances, serait vexatoire et oppressif, violerait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société et, par conséquent, constituerait un abus de procédure.

La Cour suprême du Canada a reconnu que, en dépit du libellé de l'art. 686 du *Code criminel*, la cour d'appel conserve un pouvoir résiduel d'ordonner un arrêt des procédures dans les circonstances les plus exceptionnelles. *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, 61 N.R. 159, [1985] 6 W.W.R. 127, 21 C.C.C. (3d) 7, 20 D.L.R. (4th) 651, 47 C.R. (3d) 193; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, 90 N.R. 173, [1989] 1 W.W.R. 577, 44 C.C.C. (3d) 513, 67 C.R.

(3d) 1; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, 96 N.R. 241, 34 O.A.C. 165, 49 C.C.C. (3d) 289, 70 C.R. (3d) 209; *R. c. Power* [[1994] 1 R.C.S. 601], 165 N.R. 241, 117 Nfld. & P.E.I.R. 269, 365 A.P.R. 269. Les circonstances décrites font de la présente affaire l'un de ces cas exceptionnels qui justifient l'exercice du pouvoir résiduel de notre cour d'ordonner un arrêt des procédures.

En trois courts paragraphes, la Cour suprême du Canada (*R. c. Hinse*, [1997] 1 R.C.S. 3, [1997] A.C.S. n° 1 (QL)), a décidé que la preuve ne pourrait permettre à un jury raisonnable ayant reçu les directives appropriées de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité de l'appelant. Elle a annulé l'arrêt des procédures et a prononcé l'acquittement.

[60] Dans l'affaire *R. c. Mullins-Johnson*, le ministère public avait reconnu que l'appelant avait été déclaré à tort coupable d'un crime alors qu'aucun élément de preuve n'établissait qu'un crime avait été commis. Bien que M. Mullins-Johnson eût demandé à la Cour d'appel d'inscrire un verdict d'acquittement et de faire une déclaration d'innocence réelle, la Cour a rejeté cette dernière demande parce qu'elle n'avait pas le pouvoir légal de le faire. Elle a toutefois inscrit un acquittement parce que les nouvelles preuves, ajoutées aux autres éléments de preuve, établissaient sans aucun doute que la déclaration de culpabilité de l'appelant était injustifiée et que celui-ci avait été victime d'une terrible erreur judiciaire. La Cour a dit qu'il était regrettable que par suite de ce qui s'était avéré être une preuve pathologique déficiente, M. Mullins-Johnson ait été condamné à tort et ait passé beaucoup de temps en prison.

[61] Dans l'affaire *Truscott*, finalement, l'appelant avait, à l'âge de quatorze ans, été déclaré coupable du meurtre d'une camarade de classe âgé de douze ans qui avait été commis en 1959. La Cour suprême du Canada avait confirmé la condamnation lors d'un renvoi effectué par le Cabinet huit ans plus tard. En 2004, le ministre de la Justice fédéral a renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de l'Ontario comme s'il s'agissait d'un appel fondé sur de nouvelles preuves. Comme dans l'affaire dont nous sommes saisis en l'espèce, des documents non divulgués contenus dans les dossiers du poursuivant alors

archivés jetaient le discrédit sur des éléments clefs de la preuve du ministère public et renforçaient la preuve de la défense; le ministère public avait également reconnu lors de l'appel qu'un nouveau procès était en pratique impossible. L'appelant a demandé l'acquittement fondé sur son innocence réelle. La Cour d'appel a rejeté cette demande parce qu'elle a conclu qu'il n'avait pas établi son innocence réelle. La Cour a néanmoins inscrit un verdict d'acquittement. Après avoir conclu que d'après les faits tels qu'ils se présentaient devant elle, un jury raisonnable pourrait encore déclarer l'appelant coupable, la Cour a statué que cela ne l'empêchait pas de prononcer l'acquittement. Voici ce qu'elle a dit aux par. 265 à 268 :

[TRADUCTION]

Il s'agit ici d'une de ces instances où un nouveau procès pourrait mener soit à un acquittement soit à une condamnation. Dans la plupart des cas, cette conclusion donnerait lieu à une ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, ce serait commettre une injustice envers l'accusé et rendre un mauvais service au public que d'ordonner un nouveau procès dans ces circonstances pour la simple raison que la preuve restante satisfait à une norme de preuve relativement peu rigoureuse, tout en sachant fort bien qu'un nouveau procès ne serait jamais tenu. Une ordonnance prescrivant un nouveau procès accompagnée d'une autre ordonnance suspendant ce nouveau procès ne serait pas non plus une réparation appropriée. Cela dissiperait les stigmates laissés par la déclaration de culpabilité de l'appelant, mais les remplacerait par les stigmates dont s'accompagnerait le fait d'être l'objet d'une allégation non tranchée concernant un crime aussi grave que celui-ci.

L'appelant, sans que cela soit de sa faute, sera à tout jamais privé de la possibilité de se présenter devant un jury constitué de ses pairs et de présenter une défense pleine et entière à l'allégation selon laquelle il a assassiné Lynne Harper. Il ne verra jamais un jury, qui saurait ce que notre Cour sait maintenant, statuer sur sa culpabilité. Ainsi, l'appelant ne peut soumettre à l'appréciation d'un jury la preuve que notre Cour a entendue et qui détruit la preuve accablante que le jury a entendue en 1959 concernant l'étroite fenêtre temporelle pendant laquelle le meurtre de Lynne Harper a forcément dû être commis. De même, l'appelant n'aura jamais l'occasion de contester, fort de

tous les témoignages archivés qui ont été produits devant notre Cour et dont nous avons fait état à la partie V de nos motifs, la preuve du ministère public concernant ce qui s'est passé sur la route de comté ou d'étayer la version qu'a donnée la défense de cette preuve. En toute justice pour l'appelant, notre Cour doit, dans la mesure où elle le peut dans les limites institutionnelles de la révision en appel, s'appliquer à mener la présente affaire à terme d'une façon définitive.

En mettant définitivement un terme à cette affaire qui dure depuis très longtemps, on se trouvera également à préserver l'intégrité du système de justice criminelle. L'incertitude du public quant à la validité de la déclaration de culpabilité de l'appelant, que traduit la décision du ministre d'ordonner le renvoi, mérite, si possible, une réponse qui soit plus définitive qu'une ordonnance prescrivant un nouveau procès qui serait rendue alors que l'on sait qu'un nouveau procès ne sera jamais tenu.

Dans les circonstances exceptionnelles qui nous occupent en l'espèce, nous adoptons la démarche suivante aux fins d'exercer notre pouvoir réparateur discrétionnaire. Tout en reconnaissant les limites qu'imposent la décision de procéder par voie d'appel, le passage du temps et les nombreuses questions factuelles qui n'auront jamais de réponse complète, nous abordons le choix de la réparation appropriée en nous demandant de quelle façon se déroulerait un hypothétique nouveau procès à la lumière de l'ensemble des renseignements dont nous disposons maintenant. Nous estimons que l'appelant devrait avoir droit à l'acquittement si nous concluons, compte tenu de l'ensemble des renseignements qui sont maintenant disponibles, qu'il est plus probable qu'improbable que l'appelant serait acquitté à l'issue d'un hypothétique nouveau procès.

Dans l'arrêt *Truscott*, la Cour d'appel a utilisé deux normes de contrôle : (1) la Cour pouvait-elle raisonnablement conclure qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées ne pourrait condamner l'appelant en s'appuyant sur la preuve telle qu'elle existe aujourd'hui ou (2) pouvait-elle conclure sans crainte de se tromper qu'il était manifestement plus probable qu'improbable qu'il serait acquitté à l'issue d'un hypothétique nouveau procès?

[62] Pour en arriver à notre décision, nous avons décidé de ne recourir qu'à la première de ces deux normes. Nous avons décidé qu'il n'est pas nécessaire de nous livrer à l'exercice qui consiste à envisager un hypothétique nouveau procès, mais qu'il faut trancher le présent appel en fonction de la question de savoir si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure à la culpabilité de l'appelant en s'appuyant sur la preuve telle qu'elle existe aujourd'hui. Nous examinons la preuve dont nous sommes saisis « à la lumière de l'expérience judiciaire », comme l'a dit la juge Arbour dans l'arrêt *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, [2000] A.C.S. n° 16 (QL), 2000 CSC 15. Au par. 40, elle donne les explications suivantes :

Lorsqu'une cour d'appel en arrive à cette conclusion, elle n'agit pas à titre de « treizième juré » et n'« usurpe [pas non plus] la fonction de jury ». En concluant qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu prononcer une déclaration de culpabilité, le tribunal d'examen conclut inévitablement que les jurés qui ont prononcé la déclaration de culpabilité n'ont pas agi de manière judiciaire. Dans ce contexte, agir de manière judiciaire signifie non seulement agir impartialement, appliquer la loi et juger uniquement en fonction du dossier, mais encore tirer une conclusion qui ne va pas à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire. Telle est, à mon avis, l'évaluation que doit faire le tribunal d'examen. Il ne suffit pas de se demander si douze jurés ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire auraient pu arriver au même résultat, mais encore faut-il le faire à la lumière de l'expérience judiciaire qui est un autre moyen d'éviter les déclarations de culpabilité injustifiées.

[C'est moi qui souligne.]

#### V. L'examen des nouvelles preuves

[63] En l'espèce, les nouveaux éléments de preuve ressortissent à quatre périodes. Il y a donc lieu d'examiner ces nouveaux éléments de preuve dans l'ordre chronologique : (1) l'achat du fusil, (2) les événements qui ont eu lieu sur la plage, (3) les

événements qui ont eu lieu dans la voiture, et (4) les événements qui ont eu lieu dans le bloc cellulaire au poste de police.

A. *L'achat du fusil*

[64] Dans le mémoire conjoint concernant la nouvelle preuve, les parties reconnaissent qu'une déposition que Joseph Valardo a faite le 13 août 1975 n'avait pas été divulguée à M. Walsh. Cette déposition ainsi qu'un rapport de police connexe se trouvaient dans les documents que les Archives provinciales ont remis à M. Walsh. La déposition se rapporte à des munitions qui ont été achetées afin d'être utilisées dans l'arme à feu.

[65] Au procès, quatre témoins à charge ont témoigné que Walsh avait acheté l'arme à feu, un fusil de chasse à canon scié, la veille de la fusillade. MacMillan a également témoigné que le lendemain matin, il avait acheté des munitions pour le fusil au magasin East End Hardware à la demande de Walsh. Walsh et son ami, Ferguson, ont nié que Walsh a acheté le fusil. Walsh a expliqué que c'était une arme de poing qu'il voulait acheter, pas un fusil de chasse. Walsh a également nié avoir demandé à MacMillan de lui acheter des munitions.

[66] Joseph Valardo était le propriétaire de la quincaillerie East End Hardware. Il n'a été appelé à témoigner ni à l'enquête préliminaire ni au procès. Une déclaration signée et non divulguée que M. Valardo a faite au détective Stewart a été découverte dans les archives. Voici le texte intégral de cette déposition :

[TRADUCTION]

R. Le lundi 11 août 1975, je me trouvais dans mon magasin, rue Prince Edward, et un type est entré dans le magasin et m'a demandé des cartouches. Je lui ai demandé quelle sorte il voulait et il a dit des 4-10. Je lui ai vendu une boîte de grenaille n° 5 et une boîte de balles de calibre .410, la grenaille a coûté 5,60 \$ et les balles, 1,90 \$. Ensuite, il est parti.

Q. Aviez-vous déjà vu cette personne auparavant?

R. Oui, il est venu au magasin il y a environ une semaine et il a acheté de la grenaille de calibre .410, c'est tout ce que j'avais à ce moment-là.

Q. Pouvez-vous nous décrire cette personne qui a acheté les cartouches.

R. Il mesure environ 5' 10", a de longs cheveux châtain clair, le visage mince, pèse environ 160 ou 165 lb, avait des tatouages sur les bras, portait une chemise.

Q. Cette personne avait-elle bu?

R. Je dirais qu'il avait bu - je pouvais en sentir l'odeur sur lui.

Q. Pourriez-vous identifier cette personne si vous la voyiez de nouveau?

R. Je pense que je le pourrais.

Q. La présente déclaration est-elle véridique?

R. Oui.

Témoin sergent-détective Wilfred Stewart - Signé  
J. Valardo

[67] Un rapport fait par le détective Stewart révèle que Valardo a ensuite identifié MacMillan comme étant la personne à qui il avait vendu les cartouches le lundi 11 août 1975.



[68] Dans sa déposition, Valardo dit que MacMillan est venu à son magasin pour acheter des cartouches de fusil de chasse le matin du 11 août 1975, soit des heures avant que Walsh n'arrive à Saint John, puisque la preuve a révélé que ce dernier est arrivé à Saint John dans la soirée du 11 août 1975. Si les munitions ont été achetées dans la matinée du 11 août 1975, comme le dit Valardo, cela donnerait à penser que Walsh n'a rien eu à voir avec leur achat. Valardo a fait cette déposition deux jours après avoir vendu les munitions de telle sorte que la journée où cela s'est produit devait être encore bien présente dans sa mémoire. Sa déposition contredisait sensiblement la prétention de MacMillan selon laquelle il avait acheté les cartouches à la demande de Walsh le matin du 12 août. Si Valardo avait raison, et il semblerait qu'il n'ait eu aucun motif de ne pas dire la vérité, cela signifiait que MacMillan avait fait l'achat des munitions avant même d'avoir fait la connaissance de Walsh. Un achat de munitions fait par MacMillan le 11 août signifie non seulement que celui-ci a menti pour incriminer Walsh et ainsi étayer sa version des faits selon laquelle Walsh avait acheté le fusil le soir du 11 août, mais aussi qu'une journée avant la fusillade, MacMillan s'était activement employé à s'assurer d'avoir des munitions à sa disposition pour le fusil. Par suite de la déposition de Valardo, le démenti de Walsh, selon lequel il n'a pas acheté le fusil parce que c'est l'achat d'une arme de poing qui l'intéressait, gagne en solidité. De plus, la thèse voulant que Walton, MacMillan et Peters aient tous eu accès au fusil, le 12 août, pour être mieux en mesure de voler la drogue de Walsh gagne aussi en solidité.

[69] Comme nous l'avons vu, le ministère public a reconnu que la condamnation de Walsh pour meurtre a été obtenue par suite d'une erreur judiciaire et a souscrit à la prétention de Walsh selon laquelle il est dans l'intérêt de la justice que la déposition non divulguée de Valardo soit maintenant admise à titre de nouvelle preuve aux fins du présent renvoi. Malgré ces concessions, le ministère public prétend qu'on ne pouvait raisonnablement ajouter foi à la déclaration de Valardo et qu'on ne pouvait s'y fier parce qu'elle n'a pas été faite sous serment et que Valardo n'a jamais été contre-interrogé. À notre avis, si le ministère public voulait s'opposer à l'admissibilité de cette déposition non divulguée à titre de nouvelle preuve pour le motif que celle-ci ne satisfaisait pas aux critères juridiques régissant son admissibilité en ce sens qu'on ne

pouvait raisonnablement y ajouter foi et qu'on ne pouvait s'y fier, il n'aurait pas dû se joindre à Walsh dans sa requête en vue de présenter cette déclaration à titre de nouvelle preuve afin que nous l'examinions. Puisqu'il l'a fait, on ne saurait maintenant permettre au ministère public de prétendre que cet élément de preuve ne devrait pas être admis pour le motif qu'on ne peut raisonnablement y ajouter foi et qu'on ne peut s'y fier. Ce genre d'argument doit être invoqué si le ministère public conteste l'admissibilité d'une nouvelle preuve en appel.

[70] Nous estimons être fondés à considérer que cette déposition reflète ce que Valardo a dit au policier et nous n'avons aucune raison de mettre en doute sa véracité. Cela dit, toutefois, le ministère public peut certainement présenter des arguments concernant l'incidence que peut avoir cette déposition sur l'appréciation globale de l'instance.

[71] Il est évident que le jury n'avait aucune idée de l'existence de cette déposition. Dans les observations finales qu'il a faites au procès, l'avocat du ministère public a invoqué avec force la preuve établissant l'achat des munitions :

[TRADUCTION]

Bien, il y avait cinq - selon la preuve du ministère public, il y avait une boîte de cinq balles de carabine qui avait été achetée ce matin-là, plus une boîte de grenaille. Bon, dans une boîte de grenaille, il y a vingt-cinq cartouches selon le témoignage qu'a rendu l'expert en armes à feu, M. Lapierre. Bien, en l'espèce nous constatons qu'il y avait en fait vingt-cinq cartouches de grenaille éparpillées sur la banquette. Nous constatons aussi qu'il y avait une boîte de balles de carabine et au moment où les policiers l'ont [saisie] dans la voiture, elle contenait ces trois choses. Ces trois balles de carabine se trouvaient dans la boîte - elles étaient dans la boîte et il en manquait deux. Nous avons le témoignage du caporal Lapierre selon lequel les deux cartouches vides qui ont été retrouvées sur le plancher de la banquette arrière, du côté du conducteur, ces deux cartouches vides étaient des balles de carabine, identiques à celles qui se trouvaient dans cette boîte. Donc, si nous réunissons ces cinq balles, une - mon opinion est que l'on

peut logiquement tenir pour acquis que les deux cartouches vides provenaient de cette boîte. Bien, cela appuie le témoignage rendu par M. Ferguson - je vous demande pardon - M. MacMillan, selon lequel ils se sont arrêtés en route ce matin-là pour acheter ces cartouches. Vous avez deux boîtes - une boîte de grenaille, une boîte de balles. Bien, M. MacMillan a dit qu'ils s'étaient arrêtés en route ce matin-là et qu'il les avait [achetées] pour M. Walsh et les avait remises à ce dernier et il a dit qu'il pensait que M. Walsh les avait mises dans son coffre à gants. Bien, il y a des éléments de preuve qui corroborent ou qui appuient le témoignage rendu par M. MacMillan. Vous avez les balles dans la voiture.

La déposition de Valardo corroborait le démenti que Walsh a opposé à cette version des événements.

B. *Les événements survenus sur la plage*

(1) Les ouvriers du CN

[72] Les déclarations des sept ouvriers du CN, dans lesquelles ils décrivent le fait que Walsh a couru jusqu'à eux et les a suppliés de l'aider sont compatibles avec sa version des événements qui se sont produits sur la plage. La version que Walton et MacMillan (ainsi que Thompson) ont donnée de ces événements ne fait état d'aucun détail concernant le fait que Walsh aurait couru pour chercher de l'aide. En fait, Walton et MacMillan ont tous deux nié, en contre-interrogatoire, avoir vu Walsh courir en direction de la locomotive et, vraisemblablement, de celle de l'équipe du CN.

[73] Au moment de l'appel de M. Walsh en 1982, l'avocat de l'appelant, M<sup>e</sup> Teed, avait des copies des dépositions de trois des ouvriers du CN, savoir Maurice McGinnis, Merle Linkletter et Kenneth Cuthbertson. Les archives contenaient les dépositions de quatre autres employés du CN qui étaient présents cet après-midi-là : John Meagher, George Finley, Frederick McIntyre et Arthur Hughes. Chacun d'eux a corroboré d'une façon ou d'une autre le témoignage que M. Walsh a rendu au procès.

M. Hughes, par exemple, était celui qui, à la demande du contremaître, M. Cuthbertson, avait en fait téléphoné au service de police municipal afin que la police vienne [TRADUCTION] « parce qu'il y avait une altercation impliquant un certain nombre de personnes ». Il est clair que toutes ces dépositions auraient pu compromettre la fiabilité de la version des événements donnée par les témoins Walton et MacMillan concernant ce qui s'était passé sur la plage. Elles auraient ajouté de la crédibilité à la version donnée par Walsh (concernant ce qui s'est passé sur la plage) lorsque celui-ci a rendu témoignage au procès. Les dépositions de ces ouvriers étaient manifestement toutes pertinentes pour les fins de la défense et elles auraient dû être divulguées. Leur non-divulgation a contribué à priver Walsh d'une défense pleine et entière et donc d'un procès équitable.

[74] La fuite de Walsh en direction des ouvriers du CN a également un rapport avec la question de la possession et du contrôle du fusil de chasse à la plage. Walsh a témoigné qu'en fait, les autres, savoir MacMillan, Walton et Peters, avaient la possession du fusil et se servait de celui-ci pour le menacer. La conduite qui a consisté à chercher du secours auprès d'ouvriers du CN se trouvant à proximité est beaucoup plus compatible avec sa version des événements qu'avec celle des témoins à charge. Cela aurait contribué à accroître, dans l'ensemble, sa crédibilité comme témoin.

C. *Les événements survenus dans la voiture*

(1) Le rapport de balistique

[75] Le ministère public a invoqué la thèse selon laquelle M. Walsh a tout simplement tendu le bras sous le siège avant, a sorti l'arme à feu et a tiré sur M. Peters qui était assis à l'arrière, bien tranquille. La distance entre la bouche du fusil et l'endroit où la balle est entrée dans le corps de M. Peters est donc devenue un élément crucial de la preuve du ministère public. Plus la distance séparant la bouche du fusil et le corps de M. Peters était grande, plus les faits concordaient avec la version avancée par le ministère public. Plus cette distance était courte, plus les faits concordaient avec le témoignage de M. Walsh selon lequel une lutte s'était engagée. Pendant le procès, le caporal Andrew

LaPierre a rendu un témoignage contradictoire sur cette question, contradictions qui deviennent plus prononcées si on compare son témoignage oral et son rapport de balistique écrit daté du 20 août 1975.

[76] Il semble, selon le témoignage du caporal LaPierre et le rapport de balistique, que la distance en question aurait pu avoir une limite inférieure d'un pied (ce qui est compatible avec la version des événements de M. Walsh) et une limite supérieure de cinq pieds (ce qui est compatible avec la thèse du ministère public). Malheureusement, le rapport de balistique n'a jamais été communiqué à la défense. Cette omission a effectivement dénié à Walsh le droit de contre-interroger l'expert en balistique de façon efficace et, du même coup, le droit de présenter une défense pleine et entière.

(2) Le rapport sur la méthamphétamine

[77] Walsh a témoigné qu'il avait cinq livres de méthamphétamine dans sa voiture lorsqu'il est arrivé à Saint John. Il a témoigné que la présence de la drogue est ce qui a incité Walton, MacMillan et Peters à fouiller sa voiture et à l'agresser à la plage Tin Can. La présence de la drogue explique en partie pourquoi il est retourné à la voiture après avoir pressé les ouvriers du CN d'appeler la police. Aucune autre personne n'a rendu un témoignage qui appuie la prétention de Walsh concernant la drogue. Un rapport de toxicologie du laboratoire de la GRC a été découvert dans les archives. On y lit qu'une [TRADUCTION] « boîte d'allumettes en bois contenant une seringue en plastique et une aiguille » a été envoyée au laboratoire afin d'y être examinée par le détective Watson qui avait saisi les articles en question dans la voiture de Walsh. Dans son rapport, le toxicologiste a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

La pièce n° H-7 (seringue et aiguille) contenait de la méthamphétamine.

[78] Cela corrobore en partie le témoignage de M. Walsh tout en laissant de nombreuses questions sans réponse. Il faut mettre en contraste les conclusions du

toxicologiste avec la façon dont l'avocat du ministère public a mentionné la drogue dans sa plaidoirie. Il a alors dit ceci :

[TRADUCTION]

Bien, cela semble être un petit élément de preuve mais il est très, très important en l'espèce où l'on a vu M. Walsh aller à la barre et donner une version comme celle qu'il a donnée; cette histoire n'est qu'un pur mensonge.

Comme je l'ai dit, le ministère public a le devoir de produire toute la preuve dont elle dispose. Il a parlé de « speed » - parlé de « speed ». Eh bien, où est-elle, cette drogue dont il parle. Ce n'est pas le ministère public qui va dissimuler un élément de preuve; s'il existe – s'il existe une preuve quelconque de son existence, elle sera déposée devant vous.

Vous avez entendu parler de la façon dont la police a fait son enquête, du renflement dans le siège d'auto, du fait qu'elle a cherché ces choses, du nombre d'articles qui ont été saisis, du siège arrière. Bien, il incombe au ministère public de divulguer toute la preuve dont il dispose et qui concerne l'affaire d'une façon ou d'une autre. Nous n'avons pas le moindre élément de preuve établissant l'existence du « speed » sauf ce qui sort de la bouche de ce témoin. M. Ferguson est censé avoir été au courant de son existence, mais il ne l'a jamais mentionnée.

[79] La position qu'a adoptée le ministère public au procès, savoir que Walsh avait menti à propos de la présence de drogue dans sa voiture, doit être réévaluée à la lumière du rapport de toxicologie qui est maintenant admis à titre de nouvelle preuve.

D. *Les événements survenus dans le bloc cellulaire au poste de police*

[80] Parmi les documents que le service des archives a communiqués à Walsh se trouvaient les rapports dactylographiés de cinq policiers de Saint John dans lesquels ces derniers faisaient état de conversations entre les quatre hommes qui avaient été arrêtés après le décès de Peters. Ces conversations ont eu lieu entre les détenus dans le bloc cellulaire. Les principaux interlocuteurs étaient Walton, qui se trouvait dans la

cellule B et MacMillan qui se trouvait dans la cellule C. Ferguson était dans la cellule de dégrisement et a fait quelques remarques non pertinentes. Walsh se trouvait dans la cellule A, mais n'a rien dit qui tirât à conséquence aux autres. C'est le détective Titus qui s'est rendu compte le premier que ces conversations pourraient être importantes. À 15 h 05, soit dans l'heure qui a suivi la fusillade, après l'arrestation, le transport et la mise en détention des quatre hommes et peu de temps après qu'ils eurent été mis dans les cellules du poste de police, le détective Titus a entendu les hommes parler. Il est entré dans le bloc cellulaire, a refermé la porte et a écouté. Immédiatement après, il a dactylographié un rapport :

[TRADUCTION]

J'ai entendu le détenu [de la cellule] C [MacMillan], qui semblait ivre, dire : « Qu'est-ce qui est arrivé? Qu'est-ce qu'on fait ici? » Le détenu [de la cellule] B [Walton] lui a répondu : « **Pourquoi t'as tiré sur Chee Chee?** » L'autre [MacMillan] a ajouté : « **Qu'est-ce qui se passe? Tu vas m'aider Dave, non? Qu'est-ce qui est arrivé?** » La réponse suivante est venue [de la cellule] B [Walton] : « Quelqu'un a appelé la police. » Ensuite, l'occupant de la cellule de dégrisement [Ferguson] a demandé une cigarette. Le nommé Dave, [de la cellule] B [Walton], lui a indiqué qu'il la lui enverrait dans un soulier, ou par quelque autre moyen dont il aurait l'idée.

Je suis sorti consulter le cahier de nouveau et j'y ai vu que Dave Walton, que je connais, occupait [la cellule] B et que Donald MacMillan occupait [la cellule] C. George Ferguson se trouvait dans la cellule de dégrisement. Un autre homme, qui n'a jamais ouvert la bouche, se trouvait dans [la cellule] A. J'ai vu qu'il avait pour nom John Barber [M. Walsh].

Je suis ensuite monté informer le surintendant adjoint Shea que les détenus parlaient et que poster un homme en bas pourrait être utile. Je ne savais pas encore que Chee Chee était décédé.

[Passages mis en gras par la Cour.]

Le détective Titus a dactylographié son nom au bas du rapport et a ajouté une note manuscrite :

[TRADUCTION] Personne d'autre ne se trouvait dans les cellules à ce moment-là.

[81] Après que le détective Titus eut signalé la conversation, les prisonniers ont été surveillés pendant le reste de l'après-midi. Le détective Boyce s'est rendu dans le secteur cellulaire de la prison de Saint John en compagnie du surintendant adjoint Shea. Le détective Boyce a reçu comme directive de noter tout ce qu'il entendrait dire les personnes se trouvant dans les cellules.

[82] Le détective Boyce s'est placé entre les cellules A et B et il a écouté. On trouve un résumé de la teneur de son rapport dactylographié dans les notes et extraits suivants. L'échange est difficile à suivre, mais Walsh prétend que c'est à ce moment-là que MacMillan et Walton essaient de s'entendre sur une version commune qui les disculperait :

[TRADUCTION]

McMillan a dit « Linda [Goddard] n'aimera pas ça, qui a pu le faire David » et il a de nouveau demandé à David « qui a pu le faire, penses-tu que le flic a tiré sur nous? ».

David Walton a dit « oui ».

MacMillan a dit à David « ils ne peuvent rien faire. Qu'est-ce que nous avons fait? ».

David Walton : « Nous étions dans la voiture » [...]

MacMillan a dit à David « va chier ».

[83] Ils ont parlé d'une personne dénommée « Joey » et Walton répétait sans cesse qu'il ne savait pas qui avait tiré sur Peters. Walton a alors laissé entendre que c'était le type des États dans la Cadillac. Ils parlaient comme si le coup de feu avait été tiré à travers la fenêtre. Ils étaient inquiets à l'idée que Peters puisse mourir et MacMillan a dit : [TRADUCTION] « C'est une accusation de meurtre qui nous attend, tu ferais bien de te secouer, tentative de meurtre ». MacMillan a demandé : [TRADUCTION] « Est-ce que les flics ont tiré sur nous ou non? ».



[84] À 17 h 30 MacMillan a de nouveau parlé à Walton :

[TRADUCTION]

[...] quelqu'un a tiré à travers la vitre, je ne veux pas passer toute la journée ici. [...] on nous a tiré dessus, David, n'est-ce pas? Qui a mis le fusil dans la vitre et a tiré? Je vais tous les tuer ces foutus idiots [...].

[85] Le détective Elward a signalé avoir entendu des commentaires semblables pendant qu'il écoutait. Selon son rapport, MacMillan a dit ce qui suit à 17 h 50 :

[TRADUCTION]

[...] Si quelqu'un tire dans ma foutue vitre, je ne veux pas rester enfermé toute la journée à cause de ça. Quelqu'un a tiré dans la foutue vitre.

[86] Le détective Elward a signalé avoir entendu ceci à 18 heures et 18 h 05 :

[TRADUCTION]

[...] David, quelqu'un a mis un fusil dans ma vitre et a tiré. On vient de nous tirer dessus. Et puis. [...] Qui a passé le fusil par la vitre et a fait feu?

[87] S'appuyant sur les conversations tenues dans le bloc cellulaire, produites à titre de nouvelles preuves, l'avocat de Walsh fait valoir non seulement que Walton situe le fusil dans les mains de MacMillan et l'accuse d'avoir tiré le coup fatal mais aussi qu'en ne niant pas cette accusation, MacMillan l'a tacitement admise. Il est possible que la réponse de MacMillan à la question de Walton soit également compatible avec le témoignage que MacMillan a rendu au procès selon laquelle il n'avait vraiment pas la moindre idée de ce qui s'était passé.

[88] À notre avis, l'importance de ces conversations tient à l'incidence qu'elles auraient eue sur le témoignage de Walton. Ce dernier est la personne qui a rendu le témoignage crucial susceptible d'entraîner la condamnation de Walsh parce qu'il a témoigné que Walsh a pris le fusil sous le siège avant et a tiré sur Peters à bout portant,

sans qu'il y ait eu provocation ou menaces. L'avocat de la défense devait attaquer ce témoignage pour obtenir un acquittement. La question que Walton a posée à MacMillan, et la réponse qu'il a obtenue, ajoutée à d'autres parties des conversations, sont inconciliables avec le témoignage accablant que Walton a rendu contre Walsh au procès. C'est donc là, à notre avis, l'aspect le plus important de la présente instance, compte tenu du fait que sans le témoignage de Walton, une déclaration de culpabilité pour meurtre n'aurait pas pu être envisagée d'une façon réaliste. Nous estimons que ces conversations auraient réellement été susceptibles de saper les fondements factuels les plus importants de l'argumentation du ministère public, savoir que Walsh avait tendu la main pour prendre le fusil et avait fait feu sur Peters, à bout portant, sans aucune provocation ni menaces. Cela contraste vivement avec le témoignage que Walsh a rendu au procès selon lequel il a été mêlé à une lutte pour s'emparer du fusil pendant qu'on le menaçait de lui faire sauter la cervelle.

[89] À l'audience devant nous, l'avocat du ministère public a reconnu que le rapport du détective Titus est admissible en preuve devant notre Cour sans qu'il soit nécessaire d'appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *Palmer*. Il se trouve en fait à reconnaître ainsi que le rapport n'aurait pas pu être découvert si l'on avait fait preuve d'une diligence raisonnable, qu'il porte sur une question potentiellement décisive, qu'il est plausible, en ce sens qu'on peut raisonnablement y ajouter foi, et qu'il aurait pu influencer sur le résultat du procès. Par conséquent, le ministère public n'est pas maintenant en mesure de mettre en doute la fiabilité de la teneur du rapport. Dans son rapport, le détective Titus a dit avoir entendu Walton demander à MacMillan « [p]ourquoi t'as tiré sur Chee Chee? », ce à quoi MacMillan a répondu « [q]u'est-ce qui se passe? Tu vas m'aider Dave, non? » Puisque le ministère public a reconnu que le rapport de l'inspecteur Titus est admissible, notre Cour doit accepter le fait que ce qui a été inscrit dans ce rapport est le reflet de ce que le détective Titus a entendu dans ce bloc cellulaire. De plus, nous n'avons aucune raison de douter que ce que le détective Titus a écrit dans son rapport est exactement ce qu'il a entendu. Bien entendu, cela n'empêche pas le ministère public de s'inscrire en faux contre l'interprétation retenue par Walsh en ce qui concerne l'incidence que ce rapport aurait pu avoir sur l'issue de l'affaire.

[90] Pour parler franchement, les contradictions entre les conversations tenues dans le bloc cellulaire et les déclarations que Walton, MacMillan et Thompson ont faites aux policiers auraient, à n'en pas douter, fortement contribué à convaincre un jury du peu de fiabilité des principaux témoins à charge, Walton et MacMillan. La non-divulgation des déclarations qu'ils ont faites à la police serait suffisante, en soi, pour soulever la question du droit à un procès équitable et évoquer l'erreur judiciaire. Envisagée conjointement avec les rapports de police relatifs aux conversations du bloc cellulaire, cette absence de divulgation soulève irréfutablement la question du droit à un procès équitable au regard de laquelle on pourrait déterminer qu'il y a eu erreur judiciaire.

## VI. La décision

[91] Compte tenu du fait que nous disposons d'un dossier complet, nous avons examiné l'affaire dans son ensemble telle qu'elle a été présentée au juge et au jury. Nous avons également examiné les nouvelles preuves. D'après la preuve telle qu'elle existe aujourd'hui, savoir le dossier d'instruction accompagné des nouvelles preuves, nous estimons qu'aucun jury raisonnable ne pourrait déclarer Walsh coupable de meurtre.

[92] La plupart des nouveaux éléments de preuve que nous avons examinés se rapportent expressément à la propriété, à la possession et au contrôle du fusil de chasse. La déposition de M. Valardo indique que MacMillan a acheté des munitions pour le fusil le matin qui a précédé l'arrivée de Walsh à Saint John. Elle met en doute le témoignage de MacMillan et Walton selon lesquels Walsh avait acheté un fusil la veille du décès de Peters et appuie la véracité de la version qu'a donnée Walsh en ce qui concerne l'achat du fusil.

[93] Les dépositions des employés du CN viennent compléter cette preuve. Le témoignage de Walsh selon lequel il a couru de la plage jusqu'à l'équipe du CN est maintenant corroboré par les dépositions de sept témoins. Nous sommes autorisés à tirer une inférence selon laquelle il s'est éloigné en courant des autres qui se trouvaient sur la

plage parce qu'il n'avait pas le contrôle du fusil et parce qu'il avait besoin d'aide. Pour quelle autre raison aurait-il demandé aux employés du CN de faire venir la police? Cela met en doute la crédibilité de MacMillan et de Walton, qui ont témoigné ne pas avoir vu Walsh quitter la plage et se diriger vers la voie ferrée du CN. Cela jette également le doute sur le témoignage de Thompson, qui n'a probablement pas vu grand-chose. Privé des témoignages confirmatifs de tous ces ouvriers du CN, le jury n'avait pas de véritable raison de croire la version qu'a donnée Walsh des événements survenus sur la plage.

[94] On ne peut fabriquer aucune raison susceptible d'expliquer le rapport du détective Titus. À la lumière des autres éléments de preuve, il semble maintenant évident que les mots « [p]ourquoi t'as tiré sur Chee Chee? » constituaient une demande de la part de Walton afin d'obtenir de MacMillan une explication raisonnable de ce qui s'était passé. Les conversations qui ont suivi ont constitué de la part de ces deux personnes une tentative de collusion afin d'établir une version des événements qui leur soit favorable.

[95] Nous savons tous de quelle façon les règles de droit ont évolué depuis que le premier procès a été tenu dans cette affaire. La Cour suprême du Canada a donné des directives précises aux juges d'instance en ce qui concerne la façon dont ils doivent instruire le jury sur le doute raisonnable lorsque l'accusé témoigne et que sa version des événements ne concorde pas avec celle des autres témoins. Dans l'arrêt *R. c. C.L.Y.*, [2008] A.C.S. n° 2 (QL), 2008 CSC 2, la juge Abella a dit ceci, au par. 6 :

[...] Notre Cour a précisé régulièrement que la simple question de savoir si l'on « ajout[e] foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite » ne peut servir de fondement à une déclaration de culpabilité (*W.(D.)*, p. 757). La question fondamentale demeure plutôt celle de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge des faits éprouve un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 361). Les étapes suivantes, suggérées dans *W.(D.)*, visent à garantir que le juge des faits concentre son attention sur le principe du doute raisonnable :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.  
[p. 758]

Le juge Deschamps, qui rendait jugement au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Boucher*, [2005] 3 R.C.S. 499, [2005] A.C.S. n° 73 (QL), 2005 CSC 72, a fait observer, au par. 29, que « [l]a démarche énoncée dans *W. (D.)* ne constitue pas une formule sacro-sainte emprisonnant les tribunaux d'instance dans un carcan ». Si nous avons bien compris, ces trois étapes constituent un guide à suivre lorsque l'attention de la Cour est concentrée sur le doute raisonnable (voir l'arrêt *R. c. C.L.Y.*).

[96] Nous le répétons, il s'agit ici d'un cas inhabituel de révision en appel par suite d'un renvoi en raison des concessions que le ministère public a faites : (1) il a souscrit à la prétention de Walsh voulant qu'il ait été victime d'une erreur judiciaire; (2) il a reconnu que Walsh n'a jamais été et ne sera évidemment jamais en mesure d'avoir un procès équitable (Walsh ne pourra jamais contester la crédibilité du principal témoin à charge, Walton, qui est maintenant décédé); (3) il a reconnu qu'un nouveau procès n'est pas une possibilité réaliste; et (4) il s'est joint à Walsh dans sa requête en vue de faire admettre toutes les nouvelles preuves mentionnées dans les présents motifs, reconnaissant qu'il était dans « l'intérêt de la justice » de les admettre en l'espèce.

[97] Ces concessions sont lourdes de conséquences à d'autres égards. La présomption habituellement applicable, dans le cadre de l'appel d'une déclaration de

culpabilité, concernant la validité de la déclaration de culpabilité prononcée au procès (et sa confirmation en appel en 1982) ainsi que la charge habituelle qui incombe par conséquent à l'appelant d'établir, sur la foi de la preuve admise dans le cadre du présent renvoi, qu'il y a eu erreur judiciaire, ne s'applique plus. Notre Cour n'a pas eu à effectuer l'analyse habituelle afin de décider si, à la lumière des nouvelles preuves, la condamnation de culpabilité pouvait être confirmée. Le ministère public a souscrit à la prétention de l'appelant selon laquelle la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue et devait être annulée parce que la principale conclusion du jury qui était nécessaire pour étayer une condamnation pour meurtre, savoir que M. Walsh avait saisi le fusil et tiré sur M. Peters à bout portant sans avoir été menacé, était mal fondée et rendait la déclaration de culpabilité insoutenable. Autrement dit, le ministère public a essentiellement reconnu que les nouvelles preuves dont nous disposons avaient tous les éléments nécessaires pour compromettre la validité de la déclaration de culpabilité pour meurtre, au point d'autoriser notre Cour à conclure que ce serait commettre une erreur judiciaire que de confirmer ce verdict.

[98] Il n'y a que deux réparations possibles qui s'offrent à la Cour du fait que le renvoi fait en vertu de l'art. 696.3 a été accueilli : elle peut soit prononcer l'acquittement soit ordonner un nouveau procès et rendre ensuite une ordonnance portant suspension de l'instance. Le dossier d'instruction accompagné des nouvelles preuves nous convainc qu'aucun jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées ne pourrait déclarer M. Walsh coupable. Nous exerçons notre pouvoir discrétionnaire aux fins d'ordonner son acquittement.

## VII. Dispositif

[99] Pour ces motifs, nous admettons les nouvelles preuves, accueillons l'appel, annulons la déclaration de culpabilité pour meurtre non qualifié et inscrivons un verdict d'acquittement.