

**Edward Albert Thomas Bevan** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Barry Gerald Griffith** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BEVAN

File Nos.: 22366, 22389.

1993: March 5; 1993: June 17.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Charge to jury — Questionable evidence — Prior inconsistent statements — Letter damaging to accused made an exhibit — Whether trial judge should have given the jury a clear, sharp (Vetrovec) warning in charge with respect to testimony of persons with prior inconsistent statements — Whether trial judge correctly instructed jury on letter and whether correct in permitting it to be received as exhibit — Whether trial judge's errors curable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

*Trial — Charge to jury — Questionable evidence — Prior inconsistent statements — Letter damaging to accused made an exhibit — Whether trial judge should have given the jury a clear, sharp (Vetrovec) warning in charge with respect to testimony of persons with prior inconsistent statements — Whether trial judge correctly instructed jury on letter and whether correct in permitting it to be received as exhibit — Whether trial judge's errors curable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

**Edward Albert Thomas Bevan** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

<sup>b</sup> **Barry Gerald Griffith** *Appellant*

c.

<sup>c</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BEVAN

N<sup>os</sup> du greffe: 22366, 22389.

1993: 5 mars; 1993: 17 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major.

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

*Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage douteux — Déclarations antérieures incompatibles — Lettre préjudiciable aux accusés cotée comme pièce — Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire une mise en garde claire et précise (de type Vetrovec) à l'égard des témoignages d'auteurs de déclarations antérieures incompatibles? — Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre et a-t-elle eu raison de permettre sa réception comme pièce? — Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

*Procès — Exposé au jury — Témoignage douteux — Déclarations antérieures incompatibles — Lettre préjudiciable aux accusés cotée comme pièce — Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire une mise en garde claire et précise (de type Vetrovec) à l'égard des témoignages d'auteurs de déclarations antérieures incompatibles? — Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre et a-t-elle eu raison de permettre sa réception comme pièce? — Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

Appellants were convicted of the second degree murder of a man who had been beaten to death. The alleged motive was anger stemming from the victim's assault on a female friend of both appellants. The investigation was suspended for want of evidence strong enough to support the charge until a witness, Belmont, who had been arrested for other offences committed with the appellants, came forward with details of several incriminating conversations with Bevan. The investigation was again discontinued when Belmont's use of a body pack to try to record further incriminating evidence proved largely unsuccessful. The investigation resumed when another witness, Dietrich, who was incarcerated at the time, wrote the police and later informed them of his having helped the appellants clean a car of two tire irons and a blood-soaked carpet. He also testified to a number of incriminating statements made by the appellants. Appellants testified at trial and denied or explained any incriminating statements. Each offered alibi defences. Each also admitted to lying in statements to the police.

At trial, Dietrich read his letter, which contained statements prejudicial to the appellants, during direct examination and was cross-examined on it in an attack on his testimony and credibility based on his apparent animosity towards the appellants and on his motivations for lying to the police and at trial. The letter was subsequently marked as an exhibit and was given without objection to the jury.

The trial judge noted in her charge that credibility was important in this case, discussed generally how credibility should be assessed, and made some references to factors affecting the credibility of Belmont and Dietrich. She did not, however, give a clear sharp warning to the jury as to its being dangerous to convict the appellants on the basis of Belmont's and Dietrich's evidence unless their evidence was supported by other evidence. Nor did she instruct the jury on the use that could be made of prior inconsistent statements.

The appellants unsuccessfully appealed to the Court of Appeal. At issue here was: (1) whether the trial judge should have given the jury a clear, sharp (*Vetrovec*) warning with respect to the evidence of Dietrich and Belmont; (2) whether the trial judge was correct in her

Les appelants ont été déclarés coupables du meurtre au deuxième degré d'un homme battu à mort. Ils auraient commis le meurtre parce qu'ils en voulaient à la victime de s'être livrée à des voies de fait sur leur amie. La preuve ayant été jugée trop faible pour justifier une accusation, l'enquête a été suspendue jusqu'à ce que le témoin Belmont, qui avait été arrêté pour d'autres infractions commises avec les appelants, vienne faire part de plusieurs conversations incriminantes qu'il avait eues avec Bevan. L'enquête a de nouveau été abandonnée lorsque l'utilisation par Belmont d'un micro-émetteur de poche en vue d'obtenir d'autres déclarations incriminantes s'est avérée infructueuse dans une large mesure. L'enquête a été rouverte lorsqu'un autre témoin, Dietrich, qui était incarcéré à l'époque, a écrit à la police et l'a ensuite informée qu'il avait aidé les appelants à retirer d'une automobile deux démonte-pneus et un tapis imbibé de sang. Dans son témoignage, il a également fait état d'un certain nombre de déclarations incriminantes des appelants. Ces derniers ont témoigné à leur procès, niant ou expliquant toutes déclarations incriminantes. Ils ont tous deux invoqué un alibi comme moyen de défense et ils ont également tous deux admis avoir menti à la police.

Au cours de son interrogatoire principal pendant le procès, Dietrich a lu sa lettre qui contenait des déclarations préjudiciables aux appelants. Au cours du contre-interrogatoire, on a utilisé la lettre pour attaquer le témoignage et la crédibilité de Dietrich en se fondant sur l'animosité apparente de ce dernier à l'égard des appelants et sur ses raisons de mentir à la police et au procès. Cette lettre a été par la suite cotée comme pièce, pour être remise au jury sans qu'aucune objection ne soit soulevée.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a d'abord souligné l'importance de la crédibilité dans cette affaire, puis elle a analysé en des termes généraux la façon dont cette crédibilité devrait être appréciée avant d'évoquer les facteurs qui minaient celle de Belmont et de Dietrich. Cependant, elle n'a pas fait de mise en garde claire et précise au jury sur le danger de déclarer les appelants coupables sur la foi des témoignages de Belmont et de Dietrich à moins qu'ils ne soient appuyés par une autre preuve. Elle n'a pas non plus donné de directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles.

Les appelants ont sans succès interjeté appel devant la Cour d'appel. Les questions en litige étaient les suivantes: (1) Le juge du procès aurait-elle dû faire au jury une mise en garde claire et précise (de type *Vetrovec*) à l'égard des témoignages de Dietrich et de Belmont? (2)

instructions to the jury on the Dietrich letter or in permitting it to go as an exhibit to the Jury Room; (3) whether no substantial wrong or miscarriage of justice occurred even though the trial judge failed to instruct the jury with respect to the use that can be made of prior inconsistent statements; and (4) whether the trial judge's errors could be cured by s. 686(1)(b)(iii).

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeals should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.: The trial judge has a discretion to determine whether the evidence of any witness—not just accomplices—is for some reason untrustworthy to such an extent that a warning to the jury is necessary. *Vetrovec v. The Queen* did not establish that, if a warning is given regarding a particular witness, the trial judge must in all cases go on to point out in detail evidence which is capable of corroborating that witness' testimony. While an instruction of that nature may be made in tandem with a *Vetrovec* warning, it is not a requirement in all cases.

While it is usually a corollary of the *Vetrovec* warning that the trial judge make some reference to evidence that the jury may consider supportive of the impugned evidence, in some cases part or all of the supporting evidence may be extremely prejudicial to the accused, such that to draw the jury's attention to that evidence in tandem with a *Vetrovec* warning could, in some circumstances, be unfair to the accused. The appropriate remedy in those circumstances lies with the discretion of the trial judge to decide whether or not the *Vetrovec* warning should be given, and if so, whether it should be accompanied by a direction as to what other specific evidence the jury might conclude is supportive of the impugned evidence. Because the trial judge is in the best position to assess the atmosphere of the trial and the effect that the evidence or instruction may have on a jury hearing the case, the trial judge's decision on these kinds of issues should not be lightly interfered with on appeal.

While under *Vetrovec* a caution to the jury is a matter of the trial judge's discretion and is not required in all cases involving testimony of accomplices or accessories after the fact, there are some cases in which the circum-

Le juge du procès a-t-elle donné au jury des directives exactes sur la lettre de Dietrich, ou a-t-elle eu raison de permettre que celle-ci soit remise au jury en cours de délibération? (3) Bien que le juge du procès n'ait pas donné au jury des directives sur l'utilisation qui peut être faite des déclarations antérieures incompatibles, en est-il résulté un tort important ou une erreur judiciaire grave? Et (4) les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii)?

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Les pourvois sont accueillis.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major: Le juge du procès peut, à sa discrétion, déterminer si la déposition d'un témoin, qu'il soit un complice ou non, est pour quelque raison si indigne de foi qu'il devient nécessaire de faire une mise en garde au jury. L'arrêt *Vetrovec c. La Reine* n'a pas établi que, si une mise en garde est faite à l'égard d'un témoin en particulier, le juge du procès doit, dans tous les cas, souligner ensuite de manière détaillée les éléments de preuve susceptibles de corroborer la déposition de ce témoin. Bien qu'une mise en garde de type *Vetrovec* puisse être assortie d'une directive semblable, il ne s'agit pas d'une exigence générale.

Bien que la mise en garde de type *Vetrovec* soit habituellement assortie de quelque mention par le juge du procès des éléments de preuve que le jury peut considérer comme corroborant la preuve contestée, dans certains cas, la preuve corroborante peut être, en totalité ou en partie, extrêmement préjudiciable à l'accusé, de sorte qu'il pourrait, dans certaines circonstances, être injuste pour ce dernier d'attirer l'attention du jury sur cette preuve au moment de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Dans ces circonstances, le redressement approprié réside dans le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider si une mise en garde de type *Vetrovec* doit être faite et, dans l'affirmative, si cette mise en garde devrait être assortie ou non d'une directive concernant les autres éléments de preuve précis que le jury pourrait considérer comme corroborant la preuve contestée. Du fait que le juge du procès est mieux placé pour évaluer l'ambiance du procès et l'effet que la preuve ou la directive peut avoir sur le jury qui entend l'affaire, la décision que prend le juge du procès sur des questions de ce genre ne devrait pas être modifiée à la légère en appel.

Même si, aux termes de l'arrêt *Vetrovec*, la mise en garde au jury relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n'est pas nécessaire dans tous les cas où il est question des témoignages de complices du fait ou de

stances may be such that a *Vetrovec* caution must be given. The trial judge's discretion whether to give a *Vetrovec* warning should generally be given wide latitude by appellate courts. But a *Vetrovec* caution was clearly required here for the testimony of both Dietrich and Belmont.

Appellants' counsel at trial not only did not object, but also appeared to have wanted Dietrich's letter to go to the jury even though it contained highly prejudicial statements against the appellants. Defence counsel made a strategic decision that there was a benefit to the appellants in having the letter in the jury's possession during their deliberations in that the letter undermined Dietrich's credibility. The defence could not then complain about the disadvantages of the letter's going to the jury. Appellants, nevertheless, were entitled to a proper instruction being given to the jury as to the limited use that could be made of the letter during their deliberations. The trial judge did not instruct the jury that the letter could not be used as substantive evidence and referred to the letter in terms that could have given the jury the impression that it could be used in that manner.

In determining whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge's error an appellate court must determine if there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made. While each of the errors made by the trial judge was serious, it was not necessary to reflect upon whether any one of them would have been a sufficient basis for directing a new trial. When the cumulative effect of the errors in question is considered, the curative provision should not be applied. There is a reasonable possibility that, but for the trial judge's errors, the verdict here would have been different.

The jury may have treated the evidence of Belmont and Dietrich less cautiously during their deliberations than they would have had the trial judge given a proper *Vetrovec* warning. It could not be said with any degree of certainty that, in the absence of a direction from the trial judge, the jury did not use Dietrich's letter inappropriately. Although the trial judge failed to instruct the jury as to the use to be made of prior inconsistent statements, such instruction would only have repeated the obvious fact, given defence counsels' cross-examinations and closing statements, that they concerned the credibility of witnesses. The real danger was that the

complices après le fait, il arrive parfois que les circonstances exigent que l'on fasse une mise en garde de type *Vetrovec*. Les tribunaux d'appel devraient généralement interpréter de façon libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Mais une telle mise en garde était manifestement nécessaire ici en ce qui concernait les témoignages de Dietrich et de Belmont.

Non seulement les avocats des appelants au procès s'y sont pas opposés, mais encore ils ont paru souhaiter que la lettre de Dietrich soit remise au jury même si elle contenait des déclarations fort préjudiciables aux appelants. Les avocats de la défense ont décidé, dans leur stratégie, que le fait que les jurés aient la lettre en leur possession au cours de leurs délibérations jouerait en faveur des appelants puisque cette lettre minait la crédibilité de Dietrich. La défense ne pouvait pas alors se plaindre des inconvénients qui découlaient de la remise de la lettre au jury. Les appelants avaient néanmoins droit à ce que les jurés reçoivent des directives appropriées quant à l'utilisation restreinte qu'ils pourraient faire de la lettre au cours de leurs délibérations. Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas dit que la lettre ne pouvait être utilisée comme preuve de fond et elle en a parlé d'une façon qui peut avoir donné au jury l'impression qu'elle pourrait l'être.

Pour déterminer si l'erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, une cour d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question. Bien que chacune des erreurs du juge du procès ait été grave, il n'est pas nécessaire de se demander si l'une ou l'autre de ces erreurs aurait constitué un motif suffisant d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Si l'on tient compte de l'effet cumulatif des erreurs en question, il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition réparatrice. Il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent ici en l'absence des erreurs commises par le juge du procès.

Il se peut que le jury ait, au cours de ses délibérations, considéré les témoignages de Belmont et de Dietrich avec moins de prudence qu'il ne l'aurait fait si le juge du procès avait fait une mise en garde de type *Vetrovec* suffisante. En l'absence d'une directive du juge du procès, on ne pouvait affirmer avec certitude que le jury n'a pas utilisé la lettre de Dietrich d'une façon irrégulière. Même si le juge du procès n'a pas donné au jury une directive concernant l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles, pareille directive n'aurait que réitéré le fait évident, compte tenu des contre-interrogatoires et de la plaidoirie finale des

jury may not have understood that such statements could not be used as evidence to prove the truth of their contents. This danger was exacerbated by the trial judge's making a number of comments that may have caused the jury to conclude that all prior statements (consistent or inconsistent) could be used as substantive evidence. Even though the prior inconsistent statements were not used by counsel for the purpose of proving the truth of their contents, the non-direction by the trial judge on this issue did not necessarily cause no prejudice to the appellants. The law requires an instruction of this nature because there is otherwise a risk that jurors may not be aware that they cannot use such statements as substantive evidence, irrespective of the use made of the statements by counsel.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): If, taken as a whole, the charge is fair, whatever error it may contain, it cannot amount to a miscarriage of justice and s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* will apply. Jury trials should not be presided over by courts of appeal who are removed from the atmosphere of a particular trial and have no opportunity to assess the traits of the particular jury or to hear counsels' addresses. A trial judge's discretion to deal with a trial as best fits the case over which he or she must preside is an essential element of a trial. Otherwise, a mechanical application of the rules would suffice.

A trial judge has a wide and flexible discretion as to how to instruct juries on the need for careful scrutiny of a witness' testimony. Even where there are legitimate concerns about the credibility of a witness, a clear and sharp warning may not be appropriate in every case. Appellants suffered no detriment because of the absence of a *Vetrovec* warning and, indeed, their position may well have been strengthened by the course followed by the trial judge because the evidence against them would have been emphasized when such a warning was given. The trial judge considered the propriety and need for a *Vetrovec* caution. While declining to make such a caution, she nonetheless indicated that Dietrich's evidence required careful scrutiny and directed the jury to consider whether it was consistent with other credible evidence.

Neither counsel objected to the alleged failure of the judge's charge to deal with the use to be made of prior

avocats de la défense, qu'elles concernaient la crédibilité des témoins. Le danger réel était que le jury n'ait peut-être pas compris que ces déclarations ne pouvaient être utilisées pour établir la véracité de leur contenu. Le juge du procès a aggravé ce danger en formulant un certain nombre d'observations qui peuvent avoir amené le jury à conclure que toutes les déclarations antérieures (compatibles ou non) pouvaient être utilisées comme preuve de fond. Même si les avocats n'ont pas utilisé les déclarations antérieures incompatibles pour établir la véracité de leur contenu, l'omission du juge du procès de donner des directives sur cette question n'a pas été nécessairement sans causer un préjudice aux appelants. Le droit impose des directives de cette nature parce qu'il existe par ailleurs un risque que les jurés ignorent qu'ils ne peuvent pas utiliser ces déclarations comme preuve de fond, indépendamment de l'utilisation que les avocats en font.

*Le* juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Si, dans son ensemble, l'exposé est équitable, quelle que soit l'erreur qu'il puisse contenir, il ne peut constituer un déni de justice et le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* s'appliquera. Les procès par jury ne devraient pas être présidés par des cours d'appel qui, coupées de l'ambiance qui règne dans un procès donné, sont dans l'impossibilité d'apprécier les traits du jury en question, ou d'entendre les exposés des avocats. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de mener le procès de la façon qui convient le mieux à l'affaire dont il est saisi est un élément essentiel du procès. S'il en était autrement, l'application mécanique des règles suffirait.

Le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire souple et étendu quant à la façon de donner des directives aux jurés sur la nécessité d'examiner minutieusement la déposition d'un témoin. Même lorsqu'il existe des doutes légitimes sur la crédibilité d'un témoin, une mise en garde claire et précise ne convient peut-être pas dans tous les cas. Les appelants n'ont subi aucun préjudice en raison de l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec* et, en réalité, il se peut fort bien que leur position ait été renforcée par la ligne de conduite adoptée par le juge du procès, puisqu'une telle mise en garde aurait fait ressortir les éléments de preuve qui leur étaient préjudiciables. Le juge du procès a considéré l'opportunité et la nécessité de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Même si elle a refusé de la faire, elle a néanmoins indiqué qu'il fallait étudier minutieusement le témoignage de Dietrich et elle a dit au jury d'examiner s'il était compatible avec d'autres témoignages crédibles.

Ni l'un ni l'autre avocat ne s'est opposé à l'allégation que le juge du procès n'a pas donné de directive de l'uti-

inconsistent statements. Those statements were put to the witnesses for the sole purpose of casting doubt on their credibility, never with the intention that they be adopted by the witnesses as evidence of the truth of their contents, and everyone assumed as much.

Although it is generally recognized that the failure to warn a jury about the use it can make of a witness' prior statement, unless adopted at trial, can be fatal in cases where a jury might accept such a statement as evidence of its truth rather than going only to credibility, this was not such a case. The judge tailored her charge to the case before her and the case did not mandate the warning in question. The statements were inconsequential and an instruction that prior inconsistent statements could undermine the credibility of witnesses would have applied to appellants as well as to the Crown witnesses. The instruction could have done the appellants more harm than good.

No miscarriage of justice occurred in the circumstances and, if necessary, s. 686(1)(b)(iii) should be applied to cure this type of defect.

#### Cases Cited

By Major J.

**Considered:** *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; **referred to:** *R. v. Babinski* (1991), 67 C.C.C. (3d) 187, aff'd [1992] 3 S.C.R. 467; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Yanover* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Hobart* (1982), 65 C.C.C. (2d) 518.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEALS from judgments of the Ontario Court of Appeal (1991), 2 O.R. (3d) 381, 44 O.A.C. 53,

lisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles. Ces déclarations ont été présentées aux témoins à la seule fin de mettre en doute leur crédibilité, et non dans le but de les faire adopter par les témoins comme preuve de la véracité de leur contenu, et c'est ce que chacun a présumé.

Même s'il est généralement reconnu que l'omission de mettre le jury en garde quant à l'utilisation qu'il peut faire de la déclaration antérieure d'un témoin, à moins que celle-ci ne soit adoptée au procès, peut être fatale dans les cas où le jury pourrait accepter une telle déclaration comme preuve de la véracité de son contenu plutôt que comme touchant seulement à la crédibilité du témoin, ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Le juge a conçu son exposé en fonction de l'affaire dont elle était saisie et cette affaire ne requérait pas la mise en garde en question. Les déclarations étaient sans conséquence et une directive selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles pourraient miner la crédibilité des témoins aurait visé ces derniers autant que les témoins à charge. La directive aurait pu causer aux appelants plus de tort que de bien.

Il n'y a pas eu de déni de justice dans les circonstances et il y a lieu, si nécessaire, d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) afin de remédier à ce genre d'erreur.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêt examiné:** *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; **arrêts mentionnés:** *R. c. Babinski* (1991), 67 C.C.C. (3d) 187, conf. par [1992] 3 R.C.S. 467; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Yanover* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Hobart* (1982), 65 C.C.C. (2d) 518.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 2 O.R. (3d) 381, 44 O.A.C.

63 C.C.C. (3d) 333, 4 C.R. (4th) 245, dismissing appeals from convictions by Boland J. sitting with jury. Appeals allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Michelle Fuerst*, for the appellant Edward Albert Thomas Bevan.

*Clayton C. Ruby* and *Shaun Nakatsuru*, for the appellant Barry Gerald Griffith. <sup>b</sup>

*Scott C. Hutchison* and *Karen Manarin*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major was delivered by

MAJOR J.—The appellants were convicted by a judge and jury of second degree murder in the death of Peter Hodgins. Each was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 10 years. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed, Osborne J.A. dissenting. <sup>e</sup>

The appellants have appealed as of right to this Court on the points of law raised by Osborne J.A.'s dissent, that is whether the clear, sharp warning established in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, should have been given in the trial judge's charge to the jury regarding the evidence of certain Crown witnesses, and whether any substantial wrong or miscarriage of justice occurred as a result of the trial judge's failing to instruct the jury on the use to be made of prior inconsistent statements. The appellants were granted leave to argue the additional issue of the use made at trial of a letter that had been written to the police by one of the Crown witnesses. <sup>f</sup>

It is my opinion that the appeals should be allowed, and a new trial ordered. In light of this result, it is not advisable to review the evidence except to the extent necessary for this decision. <sup>j</sup>

53, 63 C.C.C. (3d) 333, 4 C.R. (4th) 245, qui ont rejeté les appels interjetés contre des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Boland, siégeant avec un jury. Pourvois accueillis, le juge <sup>a</sup> L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Michelle Fuerst*, pour l'appelant Edward Albert Thomas Bevan.

*Clayton C. Ruby* et *Shaun Nakatsuru*, pour l'appelant Barry Gerald Griffith.

*Scott C. Hutchison* et *Karen Manarin*, pour l'intimée. <sup>c</sup>

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major rendu par

LE JUGE MAJOR—Les appelants ont été déclarés coupables, par un juge et un jury, du meurtre au deuxième degré de Peter Hodgins. Chacun d'eux a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 10 ans. Un appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté, le juge Osborne étant dissident. <sup>d</sup>

Les appelants se pourvoient de plein droit devant notre Cour relativement aux points de droit soulevés par la dissidence du juge Osborne, à savoir: dans son exposé au jury, le juge du procès aurait-elle dû faire la mise en garde claire et précise énoncée dans *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, à l'égard des dépositions de certains témoins à charge? Et l'omission du juge du procès de donner au jury des directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles a-t-elle causé un tort important ou une erreur judiciaire grave? Les appelants ont également obtenu l'autorisation de débattre la question de l'utilisation au procès d'une lettre adressée à la police par l'un des témoins à charge. <sup>g</sup>

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Compte tenu de ce résultat, il ne convient pas d'examiner la preuve, si ce n'est dans la mesure nécessaire à la présente décision. <sup>i</sup>

I. Facts

Hodgin's body was found on the morning of May 14, 1981, in a water-filled ditch near Stoney Creek, Ontario. Medical evidence was that he died as a result of heavy blows to the head. The time of death was estimated to be between 6:30 p.m. on May 13, 1981 and 6:30 a.m. on May 14, 1981. Greater precision was not possible as the body had been almost completely submerged in water.

Hodgin had been seen leaving the Tap Room, a Hamilton bar, with the appellant Bevan at about 10:30 p.m. on May 13, 1981. There was no evidence of the appellant Griffith's having been at that bar on that evening, or of his being seen that night with Hodgin. The Crown's theory was that Griffith had been waiting in the area in a white car, and that after Bevan and Hodgin left the Tap Room the three drove to an unknown location, where the appellants beat Hodgin to death with tire irons.

On May 2, 1981, about 11 days prior to the murder, Emily Ribble, a friend of the appellants, was assaulted by Hodgin. This was the alleged motive for the murder. It was conceded by both appellants that they were upset about the beating of Ribble by Hodgin. However, it was evident that a number of people had similar reasons to be upset with Hodgin. The evidence was that he had a history of spontaneous violence towards women, including a previous conviction for manslaughter arising out of the stabbing death of a girlfriend.

In the weeks following the murder the police received information from several witnesses inculpatating the appellants. But they considered the evidence too weak to support a charge. The investigation was suspended in early June 1981.

In late February 1982, Patrick Belmont, who had been arrested for property offences committed with the appellants, approached the police saying he had information about the murder. He told the

I. Les faits

Le 14 mai 1981 au matin, le corps de Hodgin a été découvert dans un fossé rempli d'eau, près de Stoney Creek (Ontario). Selon la preuve médicale, il est décédé entre 18 h 30, le 13 mai 1981, et 6 h 30, le 14 mai 1981, à la suite de coups violents assenés à la tête. Il a été impossible de préciser davantage l'heure du décès étant donné que le corps avait été presque complètement submergé.

Le 13 mai 1981, vers 22 h 30, on avait vu Hodgin quitter le bar Tap Room d'Hamilton en compagnie de l'appellant Bevan. Il n'y avait aucune preuve que l'appellant Griffith était allé à ce bar le même soir ou qu'il avait été aperçu en compagnie de Hodgin. Selon la théorie du ministère public, Griffith avait attendu dans les environs dans une automobile blanche et, après que Bevan et Hodgin eurent quitté le Tap Room, les trois individus s'étaient dirigés en voiture vers une destination inconnue où les appellants ont battu à mort Hodgin au moyen de démonte-pneus.

Le 2 mai 1981, environ 11 jours avant le meurtre, Hodgin s'était livré à des voies de fait sur Emily Ribble, une amie des appelants. Il s'agirait du motif du meurtre. Les appelants ont tous deux reconnu que la raclée que Hodgin avait flanquée à Ribble les avait mis en rogne. Toutefois, il est évident qu'un certain nombre de personnes avaient des raisons semblables d'en vouloir à Hodgin. La preuve a démontré que ce dernier avait des antécédents de violence spontanée envers les femmes et qu'il avait notamment déjà été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable pour avoir poignardé à mort une amie.

Au cours des semaines qui ont suivi le meurtre, la police a reçu de plusieurs témoins des renseignements incriminant les appelants. Elle a toutefois jugé la preuve trop faible pour justifier une accusation. L'enquête a été suspendue au début de juin 1981.

À la fin du mois de février 1982, Patrick Belmont, qui avait été arrêté pour des infractions contre des biens commises avec les appelants, est venu dire à la police qu'il possédait des renseignements



police about several incriminating conversations he had with Bevan. He agreed to wear a bodypack and attempt to elicit further incriminating statements from the appellants. The bodypack was suggested by the police because they viewed Belmont as unreliable.

According to Belmont, he had further conversations with Bevan, and with Griffith, in which each of the appellants implicated themselves in the murder. However, due to malfunctions of the bodypack equipment, only about 20 percent of the conversations were audible to the police, none of which was incriminating.

In the spring of 1982, there was insufficient evidence to lay charges against the appellants, and the investigation was again discontinued.

In August 1986, Stefan Dietrich, who was serving a three-year sentence at Warkworth Penitentiary, wrote to Sgt. Ryan of the Hamilton-Wentworth Regional Police Force that he had information concerning Hodgkin's murder. The investigation was reactivated.

At the time of the murder, Dietrich was a 16-year-old chronic drug and alcohol abuser living with the appellant Griffith. Dietrich testified that one evening in May 1981, the appellants left together in a car. The next day, Dietrich was asked to help the appellants clean out the car, whose trunk contained two tire irons and a blood-soaked carpet. Dietrich put all of the contents from the trunk into green garbage bags, and placed the bags at the front of Griffith's driveway for municipal garbage pickup. Dietrich also testified to a number of incriminating statements made by the appellants, particularly Griffith.

The appellants were arrested in September 1986. At their trial they testified in their own defence, denying or explaining the inculpatory statements allegedly made in the presence of Dietrich, Belmont, and/or other witnesses. As well each of them offered alibi defences.

sur le meurtre. Il a fait part à la police de plusieurs conversations incriminantes qu'il avait eues avec Bevan. À la suggestion de la police qui ne le jugeait pas fiable, Belmont a consenti à porter un micro-émetteur de poche en vue d'obtenir des appelants d'autres déclarations incriminantes.

Belmont a affirmé avoir eu d'autres conversations avec Bevan et Griffith, au cours desquelles ils se sont tous deux compromis relativement au meurtre. Toutefois, en raison du mauvais fonctionnement du micro-émetteur, la police n'a pu entendre que 20 pour 100 des conversations, lesquelles n'étaient pas incriminantes.

Au printemps 1982, comme il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour porter des accusations contre les appelants, l'enquête a de nouveau été abandonnée.

En août 1986, Stefan Dietrich, qui purgeait alors une peine de trois ans au pénitencier de Warkworth, a écrit au sergent Ryan de la police régionale de Hamilton-Wentworth pour l'informer qu'il possédait des renseignements au sujet du meurtre de Hodgkin. L'enquête a alors été rouverte.

À l'époque où le meurtre a été commis, Dietrich, un narcomane et alcoolique âgé de 16 ans, vivait avec l'appelant Griffith. Il a témoigné qu'un soir de mai 1981 les appelants étaient partis ensemble en automobile. Le jour suivant, ils ont demandé à Dietrich de les aider à nettoyer l'automobile dont le coffre contenait deux démonte-neus et un tapis imbibé de sang. Dietrich a placé tout le contenu du coffre dans des sacs à ordures verts qu'il a déposés à l'avant de l'entrée de Griffith pour la collecte d'ordures municipale. Dans son témoignage, Dietrich a également fait état d'un certain nombre de déclarations incriminantes des appelants et, en particulier, de Griffith.

Les appelants ont été arrêtés en septembre 1986. À leur procès, ils ont témoigné pour leur propre défense, niant ou expliquant les déclarations inculpatrices qui auraient été faites en présence de Dietrich, de Belmont ou d'autres témoins. En outre, ils ont tous deux invoqué un alibi comme moyen de défense.

The appellants admitted in their testimony at trial that each had lied in statements to the police. After his September 1986 arrest, the appellant Griffith gave a statement exculpating himself but inculpating Bevan. At his trial, Griffith denied the truth of the parts of his statement inculpating Bevan, stating that he was confused when he gave the statement and told the police what he thought they wanted to hear because he was scared.

The appellant Bevan did not give the police a statement in 1986, but in a statement made to them shortly after the murder, he falsely stated he and Ribble had gone to Ribble's mother's on May 13, 1981. Bevan admitted that he lied to the police about how he had injured his hand about the time of the murder. There was evidence, some admitted and some denied by Bevan, that he had asked other witnesses to lie to the police about various matters related to his conduct around the date of the murder.

Crucial evidence against the appellants was the testimony of Dietrich, and, to a lesser extent, Belmont. In her charge to the jury, the trial judge noted credibility was important in this case, discussed generally how credibility should be assessed, and made some references to factors affecting the credibility of Belmont and Dietrich. She did not, however, in the language of *Vetrovec* give a clear sharp warning to the jury as to its being dangerous to convict the appellants on the basis of the evidence of Belmont and Dietrich unless their evidence was supported by other evidence. Nor did she instruct the jury on the use that could be made of prior inconsistent statements.

Dietrich's letter of August 1986 was read aloud by him during his direct examination. It contained a number of statements prejudicial to the appellants. Defence counsel then used the letter in cross-examination to attack Dietrich's testimony and credibility, on the basis of Dietrich's apparent animosity towards the appellants and his motivations

Au cours de leurs témoignages au procès, les appelants ont admis avoir menti à la police. Après son arrestation en septembre 1986, l'appelant Griffith a fait une déclaration qui le disculpait tout en inculpant Bevan. À son procès, Griffith a désavoué les parties de sa déclaration qui incriminaient Bevan, en déclarant qu'il était confus au moment où il a fait cette déclaration et où il a raconté à la police ce qu'elle voulait entendre parce qu'il avait peur.

En 1986, l'appelant Bevan n'a fait aucune déclaration à la police, mais peu après le meurtre, il lui a faussement déclaré que lui et Ribble s'étaient rendus chez la mère de cette dernière, le 13 mai 1981. Bevan a également reconnu avoir menti à la police concernant la blessure qu'il s'était infligée à la main à l'époque du meurtre. Il y avait une preuve, en partie admise et en partie niée par Bevan, que ce dernier avait demandé à d'autres témoins de mentir à la police au sujet de diverses questions relatives à son comportement vers la date du meurtre.

Le témoignage de Dietrich et, dans une moindre mesure, celui de Belmont constituaient une preuve cruciale contre les appelants. Dans son exposé au jury, le juge du procès a d'abord souligné l'importance de la crédibilité dans cette affaire, puis elle a analysé en des termes généraux la façon dont cette crédibilité devrait être appréciée avant d'évoquer les facteurs qui minaient celle de Belmont et de Dietrich. Cependant, elle n'a pas, pour reprendre les termes de l'arrêt *Vetrovec*, fait une mise en garde claire et précise au jury sur le danger de déclarer les appelants coupables sur la foi des témoignages de Belmont et de Dietrich à moins qu'ils ne soient appuyés par une autre preuve. Elle n'a pas non plus donné de directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles.

Au cours de son interrogatoire principal, Dietrich a lu à haute voix la lettre qu'il avait écrite en août 1986. Elle contenait un certain nombre d'affirmations préjudiciables aux appelants. Au cours du contre-interrogatoire, les avocats de la défense ont utilisé la lettre pour attaquer le témoignage et la crédibilité de Dietrich en se fondant sur l'animo-

for lying to the police and at trial. It was subsequently marked as an exhibit and without objection was given to the jury.

## II. Judgments in the Court of Appeal for Ontario

The Court of Appeal was unanimous in rejecting the appellants' arguments on Dietrich's letter to the police.

The majority, Galligan and Tarnopolsky J.J.A., was of the view that the trial judge properly exercised her discretion against giving a *Vetrovec* caution.

They also held that the failure of the trial judge to instruct the jury on the use to be made of prior inconsistent statements, while in error, was of no consequence as it would have been clear to the jury that the prior inconsistent statements were relevant only to assessing the credibility of the witnesses.

The curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was applied and the appeal dismissed.

Osborne J.A. dissented. In his view, a *Vetrovec* caution was required with respect to the evidence of Dietrich and Belmont, and in the circumstances of this case the trial judge's warning was insufficient.

He found that the prior inconsistent statements were important in assessing credibility of the witnesses, and that the prior inconsistent statements of Dietrich and Belmont could have seriously prejudiced the appellants if those statements were used as evidence of the truth of their contents. He concluded that the trial judge's failure to instruct the jury on the use that could be made of prior inconsistent statements could not be cured by application of s. 686(1)(b)(iii).

sité apparente de ce dernier à l'égard des appelants et sur ses raisons de mentir à la police et au procès. Cette lettre a été par la suite cotée comme pièce, pour être remise au jury sans qu'aucune objection ne soit soulevée.

## II. Les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'argumentation des appelants relative à la lettre adressée à la police par Dietrich.

La cour à la majorité, formée des juges Galligan et Tarnopolsky, était d'avis que le juge du procès avait exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire en ne faisant pas une mise en garde de type *Vetrovec*.

Ceux-ci ont également jugé que, même s'il s'agissait d'une erreur, l'omission du juge du procès de donner des directives au jury sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles était sans conséquence puisque il aurait été clair pour le jury que les déclarations antérieures incompatibles n'étaient pertinentes que pour apprécier la crédibilité des témoins.

La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, a été appliquée et l'appel a été rejeté.

Le juge Osborne était dissident. À son avis, il fallait faire une mise en garde de type *Vetrovec* relativement aux témoignages de Dietrich et de Belmont et, dans les circonstances de l'espèce, celle du juge du procès était insuffisante.

Il a statué que les déclarations antérieures incompatibles étaient importantes pour apprécier la crédibilité des témoins et que celles de Dietrich et de Belmont auraient pu causer un préjudice grave aux appelants si elles avaient été utilisées pour établir la véracité de leur contenu. Le juge a conclu qu'on ne pouvait, en invoquant le sous-al. 686(1)(b)(iii), remédier à l'omission du juge du procès de donner des directives au jury sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles.

### III. Points in Issue

This appeal raises these issues:

1. Did the majority of the Court of Appeal for Ontario err in holding that the trial judge was correct in not giving the jury a clear sharp warning with respect to the evidence of Dietrich and Belmont?
2. Did the Court of Appeal for Ontario err in holding there was no error by the trial judge in either her instructions to the jury on the Dietrich letter or in permitting it to go as an exhibit to the Jury Room?
3. Did the majority of the Court of Appeal for Ontario err by holding that although the trial judge was wrong in failing to instruct the jury with respect to the use that can be made of prior inconsistent statements no substantial wrong or miscarriage of justice occurred?
4. Can the errors made by the trial judge be cured by s. 686(1)(b)(iii)?

### IV. Analysis

#### 1. The *Vetrovec* Issue

The first ground of appeal requires a determination of what *Vetrovec* established. In *Vetrovec*, the appellants had been convicted at trial on a charge of conspiracy to traffic in heroin. An accomplice had testified for the Crown, and the trial judge warned the jury of the danger of convicting on the basis of uncorroborated evidence of an accomplice. On appeal, the appellants did not object to this part of the trial judge's charge, but argued that the part of the charge dealing with the evidence that was capable of corroborative effect was improper.

In the course of giving judgment for this Court, Dickson J. (as he then was) considered the traditional, "fixed and invariable" rule of law that a warning to the jury was automatically required on

### III. Les questions en litige

Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait eu raison de ne pas faire au jury une mise en garde claire et précise à l'égard des témoignages de Dietrich et de Belmont?
2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'avait commis aucune erreur dans les directives qu'elle a données au jury concernant la lettre de Dietrich, ou en permettant que celle-ci soit remise au jury en cours de délibération?
3. La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a-t-elle commis une erreur en concluant que, bien que le juge du procès ait eu tort de ne pas donner au jury de directives sur l'utilisation qui peut être faite des déclarations antérieures incompatibles, il n'en est résulté aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave?
4. Les erreurs du juge du procès peuvent-elles être réparées par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii)?

### IV. Analyse

#### 1. La question de l'arrêt *Vetrovec*

Pour trancher le premier moyen d'appel, il faut déterminer ce que l'arrêt *Vetrovec* a établi. Dans cette affaire, les appelants avaient, au procès, été déclarés coupables de complot en vue de faire le trafic d'héroïne. Un complice avait témoigné pour le ministère public et le juge du procès avait prévenu le jury du danger de déclarer quelqu'un coupable sur la foi du témoignage non corroboré d'un complice. En appel, les appelants ne se sont pas opposés à cette partie de l'exposé du juge du procès, mais ils ont soutenu que la partie de l'exposé portant sur les éléments de preuve susceptibles de constituer une corroboration n'était pas appropriée.

En rendant jugement au nom de notre Cour, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la règle de droit «unique et invariable» traditionnelle, selon laquelle le témoignage d'un complice

the evidence of an accomplice, and ultimately rejected that traditional rule in favour of a flexible, discretionary rule. Under the new rule, the trial judge has a discretion to determine whether the evidence of any witness—not just accomplices—is for some reason untrustworthy to such an extent that a warning to the jury is necessary. He stated at p. 823:

All that can be established is that the testimony of some accomplices may be untrustworthy. But this can be said of many other categories of witness. There is nothing inherent in the evidence of an accomplice which automatically renders him untrustworthy. To construct a universal rule singling out accomplices, then, is to fasten upon this branch of the law of evidence a blind and empty formalism. Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then, regardless of whether the witness is technically an 'accomplice' no warning is necessary.

Dickson J. later commented upon the practice that should be followed by trial judges in charging juries regarding untrustworthy witnesses (at pp. 831-32):

Because of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness. There is no magic in the word corroboration, or indeed in any other comparable expression such as confirmation and support. The idea implied in those words may, however, in an appropriate case, be effectively and efficiently transmitted to the mind of the trier of fact. This may entail some illustration from the evidence of the particular case of the type of evidence, documentary or testimonial, which might be drawn upon by the juror in confirmation of the witness' testimony or some important part thereof. I do not wish to be taken as saying that such illustration must be carried to exhaustion. How-

requiert automatiquement une mise en garde au jury, pour en définitive l'écartier pour adopter une règle souple et discrétionnaire. En vertu de cette nouvelle règle, le juge du procès peut, à sa discrétion, déterminer si la déposition d'un témoin, qu'il soit un complice ou non, est pour quelque raison si indigne de foi qu'il devient nécessaire de faire une mise en garde au jury. Voici ce qu'il affirme, à la p. 823:

Tout ce qu'on peut établir, c'est que le témoignage de certains complices peut ne pas être digne de foi. On peut en dire autant de beaucoup d'autres catégories de témoin. Il n'y a rien d'inhérent au témoignage d'un complice qui le rende nécessairement indigne de foi. Imposer une règle universelle singularisant les complices revient donc à attacher à ce domaine du droit de la preuve un formalisme aveugle et vide de sens. Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un «complice» ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire.

Le juge Dickson a ensuite commenté la pratique que les juges du procès devraient adopter en donnant aux jurés des directives concernant les témoins indignes de foi (aux pp. 831 et 832):

À cause de l'infinie variété des circonstances qui se présentent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions. Ni le mot corroboration ni aucun autre terme semblable, tels les mots confirmation ou appui, n'est magique. On peut, au besoin, transmettre efficacement au juge des faits l'idée que connotent ces mots. Le processus peut exiger des exemples, tirés de la preuve de l'affaire en cause, qui illustrent le type de preuve, documentaire ou testimoniale, dans laquelle le jury peut trouver une confirmation de la déposition du témoin ou d'une partie importante de celle-ci. Je ne veux pas dire qu'il faut donner tous les exemples possibles. Cependant, il arrive parfois,

ever, there is, in some circumstances, particularly in lengthy trials, the need for helpful direction on the question of sifting the evidence where guilt or innocence might, and probably will turn on the acceptance or rejection, belief or disbelief, of the evidence of one or more witnesses.

I do not interpret Dickson J.'s reasons for judgment in *Vetrovec* to have established a rule that if a warning is given regarding a particular witness, the trial judge must in all cases go on to point out in detail evidence which is capable of corroborating that witness' testimony. While an instruction of that nature may be made in tandem with a *Vetrovec* warning, Dickson J. did not intend this to be a requirement in all cases. This conclusion is supported by the manner in which Dickson J. dealt with the issue of corroborative evidence in relation to the facts at issue in *Vetrovec*. The trial in that case lasted more than 100 days, and the charge to the jury took six days. Obviously it was more complicated than this trial. The trial judge in *Vetrovec* warned the jury about the danger of convicting the appellants on the evidence of the accomplice unless that evidence was corroborated in some material particular by other evidence. Despite the complexity of the evidence in that case, Dickson J. expressed the opinion, at p. 832, that it was not necessary for the trial judge to then go on to outline the evidence capable of corroborating the accomplice's testimony:

I return to the facts of the present case. In light of my earlier comments, it would have been sufficient for the trial judge simply to have instructed the jury that they should view the testimony of Langvand with great caution, and that it would be wise to look for other supporting evidence before convicting the appellants.

The principles discussed in *Vetrovec* were slightly refined in *R. v. Babinski* (1991), 67 C.C.C. (3d) 187 (Ont. C.A.), aff'd [1992] 3 S.C.R. 467. In that case, it was held that if a trial judge decides to give a *Vetrovec* warning and there is evidence capable of corroborating the testimony of the wit-

surtout dans les très longs procès, qu'il soit nécessaire d'aider le jury, par des directives, à passer la preuve au crible si la déclaration de culpabilité ou l'acquittement peuvent dépendre et dépendront tout probablement de l'acceptation ou du rejet de la déposition d'un ou de plusieurs témoins ou encore du fait d'y ajouter foi ou de ne point la croire.

Je ne considère pas que, dans les motifs qu'il a rédigés dans *Vetrovec*, le juge Dickson a établi une règle voulant que, si une mise en garde est faite à l'égard d'un témoin en particulier, le juge du procès doit, dans tous les cas, souligner ensuite de manière détaillée les éléments de preuve susceptibles de corroborer la déposition de ce témoin. Bien qu'une mise en garde de type *Vetrovec* puisse être assortie d'une directive semblable, le juge Dickson ne voulait pas en faire une exigence générale. Cette conclusion est étayée par la façon dont le juge Dickson a tranché la question de la preuve corroborante relativement aux faits en cause dans *Vetrovec*. Dans cette affaire, le procès a duré plus de 100 jours et l'exposé au jury en a duré six. De toute évidence, l'affaire était plus compliquée que celle qui nous occupe. Dans *Vetrovec*, le juge du procès a prévenu le jury du danger de déclarer les appelants coupables sur la foi du témoignage d'un complice, à moins que ce témoignage ne soit corroboré sur quelque détail essentiel par une autre preuve. En dépit de la complexité de la preuve dans cette affaire, le juge Dickson s'est dit d'avis, à la p. 832, qu'il n'était pas nécessaire que le juge du procès souligne ensuite les éléments de preuve susceptibles de corroborer le témoignage d'un complice:

Je reviens aux faits de l'espèce. À la lumière des commentaires qui précèdent, il aurait suffi que le juge du procès dise simplement aux jurés qu'ils devaient considérer le témoignage de Langvand avec beaucoup de précautions et qu'il serait prudent de chercher d'autres éléments de preuve complémentaire avant de déclarer les appelants coupables.

Les principes analysés dans *Vetrovec* ont été légèrement précisés dans *R. c. Babinski* (1991), 67 C.C.C. (3d) 187 (C.A. Ont.), conf. par [1992] 3 R.C.S. 467. Dans cette affaire, on a conclu que, si le juge du procès décide de faire une mise en garde de type *Vetrovec* et qu'il existe une preuve suscep-

ness in question, “the trial judge should make some reference to that supporting evidence” (Ont. C.A., at p. 190). The extent to which the trial judge should refer to potentially corroborative evidence depends upon the circumstances of the case, although it is obviously not required, nor would it be appropriate, that the potentially corroborative evidence be reviewed exhaustively.

While it is usually a corollary of the *Vetrovec* warning that the trial judge make some reference to evidence that the jury may consider supportive of the impugned evidence, in some cases part or all of the supporting evidence may be extremely prejudicial to the accused, such that to draw the jury’s attention to that evidence in tandem with a *Vetrovec* warning could in some circumstances be unfair to the accused.

I do not agree that the only remedy for this problem lies in not giving a *Vetrovec* warning. Instead, the appropriate remedy in those circumstances lies with the discretion of the trial judge to decide in the particular case (perhaps following argument) if a *Vetrovec* warning is to be given, and, if so, whether it should or should not be accompanied by a direction as to what other specific evidence the jury might conclude is supportive of the impugned evidence.

The trial judge’s decision on this type of question is similar in principle to the decisions often made by trial judges as to whether to admit cogent but prejudicial evidence. Where that kind of issue arises, the trial judge decides whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. Because the trial judge is in the best position to assess the atmosphere of the trial and the effect that the evidence or instruction may have on a jury hearing the case, the trial judge’s decision on these kinds of issues should not be lightly interfered with on appeal.

tible de corroborer la déposition du témoin en question, [TRADUCTION] «le juge du procès devrait faire une mention quelconque de cette preuve à l’appui» (C.A. Ont., à la p. 190). La mesure dans laquelle le juge du procès devrait mentionner la preuve potentiellement corroborante dépend des circonstances de l’affaire, bien qu’il ne soit évidemment ni nécessaire ni approprié que la preuve potentiellement corroborante fasse l’objet d’une analyse exhaustive.

Bien que la mise en garde de type *Vetrovec* soit habituellement assortie de quelque mention par le juge du procès des éléments de preuve que le jury peut considérer comme corroborant la preuve contestée, dans certains cas, la preuve corroborante peut être, en totalité ou en partie, extrêmement préjudiciable à l’accusé, de sorte qu’il pourrait, dans certaines circonstances, être injuste pour ce dernier d’attirer l’attention du jury sur cette preuve au moment de faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

Je ne suis pas d’accord pour dire que la seule façon de remédier à ce problème consiste à ne pas faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Dans ces circonstances, le redressement approprié réside dans le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider, dans un cas donné (peut-être à la suite des plaidoiries), si une mise en garde de type *Vetrovec* doit être faite et, dans l’affirmative, si cette mise en garde devrait être assortie ou non d’une directive concernant les autres éléments de preuve précis que le jury pourrait considérer comme corroborant la preuve contestée.

La décision du juge du procès sur une telle question est semblable en principe aux décisions que les juges de procès prennent souvent quant à la recevabilité d’une preuve pertinente mais préjudiciable. Lorsque ce genre de question se pose, le juge du procès décide si la valeur probante de la preuve l’emporte sur son effet préjudiciable. Du fait que le juge du procès est mieux placé pour évaluer l’ambiance du procès et l’effet que la preuve ou la directive peut avoir sur le jury qui entend l’affaire, la décision que prend le juge du procès sur des questions de ce genre ne devrait pas être modifiée à la légère en appel.

Had this trial occurred prior to *Vetrovec*, a caution would have been required on the testimony of Dietrich. Although Dietrich was not an accomplice, he was an accessory after the fact. In *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527, it was held that the same rule of caution applied to the testimony of an accessory after the fact as to the testimony of an accomplice.

In submissions made to the trial judge prior to the charge to the jury, defence counsel urged the trial judge to include an "unsavoury witness" warning in her charge, as did Crown counsel who stated:

Perhaps starting with the easy ones. The unsavoury witness. It is a matter of discretion. However, based on all the evidence your ladyship has before you I would urge your ladyship to give instructions to the jury on that basis.

While under *Vetrovec* a caution to the jury is a matter of the trial judge's discretion and is not required in all cases involving testimony of accomplices or accessories after the fact, there are some cases in which the circumstances may be such that a *Vetrovec* caution must be given. The trial judge's discretion whether to give a *Vetrovec* warning should generally be given wide latitude by appellate courts. But in my respectful view a *Vetrovec* caution was clearly required in this case with respect to the testimony of both Dietrich and Belmont.

Both of them had lengthy criminal records, had strong motivations to lie, and approached the police only when each perceived that some benefit—such as release from prison, a discontinuation of charges against them, or cash payments—could be obtained in exchange for their testimony. Both of them explicitly told the police at the time they came forward that they were seeking a "deal" in exchange for their evidence against the appellants. Moreover, the evidence of Belmont

Si le procès en l'espèce avait précédé l'arrêt *Vetrovec*, le témoignage de Dietrich aurait nécessité une mise en garde. Même si Dietrich n'était pas un complice du fait, il était un complice après le fait. Dans *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527, on a conclu qu'il faut appliquer au témoignage d'un complice après le fait la même règle de prudence qu'à celui du complice du fait.

Dans les arguments qu'ils ont soumis au juge du procès avant l'exposé au jury, les avocats de la défense l'ont pressée de mettre le jury en garde contre les [TRADUCTION] «témoins à la moralité équivoque», à l'instar du substitut du procureur général qui a affirmé:

[TRADUCTION] Pour commencer peut-être par les faciles. Les témoins à la moralité équivoque. C'est une question de discrétion. Toutefois, compte tenu de l'ensemble de la preuve dont vous êtes saisie, je prierais Votre Seigneurie de donner des directives au jury à cet égard.

Même si, aux termes de l'arrêt *Vetrovec*, la mise en garde au jury relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n'est pas nécessaire dans tous les cas où il est question des témoignages de complices du fait ou de complices après le fait, il arrive parfois que les circonstances exigent que l'on fasse une mise en garde de type *Vetrovec*. Les tribunaux d'appel devraient généralement interpréter de façon libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Mais à mon avis, une telle mise en garde était manifestement nécessaire dans la présente affaire en ce qui concernait les témoignages de Dietrich et de Belmont.

Tous deux avaient un lourd casier judiciaire et de bonnes raisons de mentir, et ils n'ont communiqué avec la police que lorsqu'ils ont cru que leurs témoignages pourraient leur procurer un avantage, comme une mise en liberté, un abandon des accusations portées contre eux ou des paiements en argent. Au moment où ils se sont présentés, ils ont tous deux mentionné explicitement à la police qu'ils cherchaient à conclure un marché en échange de leurs témoignages contre les appellants. En outre, les témoignages de Belmont et de Dietrich incriminaient les appelants et consti-



and Dietrich was incriminating to the appellants, and crucial to the Crown's case.

The trial judge was aware of the issue of credibility and made reference to factors that could specifically affect the credibility of Dietrich and Belmont, but she did not convey to the jury a clear sharp warning. The references made by the trial judge to the evidence of Dietrich and Belmont were made in the course of a seriatim review of the evidence given by all of the witnesses who testified at trial. The trial judge used much the same language in addressing the evidence of Dietrich and Belmont as she did in addressing the evidence of other witnesses, both individually and in a general sense.

After the trial judge's charge to the jury, defence counsel argued that the charge was insufficient with respect to the "unsavoury witness" warning, but the trial judge declined to recharge the jury. It is not clear from the trial judge's comments in the discussions following her charge to the jury whether she was of the view that she had given an adequate *Vetrovec* warning, or whether she had decided not to give such a warning. In either event, the trial judge's charge to the jury lacked the clear and sharp warning required by *Vetrovec* to attract the attention of the jury to the risk of adopting, without more, the evidence of Dietrich and Belmont.

## 2. The Dietrich Letter

The key point in dealing with the question of whether the trial judge erred in permitting the Dietrich letter to go to the jury is that the appellants' counsel at trial not only did not object, but appeared to have wanted the letter to go to them. Defence counsel made a strategic decision that there was benefit to the appellants in having the letter in the jury's possession during their deliberations, in that the letter undermined Dietrich's credibility. It is not now open to the appellants, having

tuaiement un élément crucial de la preuve du ministère public.

Le juge du procès était consciente de la question de crédibilité et elle a mentionné les facteurs qui pourraient précisément miner la crédibilité de Dietrich et de Belmont, mais elle n'a pas fait de mise en garde claire et précise au jury. Ses allusions aux témoignages de Dietrich et de Belmont ont été faites dans le cadre d'un examen séquentiel des dépositions de tous les témoins qui avaient témoigné au procès. En examinant les témoignages de Dietrich et de Belmont, le juge du procès a tenu à peu près le même langage que lorsqu'elle a examiné ceux des autres témoins, à la fois individuellement et généralement.

Après l'exposé du juge du procès au jury, les avocats de la défense ont soutenu que cet exposé était insuffisant en ce qui concernait la mise en garde contre les «témoins à la moralité équivoque», mais le juge du procès a refusé de donner au jury de nouvelles directives. Les observations que le juge du procès a faites au cours des discussions qui ont suivi son exposé au jury ne révèlent pas clairement si elle estimait avoir fait une mise en garde de type *Vetrovec* suffisante ou si elle avait plutôt décidé de ne pas faire une telle mise en garde. Quoi qu'il en soit, l'exposé du juge du procès au jury ne contenait pas la mise en garde claire et précise requise par *Vetrovec* pour attirer l'attention du jury sur le danger de retenir sans plus les témoignages de Dietrich et de Belmont.

## 2. La lettre de Dietrich

L'élément clé relativement à la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en permettant que la lettre de Dietrich soit remise au jury est que, non seulement les avocats des appellants au procès ne s'y sont pas opposés, mais encore ils ont paru souhaiter que la lettre lui soit remise. Les avocats de la défense ont décidé, dans leur stratégie, que le fait que les jurés aient la lettre en leur possession au cours de leurs délibérations jouerait en faveur des appelants puisque cette lettre minait la crédibilité de Dietrich. Les appelants ne peuvent maintenant, après avoir pris cette décision,

made that decision, to complain about the disadvantages of Dietrich's letter's going to the jury.

However, the appellants were still entitled to a proper instruction being given to the jury as to the limited use that could be made of the letter during their deliberations. The letter contained highly prejudicial statements against the appellants, including a suggestion that the appellants wanted Dietrich dead because of his knowledge about the murder (Dietrich did not adopt this in his testimony).

The trial judge did not instruct the jury that the letter could not be used as substantive evidence, and referred to the letter in terms that may have given the jury the impression that it could be used in that manner. In her charge to the jury, the trial judge noted the importance of Dietrich's testimony, and referred to his letter as a "very interesting piece of evidence". She had also instructed the jury that the "filed exhibits" were "evidence".

3. Can the Trial Judge's Error in Failing to Instruct the Jury with Respect to the Use that can be Made of Prior Inconsistent Statements be Cured by s. 686(1)(b)(iii)?

Since this issue requires a consideration of the approach to be taken to s. 686(1)(b)(iii), I will address it in the course of assessing whether all of the trial judge's errors can be cured by that provision.

4. Should the Curative Provision be Applied in this Case?

The question to be asked in determining whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge's error is whether "the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred": see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, per Cartwright J. (as he then was), at p. 744; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29. This test has also been expressed in terms of whether there is any possi-

se plaindre des inconvénients qui découlent de la remise de la lettre de Dietrich au jury.

Cependant, les appelants avaient tout de même droit à ce que les jurés reçoivent des directives appropriées quant à l'utilisation restreinte qu'ils pourraient faire de la lettre au cours de leurs délibérations. Cette lettre contenait des déclarations fort préjudiciables aux appelants, dont une indication qu'ils souhaitaient la mort de Dietrich en raison de ce qu'il savait du meurtre (ce que Dietrich n'a pas retenu dans son témoignage).

Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas dit que la lettre ne pouvait être utilisée comme preuve de fond et elle en a parlé d'une façon qui peut avoir donné au jury l'impression qu'elle pourrait l'être. Dans ces mêmes directives, le juge du procès a souligné l'importance du témoignage de Dietrich et a dit de sa lettre qu'elle constituait un [TRADUCTION] «élément de preuve très intéressant». Elle a aussi indiqué au jury que les «pièces produites» constituaient des «éléments de preuve».

3. L'erreur que le juge du procès a commise en ne donnant pas au jury des directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles peut-elle être réparée par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii)?

Puisque cette question exige un examen de la façon dont il faut aborder le sous-al. 686(1)(b)(iii), j'y répondrai en décidant si l'ensemble des erreurs du juge du procès peuvent être réparées par application de cette disposition.

4. La disposition réparatrice devrait-elle s'appliquer en l'espèce?

Pour déterminer si l'erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, il faut se demander si «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite»: voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), à la p. 744; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329. On a également formulé le critère de la façon suivante: existe-t-il une possibilité que, n'eût été l'erreur

bility that if the error had not been committed, a judge or properly instructed jury would have acquitted the accused: see *Colpitts, per Spence J.*, at p. 756; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, *per Sopinka J.*, at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, *per Iacobucci J.* at pp. 736-37. I do not interpret these two approaches as being intended to convey different meanings. Under either approach, the task of an appellate court is to determine whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made.

While each of the errors made by the trial judge in this case was serious in nature, it is not necessary to reflect upon whether any one of those errors, if it were the sole error by the trial judge, would have been a sufficient basis for directing a new trial. When the cumulative effect of the errors in question is considered, in my view this is clearly not a case in which it would be appropriate to apply the curative provision. In all the circumstances of this case there is a reasonable possibility that, but for the trial judge's errors, the verdict would have been different.

The jury may have treated the evidence of Belmont and Dietrich less cautiously during their deliberations than they would have had the trial judge given a proper *Vetrovec* warning. As for Dietrich's letter, it is noteworthy that the jury asked the trial judge if there was a signed statement of Dietrich. There was no such statement available, but the jury had Dietrich's letter with them. It is difficult to say with any degree of certainty in the absence of a direction from the trial judge that the jury did not use Dietrich's letter inappropriately.

This leaves the matter of the trial judge's failure to instruct the jury as to the use to be made of prior inconsistent statements. In light of the manner in which the prior inconsistent statements were utilized in cross-examination of various witnesses and in the closing submissions of defence counsel, the jury surely understood that the credibility of

commise, le juge ou un jury ayant reçu des directives appropriées ait acquitté l'accusé?: voir *Colpitts*, le juge Spence, à la p. 756; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, le juge Iacobucci, aux pp. 736 et 737. Je ne crois pas que ces deux énoncés aient un sens différent. Dans les deux cas, la tâche de la cour d'appel consiste à déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question.

Bien que chacune des erreurs du juge du procès en l'espèce ait été grave, il n'est pas nécessaire de se demander si l'une ou l'autre de ces erreurs, dans l'hypothèse où elle aurait été la seule commise par le juge du procès, aurait constitué un motif suffisant d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. J'estime que, si l'on tient compte de l'effet cumulatif des erreurs en question, il ne s'agit manifestement pas d'un cas où il conviendrait d'appliquer la disposition réparatrice. Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence des erreurs commises par le juge du procès.

Il se peut que le jury ait, au cours de ses délibérations, considéré les témoignages de Belmont et de Dietrich avec moins de prudence qu'il ne l'aurait fait si le juge du procès avait fait une mise en garde de type *Vetrovec* suffisante. Quant à la lettre de Dietrich, il convient de noter que le jury a demandé au juge du procès s'il existait une déclaration signée de Dietrich. Il n'y en avait aucune, mais le jury était en possession de la lettre de Dietrich. En l'absence d'une directive du juge du procès, on peut difficilement affirmer avec certitude que le jury n'a pas utilisé la lettre de Dietrich d'une façon irrégulière.

Reste la question de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles. Compte tenu de la façon dont les déclarations antérieures incompatibles ont été utilisées au cours du contre-interrogatoire de différents témoins et dans le cadre de la plaidoirie

witnesses was affected by prior inconsistent statements made by those witnesses. An instruction by the trial judge in this regard would have only repeated what was already patently obvious to the jury in the context of the trial proceedings in this case. <sup>a</sup>

The real danger flowing from the failure of the trial judge to instruct the jury on the use that may be made of prior inconsistent statements is that the jury may not have understood that such statements could not be used as evidence to prove the truth of their contents. This danger was exacerbated by the trial judge's making a number of comments that may have caused the jury to conclude that all prior statements (consistent or inconsistent) could be used as substantive evidence. During the course of her charge to the jury, the trial judge stated: <sup>b</sup>

A fact may be established by direct or circumstantial evidence or by a combination of both. Direct evidence consists of concrete objects, written statements, the testimony of witnesses of things he saw, he perceived through his senses. Something the witness has seen, heard, felt. Example - the photographs and signed statements given to the police by each of the accused which have been filed as exhibits, that is direct evidence. <sup>c</sup>

While the trial judge explained to the jury that statements by the accused could be used as substantive evidence, she did not instruct the jury that they could not also utilize prior statements by a witness as evidence of the truth of their contents. She instructed the jury that newspaper articles that had been filed as exhibits were not filed as evidence of the truth of their contents. This instruction, combined with the absence of instruction as to the use that could be made of witness statements generally, may have suggested in the minds of the jurors that they could use witness statements as evidence of the truth of their contents. Credence is given to this possibility by the jury's question to the judge, during their deliberations, as to whether there was a signed statement of Dietrich. The jury may have had the impression that such a statement—or any other witness statement—could be used as substantive evidence. <sup>d</sup>

finale des avocats de la défense, le jury a sûrement compris que la crédibilité des témoins était minée par leurs déclarations antérieures incompatibles. Une directive du juge du procès à cet égard n'aurait que réitéré ce qui était déjà tout à fait évident pour le jury dans le contexte de l'instruction de la présente affaire.

En omettant de donner au jury des directives sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles, le juge du procès a fait naître le danger réel que le jury n'ait peut-être pas compris que ces déclarations ne pouvaient être utilisées pour établir la véracité de leur contenu. Le juge du procès a aggravé ce danger en formulant un certain nombre d'observations qui peuvent avoir amené le jury à conclure que toutes les déclarations antérieures (compatibles ou non) pouvaient être utilisées comme preuve de fond. Au cours de son exposé au jury, le juge du procès a déclaré: <sup>e</sup>

[TRADUCTION] Un fait peut être établi par une preuve directe ou circonstancielle ou par une combinaison des deux. La preuve directe consiste en des objets concrets, des déclarations écrites, une déposition sur ce que le témoin a vu, perçu par ses sens. Ce qu'il a vu, entendu, ressenti. Par exemple, les photographies et les déclarations signées remises à la police par chaque accusé et produites comme pièces constituent une preuve directe. <sup>f</sup>

Le juge du procès a expliqué aux jurés que les déclarations des accusés pouvaient être utilisées comme preuve de fond, mais elle n'a toutefois pas dit aux jurés qu'ils ne pouvaient pas utiliser également les déclarations antérieures d'un témoin pour établir la véracité de leur contenu. Elle a affirmé au jury que les articles de journaux produits comme pièces n'avaient pas été produits pour établir la véracité de leur contenu. Cette directive, conjuguée à l'absence de directive sur l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations de témoins en général; a pu donner à entendre aux jurés qu'ils pouvaient utiliser les déclarations des témoins pour établir la véracité de leur contenu. Le fait que les jurés aient, au cours de leurs délibérations, demandé au juge s'il existait une déclaration signée de Dietrich ajoute du poids à cette possibilité. Le jury a peut-être eu l'impression qu'une telle déclaration—ou la déclaration de n'importe quel autre témoin—pouvait être utilisée comme preuve de fond.

The majority of the Court of Appeal was of the view that because the prior inconsistent statements were not used by counsel for the purpose of proving the truth of their contents, the non-direction by the trial judge on this issue caused no prejudice to the appellants. With respect, I do not agree. The reason why the law requires an instruction of this nature is that there is otherwise a risk that jurors may not be aware that they cannot use such statements as substantive evidence, irrespective of the use made of the statements by counsel. While the trial judge and counsel undoubtedly appreciated the limited purpose of reference to the prior inconsistent statements, it cannot be safely assumed that the jury had a similar understanding.

At a new trial of the charges against the appellants, the question of the substantive admissibility of the prior inconsistent statements might have to be considered, in light of this Court's reasons in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740. But I should not be taken in noting this to be suggesting that the statements in issue should (or should not) be ruled substantively admissible at a new trial.

## VI. Conclusion

I would allow the appeals and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I respectfully dissent from the majority and would dispose of this appeal as did the majority of the Ontario Court of Appeal (1991), 2 O.R. (3d) 381, (*Tarnopolsky* and *Galligan J.J.A.*, *Osborne J.A.* dissenting).

After a trial which lasted four days before a jury presided over by a judge, the appellants were convicted of the second degree murder of one Peter Hodgins. Both accused relied on a defence of alibi which, if believed, would have brought about their

La Cour d'appel à la majorité était d'avis que, puisque les avocats n'avaient pas utilisé les déclarations antérieures incompatibles pour établir la véracité de leur contenu, l'omission du juge du procès de donner des directives sur cette question n'avait causé aucun préjudice aux appelants. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. La raison pour laquelle le droit impose des directives de cette nature est qu'il existe par ailleurs un risque que les jurés ignorent qu'ils ne peuvent pas utiliser ces déclarations comme preuve de fond, indépendamment de l'utilisation que les avocats en font. Bien que le juge du procès et les avocats aient indubitablement saisi le but limité de la mention des déclarations antérieures incompatibles, on ne peut présumer sans risque d'erreur que le jury a compris la même chose.

Il se pourrait qu'il faille, lors d'un nouveau procès relatif aux accusations portées contre les appelants, examiner la question de l'admissibilité quant au fond des déclarations antérieures incompatibles, à la lumière de l'arrêt de notre Cour *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Mais il ne faut pas voir dans cette remarque que je laisse entendre que les déclarations en cause devraient (ou ne devraient pas) être jugées admissibles quant au fond lors d'un nouveau procès.

## VI. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—En toute déférence, je ne puis souscrire à l'opinion de la majorité et je statuerai sur le pourvoi comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (1991), 2 O.R. (3d) 381 (*les juges Tarnopolsky et Galligan*, le juge *Osborne* étant dissident).

Au terme d'un procès de quatre jours devant un juge siégeant avec jury, les appelants ont été déclarés coupables du meurtre au second degré d'un nommé Peter Hodgins. Ils ont tous deux présenté une défense d'alibi qui, si on y avait ajouté

acquittal. The whole case, then, turned upon credibility.

The three grounds of appeal raised by the accused relate to the trial judge's charge to the jury, namely her failure to give a sharp and clear warning as set out in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, concerning the testimony of the witnesses Dietrich and Belmont, her failure to instruct the jury with respect to prior inconsistent statements and the filing as an exhibit, by consent, of a letter written by the witness Dietrich.

I disagree with the conclusions of the majority as to the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in this case and must state my agreement with the reasons of Galligan J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, and in particular with his remarks, at pp. 403-4, regarding the trial judge's charge to the jury:

Read as a whole it struck me as a model of fairness and even-handedness. Even though the trial was long and difficult, there were no complicated legal issues to be resolved. The issue ultimately was whether the Crown had proved beyond reasonable doubt that the appellants were the murderers of the victim. They said they had nothing to do with the killing and provided alibi defences. If they had been believed, or even if their evidence had raised a reasonable doubt on the issue, they were entitled to be acquitted. On the other hand, if the evidence of certain Crown witnesses, including Dietrich and Belmont, had been believed, then there could be no doubt of the appellants' guilt. The jury had that most difficult of tasks entrusted to the trier of fact, the weighing of the credibility of witnesses who contradict one another.

The trial judge repeatedly told the jury that the burden of proof rested upon the Crown and that the appellants were entitled to the benefit of any reasonable doubt which arose on the evidence. She also told the jury that the appellants were entitled to the benefit of any reasonable doubt about the accuracy or weight of any of the evidence. She stressed that the credibility of witnesses was very important in the case and carefully outlined the factors that should be taken into account in weighing credibility.

foi, aurait entraîné leur acquittement. La crédibilité a donc été au cœur du débat.

Les trois moyens d'appel invoqués par les accusés ont trait à l'exposé du juge du procès au jury, soit l'omission du juge du procès de faire la mise en garde claire et précise énoncée dans *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, à l'égard des dépositions des témoins Dietrich et Belmont, son omission de donner au jury des directives sur des déclarations antérieures incompatibles, et la production comme pièce, avec le consentement des parties, d'une lettre écrite par le témoin Dietrich.

Je ne partage pas les conclusions de la majorité quant à l'application, en l'espèce, du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, étant d'accord avec les motifs que le juge Galligan a rédigés au nom de la Cour d'appel à la majorité, et, en particulier, avec les remarques qu'il fait, aux pp. 403 et 404, au sujet de l'exposé du juge du procès au jury:

[TRADUCTION] Dans l'ensemble, il m'a paru être un modèle d'équité et d'impartialité. Bien que le procès fût long et difficile, il n'y avait aucune question juridique complexe à résoudre. Il s'agissait en fin de compte de savoir si le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable que les appellants étaient les assassins de la victime. Ces derniers ont affirmé qu'ils n'avaient rien à voir avec le meurtre et ils ont offert un alibi comme moyen de défense. Si on les avait crus, ou même si leur témoignage avait soulevé un doute raisonnable sur la question, il aurait fallu les acquitter. En revanche, si on avait ajouté foi aux dépositions de certains témoins à charge, dont celles de Dietrich et de Belmont, la culpabilité des appellants n'aurait alors fait aucun doute. Le jury devait s'acquitter de la tâche la plus délicate qui puisse être confiée à un juge des faits, celle d'apprécier la crédibilité de témoins qui se contredisent mutuellement.

À maintes reprises, le juge du procès a dit au jury que le fardeau de la preuve incombait au ministère public et que les appelants devaient bénéficier de tout doute raisonnable soulevé par la preuve. Elle lui a également dit que les appelants devaient bénéficier de tout doute raisonnable quant à l'exactitude ou à la valeur de l'un ou l'autre des témoignages. Elle a souligné l'importance en l'espèce de la crédibilité des témoins, avant de prendre soin d'exposer les facteurs à considérer dans l'appréciation de la crédibilité.

The trial judge gave short and even-handed summaries of the controversial testimony and fairly presented the theory of the defence. In short, from my reading of her charge as a whole, it is my opinion that the trial judge laid out for the jury accurately and objectively the issues it had to decide. It is my view that the charge to the jury in this case was admirable. [Emphasis added.]

This is, in my view, the proper light in which a court of appeal, and for that matter our Court, should address a trial judge's charge to a jury as regards the grounds of appeal raised in relation to that charge. If, taken as a whole, the charge is fair, whatever error it may contain, it cannot amount to a miscarriage of justice and s. 686(1)(b)(iii) will apply.

Jury trials should not be presided over by courts of appeal who are removed from the atmosphere of a particular trial, who have no possibility of appreciating the personality, level of sophistication and understanding, or other traits of a particular jury and who do not have the benefit of hearing counsels' addresses to the jury but only of reading them.

A trial judge's discretion to deal with a trial as best fits the case over which he or she must preside is an essential element of a trial. Otherwise, a mechanical application of the rules would suffice. Courts should be wary of usurping this function and overruling that discretion. Almost every accused in an appeal challenges the judge's charge to the jury in the hope of winning a new trial or an acquittal. Judges' charges to the jury are easy targets and if courts give in too easily to those alleged errors, the courts of appeal will take over a trial judge's function. The rationale underlying s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is precisely to insure that only in cases where a miscarriage of justice has occurred will courts intervene in a trial judge's handling of a trial. This is the test and the only test. An error by a trial judge does not by itself warrant intervention by a court of appeal. Only if that error is sufficiently serious to consti-

Le juge du procès a résumé de façon concise et impartiale les témoignages controversés et elle a, de façon équitable, présenté la théorie de la défense. Bref, la lecture de l'ensemble de son exposé me porte à croire que le juge du procès a présenté aux jurés, avec précision et objectivité, les questions qu'ils devaient trancher. À mon avis, l'exposé au jury était admirable en l'espèce. [Je souligne.]

J'estime que c'est dans ce contexte qu'une cour d'appel, et partant, notre Cour, devrait aborder l'exposé d'un juge au jury en ce qui concerne les moyens d'appel soulevés à cet égard. Si, dans son ensemble, l'exposé est équitable, quelle que soit l'erreur qu'il puisse contenir, il ne peut constituer un déni de justice et le sous-al. 686(1)(b)(iii) s'appliquera.

Les procès par jury ne devraient pas être présidés par des cours d'appel qui, coupées de l'ambiance qui règne dans un procès donné, sont dans l'impossibilité d'apprécier la personnalité, le degré de raffinement et de compréhension, ou d'autres traits d'un tel jury et ne peuvent que lire, et non entendre, les exposés des avocats au jury.

Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de mener le procès de la façon qui convient le mieux à l'affaire dont il est saisi est un élément essentiel du procès. S'il en était autrement, l'application mécanique des règles suffirait. Les tribunaux devraient se garder d'usurper cette fonction et de porter atteinte à ce pouvoir discrétionnaire. Presque chaque accusé qui interjette appel conteste l'exposé du juge au jury dans l'espoir d'obtenir un nouveau procès ou un acquittement. Les exposés des juges au jury sont des cibles faciles et, si elles cèdent facilement devant ces prétendues erreurs, les cours d'appel s'arrogeront alors une fonction du juge du procès. La raison d'être du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* est précisément d'assurer que les tribunaux n'interviendront dans la conduite du procès par le juge que s'il y a eu un déni de justice. C'est là le critère applicable, et le seul. Une erreur du juge du procès ne justifie pas en soi l'intervention d'une cour d'appel. Seule l'erreur suffisamment sérieuse pour constituer un déni

tute a miscarriage of justice will it justify intervention. This is what this case is all about.

Dealing first with the *Vetrovec* issue, I would emphasize that this Court has rejected the notion that "ritualistic incantations" must be given regarding the danger of convicting on the uncorroborated testimony of certain categories of witnesses such as accomplices. This is no more than a recognition that the testimony of a witness who is an accomplice may not be inherently any more untrustworthy than that of many other witnesses. In the words of Dickson J. (as he then was) in *Vetrovec* at p. 823, "[t]o construct a universal rule singling out accomplices, then, is to fasten upon this branch of the law of evidence a blind and empty formalism". Rather, a trial judge now has the discretion to determine, after considering factors which might impair the worth of a witness, whether "the credit of the witness is such that the jury should be cautioned" (*Vetrovec*, at p. 823).

Respect for the discretion of the trial judge in such matters is necessary because, even where there are legitimate concerns about the credibility of a witness, a clear and sharp warning may not be appropriate in every case. Furthermore, the accused may him- or herself benefit from the retention of the trial judge's discretion regarding the wisdom of a warning in a particular trial. As Galligan J.A. pointed out, citing the following words of Martin J.A. in *R. v. Yanover* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300, at p. 324:

3. Where the judge decides that such a warning is called for he should assist the jury by drawing to their attention by way of illustration an item or items of evidence which they may draw upon as confirmation of the witness's evidence, but he is not under the same mandatory obligation that existed prior to *Vetrovec* to detail exhaustively "the evidence" capable of supporting the evidence of the accomplice. [Emphasis added.]

In the process of giving a *Vetrovec* warning, the trial judge is required to review evidence which

de justice justifiera cette intervention. C'est ce dont il s'agit ici.

En ce qui concerne, d'abord, l'arrêt *Vetrovec*, je souligne que notre Cour a écarté la notion selon laquelle des «incantations rituelles» doivent être récitées concernant le danger de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi de dépositions non corroborées de certaines catégories de témoins tels les complices. Il s'agit là d'une simple reconnaissance que la déposition d'un témoin qui est un complice n'est peut-être pas moins digne de foi en soi que celle de bien d'autres témoins. Dans l'arrêt *Vetrovec*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme qu'«[i]mposer une règle universelle singularisant les complices revient donc à attacher à ce domaine du droit de la preuve un formalisme aveugle et vide de sens» (p. 823). Le juge du procès a plutôt, maintenant, le pouvoir discrétionnaire de déterminer si, après avoir examiné les facteurs susceptibles de miner la crédibilité d'un témoin, «la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde» (*Vetrovec*, à la p. 823).

S'il est nécessaire de respecter le pouvoir discrétionnaire du juge du procès dans de telles affaires, c'est que, même lorsqu'il existe des doutes légitimes sur la crédibilité d'un témoin, une mise en garde claire et précise ne convient peut-être pas dans tous les cas. En outre, l'accusé peut lui-même bénéficier de la préservation du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider s'il est sage de faire une mise en garde dans un procès donné. Comme le juge Galligan l'a souligné, en citant les propos suivants du juge Martin de la Cour d'appel dans *R. c. Yanover* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300, à la p. 324:

[TRADUCTION] 3. Si le juge décide qu'une telle mise en garde est nécessaire, il devrait venir en aide au jury en attirant son attention, à titre d'exemple, sur un élément ou des éléments de preuve auxquels il peut faire appel pour confirmer la déposition du témoin. Il n'est toutefois pas tenu, comme il l'aurait été avant *Vetrovec*, d'énumérer de manière exhaustive «les éléments de preuve» susceptibles de confirmer le témoignage du complice. [Je souligne.]

Lorsqu'il fait une mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès doit passer en revue les élé-



corroborates the statements of the accomplice. The necessary effect of such a warning in some cases will be to emphasize evidence which is prejudicial to the accused which otherwise would not be directly referred to by the trial judge. The result is, as Dickson J. observed in *Vetrovec* at p. 818, that:

The accused is in the unhappy position of hearing the judge draw particular attention to the evidence which tends to confirm the testimony the accomplice has given. Cogent prejudicial testimony is thus repeated and high-lighted.

This is precisely what would have occurred in the present case had a *Vetrovec* warning been given. Galligan J.A. observed, at pp. 406-7, that:

If the trial judge had decided to give a *Vetrovec* caution respecting Dietrich's testimony, I think she would have been required not only to remind the jury of Griffith's statement to the police confirming the presence of the car at his home the day after the murder but also of Griffith's later denial of the truth of his own statement. The effect of doing so would have been devastating to Griffith and would have outweighed by far any benefit he could have obtained from a *Vetrovec* caution. It is my opinion that in these circumstances the trial judge correctly exercised her discretion in declining to give the *Vetrovec* caution respecting the witness Dietrich. [Emphasis added.]

Therefore, not only have the appellants suffered no detriment because of the absence of a *Vetrovec* warning, their position may well have been strengthened by the decision of the trial judge to proceed as she did.

In my view, no error was committed by the trial judge in the exercise of her discretion. I agree with Galligan J.A. that the effect of *Vetrovec* is to give trial judges a wide and flexible discretion as to how they instruct juries of the need for careful scrutiny of a witness' testimony. It is evident from the discussion that the judge had with counsel before the charge to the jury that she considered the propriety and need for a *Vetrovec* caution.

ments de preuve qui corroborent les déclarations du complice. Dans certains cas, une telle mise en garde aura inévitablement pour effet de faire ressortir des éléments de preuve qui sont préjudiciables à l'accusé et qui, autrement, ne seraient pas directement mentionnés par le juge du procès. Il s'ensuit, comme l'a fait remarquer le juge Dickson dans *Vetrovec*, à la p. 818, que:

L'accusé se trouve dans la situation défavorable d'entendre le juge attirer l'attention du jury sur les éléments de preuve qui tendent à confirmer le témoignage du complice. Un témoignage convaincant et préjudiciable à l'accusé se trouve répété et souligné.

C'est précisément ce qui se serait produit en l'espèce si une mise en garde de type *Vetrovec* avait été faite. Comme le fait observer le juge Galligan, aux pp. 406 et 407:

[TRADUCTION] À mon avis, si elle avait décidé de faire une mise en garde de type *Vetrovec* à l'égard du témoignage de Dietrich, le juge du procès aurait dû rappeler au jury non seulement la déclaration de Griffith à la police, dans laquelle il confirmait la présence de l'automobile à sa résidence le lendemain du meurtre, mais aussi le fait que Griffith a par la suite désavoué sa propre déclaration. Cela aurait eu un effet dévastateur pour Griffith et l'aurait emporté de beaucoup sur l'avantage qu'il aurait pu tirer d'une mise en garde de type *Vetrovec*. Je suis d'avis que, dans ces circonstances, le juge du procès a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de faire une mise en garde de type *Vetrovec* à l'égard du témoin Dietrich. [Je souligne.]

Par conséquent, non seulement les appelants n'ont subi aucun préjudice en raison de l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec*, mais il se peut fort bien que leur position ait été renforcée par la décision du juge du procès d'agir comme elle l'a fait.

À mon avis, le juge du procès n'a commis aucune erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Je suis d'accord avec le juge Galligan pour dire que l'arrêt *Vetrovec* a pour effet de conférer aux juges du procès un pouvoir discrétionnaire souple et étendu quant à la façon de donner des directives aux jurés sur la nécessité d'examiner minutieusement la déposition d'un témoin. Il ressort nettement de la discussion qu'ont eue le juge

While declining to do so, she nonetheless indicated that Dietrich's evidence required careful scrutiny and directed the jury to consider whether it was consistent with other credible evidence. In the circumstances, I would only restate the words of Galligan J.A., at p. 405, that:

... the reviewing court must pay great deference to the trial judge's peculiar advantage in evaluating the atmosphere of a trial and in assessing whether or not, in all of the circumstances of a particular case, a *Vetrovec* warning would redound to the benefit or detriment of an accused.

Turning now to the alleged failure of the trial judge to instruct the jury regarding the use to be made of the prior inconsistent statements of Dietrich and Belmont, one must immediately point out that neither counsel objected to the judge's charge on that point, although objections were made on other points. The reason is quite obvious when one considers that those statements were put to the witnesses for the sole purpose of casting doubt on their credibility, never with the intention that they be adopted by the witnesses as evidence of the truth of their contents. Those witnesses were vigorously cross-examined and, in defence counsel's address to the jury, their statements were referred to on many occasions for the sole purpose of credibility. While failure to object would not of itself be fatal, the tactics of defence counsel cannot be overlooked. As I stated in *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at pp. 713-14:

I am not suggesting that failure to object at trial will preclude counsel from alleging on appeal that an error was made. Mere silence of counsel cannot displace the right of an accused to a fair trial. However, it is important to consider the reasons for counsel's failure to raise any objection to ... evidence.

In this case, the failure of counsel to object indicates, in my view, that everybody took for granted

et les avocats, avant l'exposé au jury, que le juge a considéré l'opportunité et la nécessité de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Même si elle a refusé de la faire, elle a néanmoins indiqué qu'il fallait étudier minutieusement le témoignage de Dietrich et elle a dit au jury d'examiner s'il était compatible avec d'autres témoignages crédibles. Dans ces circonstances, je me contenterai de reprendre les propos du juge Galligan, à la p. 405, selon lesquels:

[TRADUCTION] ... le tribunal d'examen doit faire preuve d'une grande retenue à l'égard de l'avantage particulier dont jouit le juge du procès pour ce qui est d'évaluer l'ambiance d'un procès et de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances d'une affaire particulière, une mise en garde de type *Vetrovec* tournerait à l'avantage ou au détriment de l'accusé.

Quant à l'allégation que le juge du procès n'a pas donné de directive au jury au sujet de l'utilisation qui pouvait être faite des déclarations antérieures incompatibles de Dietrich et de Belmont, il faut immédiatement souligner que ni l'un ni l'autre avocat ne s'est opposé à l'exposé du juge au jury sur ce point, même si des objections ont porté sur d'autres points. Le motif saute aux yeux si l'on considère que ces déclarations ont été présentées aux témoins à la seule fin de mettre en doute leur crédibilité, et non dans le but de les faire adopter par les témoins comme preuve de la véracité de leur contenu. Ces témoins ont subi un contre-interrogatoire serré et, dans leur exposé au jury, les avocats de la défense ont mentionné leurs déclarations à maintes reprises relativement à la seule question de leur crédibilité. Bien que le défaut de soulever une objection ne soit pas en lui-même fatal, on ne saurait ignorer la tactique des avocats de la défense. Comme je l'ai dit dans *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, aux pp. 713 et 714:

Je ne prétends pas que le défaut de l'avocat de soulever une objection lors du procès l'empêche d'alléguer, en appel, qu'une erreur a été commise. Le seul silence de son avocat ne saurait priver l'accusé de son droit à un procès équitable. Cependant, il importe de prendre en considération les raisons pour lesquelles l'avocat ne s'est pas opposé au témoignage ...

En l'espèce, le défaut des avocats de soulever une objection indique, selon moi, que tous ont tenu

that the purpose of introducing those prior statements was only to test the credibility of those witnesses. No one ever suggested otherwise. In the circumstances, it cannot be a matter of reproach to the trial judge that she took the case as it was presented and argued before the jury.

Prior to the charge by the judge, the jury had the benefit of hearing numerous statements from defence counsel on the unreliable nature of the testimony of Dietrich and Belmont. Counsel for Griffith stated:

The evidence against Mr. Griffith, I submit, comes down to Mr. Curtis, Mr. Dietrich, and Mr. Belmont. I suggest to you that all their evidence, all three of them, as I have gone through for the last period of time is riddled with lies and inconsistencies. And if you come to that conclusion too, you have to ask yourself why would they lie about certain things but tell the truth about other things?

Further on counsel suggested:

And, again, not only are [*sic*] their evidence riddled with inconsistencies, but all three of these men, as I have indicated, had ulterior motives to implicate Mr. Griffith. I submit their evidence can't be relied upon to give Mr. Griffith spitting on a sidewalk, let alone to a charge of murder. And there has been no evidence presented at all by the Crown attorney involving Mr. Griffith from any witnesses unbiased that implicates Mr. Griffith.

The trial judge, on a number of occasions, stressed that credibility was at the core of the case. She also stressed that the statements in question should be scrutinized in that light. In her charge to the jury with respect to the evidence of Dietrich, the trial judge reminded the jury that he had a lengthy criminal record. She noted the fact that he had approached the police shortly into his three year sentence and his denial that he had received anything for his assistance. Later in the charge she remarked:

When assessing Dietrich's evidence you will have to scrutinize it very carefully. Does it dovetail with the other evidence that you believe? Bear in mind that he

pour acquis que les déclarations antérieures avaient été présentées dans le seul but de mettre à l'épreuve la crédibilité de ces témoins. Personne n'a jamais prétendu le contraire. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher au juge du procès d'avoir accepté la preuve telle qu'elle a été présentée et débattue devant le jury.

Avant l'exposé du juge, le jury a eu l'avantage d'entendre de nombreuses déclarations des avocats de la défense concernant le caractère peu fiable des témoignages de Dietrich et de Belmont. L'avocat de Griffith affirme:

[TRADUCTION] La preuve contre M. Griffith se limite, d'après moi, aux témoignages de messieurs Curtis, Dietrich et Belmont. Je vous signale que leurs témoignages, à tous les trois, comme je viens de le faire ressortir, sont criblés de mensonges et de contradictions. Et si vous arrivez à la même conclusion, vous devez vous demander pourquoi ils mentiraient à certains égards et diraient la vérité à d'autres égards.

Il ajoute ceci:

[TRADUCTION] Encore une fois, non seulement leurs témoignages sont criblés de contradictions, mais ces trois hommes, je le répète, avaient tous des motifs inavoués d'impliquer M. Griffith. D'après moi, on ne peut se fier à leurs témoignages pour accuser M. Griffith d'avoir craché sur le trottoir et encore moins, pour l'accuser d'avoir commis un meurtre. De plus, aucun témoin à charge impartial n'est venu faire une déposition impliquant M. Griffith.

Le juge du procès a souligné, à maintes reprises, que la question de crédibilité était au cœur de l'affaire. Elle a souligné que c'est dans ce contexte que les déclarations en question devaient être minutieusement examinées. Dans l'exposé au jury relativement au témoignage de Dietrich, le juge du procès a rappelé que celui-ci avait un lourd casier judiciaire. Elle a signalé le fait que Dietrich avait communiqué avec la police peu après avoir commencé à purger sa peine de trois ans, et qu'il avait nié avoir reçu quoi que ce soit en échange de son aide. Plus loin dans son exposé, le juge fait observer:

[TRADUCTION] Lorsque vous évalueriez le témoignage de Dietrich, vous devriez le scruter soigneusement. Concorde-t-il avec les témoignages auxquels vous ajoutez

approached the police and that letter. . . will be with you in the juryroom.

foi? N'oubliez pas qu'il a communiqué avec la police et que [. . .] vous serez en possession de la lettre dans la salle des jurés.

Finally, she reminded the jury:

*a* Enfin, elle rappelle au jury:

Members of the jury, the law is easy. He was badly beaten whoever did it—murder. The real question is did both or either of these accused kill Hodgins? The evidence of the two accused and the evidence of Dietrich is extremely important when deciding this question. Scrutinize all the evidence carefully. Decide what you believe and what you do not believe. Find your facts, reach your verdicts, but as I have told you, this is basically a matter of credibility. Who do you believe and who do you not believe, and that is where you are going to have to start. Whose evidence do we believe, and then you can build on that, and does the next evidence dovetail with that? Does it agree with the evidence that you have accepted?

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs les jurés, le droit est simple. Il a été battu sauvagement peu importe qui l'a fait—meurtre. La véritable question est celle-ci: les deux accusés, ou l'un d'eux, ont-ils tué Hodgins? Leurs témoignages et celui de Dietrich sont extrêmement importants pour trancher cette question. Examinez la preuve avec soin. Déterminez ce que vous croyez et ce que vous ne croyez pas. Tirez vos conclusions de fait, rendez votre verdict, mais je vous le répète, il s'agit avant tout d'une question de crédibilité. Vous devez d'abord déterminer qui vous croyez et qui vous ne croyez pas. Quel témoignage acceptez-vous? Et alors vous pouvez vous fonder là-dessus, et le témoignage suivant concorde-t-il avec cela? Est-il compatible avec le témoignage que vous avez accepté?

The trial judge began her review of the evidence of Belmont and Mathers with the observation that they were "partners in crime". After reviewing their testimony, she noted:

Le juge du procès a amorcé son examen des témoignages de Belmont et de Mathers en faisant observer qu'ils étaient [TRADUCTION] «associés dans le crime». Après avoir passé en revue leurs témoignages, elle souligne:

You will recall that Helen Mathers and Patrick Belmont were both, it would appear from the evidence, cooperating with the police in order to either get him, Belmont, out of jail and, hopefully, have his charges dropped. And I am sure you will recall their evidence, how confusing it was at times. And there was the evidence he wore the bodypacks and what happened when he was wearing those. And, again, counsel have covered that with you. And I think you remember the evidence of the police officer that only 20 percent of those tapes were audible.

[TRADUCTION] Vous vous souviendrez qu'il semblerait, d'après la preuve, que Helen Mathers et Patrick Belmont ont tous deux collaboré avec la police afin que Belmont soit libéré et dans l'espoir que les accusations portées contre lui soient abandonnées. Et je suis certaine que vous vous souviendrez combien déroutants leurs témoignages étaient à certains moments. Et il y a la preuve selon laquelle il a porté le micro-émetteur de poche, et concernant ce qui s'est alors produit. Les avocats vous en ont également déjà parlé. Et je crois que vous vous souvenez du témoignage du policier, selon lequel seulement 20 pour 100 de ces bandes étaient audibles.

So, again, you are going to have to think of all these things very carefully and the circumstances in which that evidence was given when you are determining what weight to give to it. [Emphasis added.]

Donc, encore une fois, vous devrez considérer très minutieusement tous ces éléments ainsi que les circonstances dans lesquelles ce témoignage a été rendu, au moment de déterminer le poids à lui accorder. [Je souligne.]

Although it is generally recognized that the failure to warn a jury about the use it can make of a witness' prior statement, unless adopted at trial, can be fatal in cases where a jury might accept

Même s'il est généralement reconnu que l'omission de mettre le jury en garde quant à l'utilisation qu'il peut faire de la déclaration antérieure d'un témoin, à moins que celle-ci ne soit adoptée au

such a statement as evidence of its truth rather than going only to credibility, this is not such a case.

The same conclusion was reached in *R. v. Hobart* (1982), 65 C.C.C. (2d) 518 (Ont. C.A.), where Martin J.A., after stating, at p. 539, that “a clear direction is required that the prior inconsistent statement is not evidence of the truth of the facts contained therein . . .”; went on to say, at pp. 539-40:

In the present case the out-of-court statements of the witness that were more incriminating of the appellants than her sworn testimony at the trial, were introduced by the defence. No doubt the purpose of defence counsel in eliciting the evidence of Glover's prior statements to the police was to show that she was careless of the truth or that she could not distinguish between fact and fantasy. No one suggested that these statements could be used to prove the truth of the facts contained in them. I do not wish to be taken as holding, however, that even in this situation it was unnecessary to warn the jury that the prior out-of-court statements of the witness not adopted by her, were not evidence of the truth of the facts contained in them. The absence of such a warning in the present case does not, however, import the same prejudice to the accused, as it might in other circumstances.

Although it would have been preferable if the trial Judge had expressly instructed the jury that Sandra Glover's unadopted out-of-court statements made to the police were not evidence of the truth of the facts contained in them, I am satisfied that his failure to do so did not in all the circumstances result in a miscarriage of justice. I also observe that no objection was taken at the trial to his failure to give the instruction which it is now contended should have been given. I would, if necessary, apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. [Emphasis added.]

This is precisely the case here. The judge tailored her charge to the case before her and the case, in her view, did not mandate the warning in

procès, peut être fatale dans les cas où le jury pourrait accepter une telle déclaration comme preuve de la véracité de son contenu plutôt que comme touchant seulement à la crédibilité du témoin, ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce.

On est arrivé à la même conclusion dans l'arrêt *R. c. Hobart* (1982), 65 C.C.C. (2d) 518 (C.A. Ont.), où, après avoir mentionné, à la p. 539, qu'[TRADUCTION] «il est nécessaire de préciser que la déclaration antérieure incompatible n'établit pas la véracité des faits qu'elle contient . . .», le juge Martin ajoute, aux pp. 539 et 540:

[TRADUCTION] En l'espèce, les déclarations extrajudiciaires du témoin, qui étaient plus incriminantes pour les appelants que la déposition assermentée de ce témoin au procès, ont été présentées par la défense. Il n'y a aucun doute qu'en mettant en lumière les déclarations antérieures de Glover à la police, les avocats de la défense cherchaient à démontrer qu'elle ne se souciait guère de la vérité ou qu'elle ne pouvait distinguer la réalité de la fantaisie. Personne n'a prétendu que ces déclarations pouvaient être utilisées pour établir la véracité des faits qu'elles contenaient. Il ne faudrait toutefois pas conclure de mes propos que, même dans cette situation, il était inutile de prévenir le jury que les déclarations extrajudiciaires antérieures du témoin, qu'il n'avait pas adoptées, n'établissaient pas la véracité des faits qu'elles contenaient. L'absence d'une telle mise en garde en l'espèce ne cause toutefois pas à l'accusé le même préjudice qu'elle aurait pu causer en d'autres circonstances.

Bien qu'il eût été préférable que le juge du procès prévienne expressément le jury que les déclarations extrajudiciaires rétractées que Sandra Glover avait faites antérieurement à la police n'établissaient pas la véracité des faits qu'elles contenaient, je suis convaincu que son omission de le faire n'a pas, compte tenu de toutes les circonstances, entraîné une erreur judiciaire. Je remarque également qu'aucune objection n'a été soulevée au procès relativement à son omission de donner des directives qui, soutient-on maintenant, auraient dû être données. Si c'était nécessaire, j'appliquerais les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. [Je souligne.]

C'est exactement le cas ici. Le juge a conçu son exposé en fonction de l'affaire dont elle était saisie et, selon elle, cette affaire ne requérait pas la mise

question. Upon reviewing the whole case and examining the address to the jury in that light, I could not agree more.

Besides, I agree with the Crown that such statements were inconsequential and, as Galligan J.A. said at p. 411:

An instruction that prior inconsistent statements could undermine the credibility of witnesses would have applied to them as well as to the Crown witnesses. Thus, the instruction could have done the appellants more harm than good.

For all these reasons, I am convinced that no miscarriage of justice has occurred in the circumstances and, should it be necessary, I would apply the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* which is specifically designed to cure the type of defect in question.

In the result, I would dismiss these appeals.

*Appeals allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Edward Albert Thomas Bevan: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Barry Gerald Griffith: Ruby & Edwardh, Toronto.*

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

en garde en question. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve et l'exposé au jury sous cet angle, je ne saurais être plus d'accord.

Par ailleurs, je partage l'avis du ministère public selon lequel ces déclarations étaient sans conséquence et, comme le juge Galligan l'affirme, à la p. 411:

[TRADUCTION] Une directive selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles pourraient miner la crédibilité des témoins aurait visé ces derniers autant que les témoins à charge. Par conséquent, la directive aurait pu causer aux appelants plus de tort que de bien.

Pour tous ces motifs, je suis convaincue qu'il n'y a pas eu de déni de justice dans les circonstances et, si cela était nécessaire, j'appliquerais la réserve du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, qui est précisément conçue pour remédier au genre d'erreur ici en question.

En définitive, je rejetterais les pourvois.

*Pourvois accueillis, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant Edward Albert Thomas Bevan: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant Barry Gerald Griffith: Ruby & Edwardh, Toronto.*

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