

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nahoor Araya *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ARAYA

2015 SCC 11

File No.: 35669.

2014: October 17; 2015: March 13.

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Evidence — Admissibility — Limiting instructions — Characterization of witness's testimony — Accused convicted of manslaughter — Accused's appearance changing between time of offence and time of trial — Whether photographs of accused taken days after offence admissible — Whether trial judge's instructions to jury on use it could make of photographs of accused insufficient — Whether trial judge erred in jury instructions by referring to witness's account of conversation with accused as confession.

A was convicted of manslaughter for his alleged involvement in a shooting that took place in a Toronto park. The victim and some friends were socializing in the park when a group of men entered the park and attempted to rob some of them. The victim was shot and killed while chasing after the assailants who fled the scene. Eye-witnesses only provided general descriptions of the assailants — young, black, thin and clean-shaven — and described the shooter as being between 5'4" and 5'8". A, who was 6'1" at the time, was not identified as being among the assailants. He was arrested five days after the shooting, when a teacher of his notified the police that A had approached him and confessed to being present at the shooting but not to having fired the gun.

Because A's appearance had changed between the time of the shooting and his trial, the Crown sought to have admitted two photographs of him taken five days after the shooting in order to establish what he looked

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nahoor Araya *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. ARAYA

2015 CSC 11

N° du greffe : 35669.

2014 : 17 octobre; 2015 : 13 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve — Admissibilité — Directives restrictives — Qualification du témoignage d'un témoin — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Modification de l'apparence de l'accusé entre la perpétration de l'infraction et la tenue du procès — Les photos de l'accusé prises quelques jours après l'infraction étaient-elles admissibles? — Les directives du juge du procès sur l'usage que le jury pouvait en faire étaient-elles insuffisantes? — Dans son exposé, le juge a-t-il eu tort de décrire les propos de l'accusé relatés par un témoin comme un aveu?

A a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable pour sa participation alléguée à un meurtre par balle survenu dans un parc de Toronto. La victime et quelques amis bavardaient dans le parc lorsqu'un groupe d'hommes s'est amené et a tenté de voler certains d'entre eux. La victime a été abattue d'une balle après s'être mise à la poursuite des agresseurs qui avaient pris la fuite. Les témoins oculaires n'ont pu donner qu'une description générale des agresseurs : jeunes, de race noire, minces et rasés de près. Ils ont dit du tireur qu'il mesurait entre 5 pieds 4 pouces et 5 pieds 8 pouces. A, qui faisait alors 6 pieds 1 pouce, n'a pas été identifié comme étant l'un des agresseurs. Il a été arrêté cinq jours plus tard après que son enseignant eut informé la police qu'il l'avait approché et lui avait confié avoir été présent lors de l'homicide, mais ne pas avoir tiré le coup de feu.

A ayant changé d'apparence entre le jour de l'homicide et son procès, le ministère public a demandé l'admission en preuve de deux photos de lui prises cinq jours après l'homicide afin d'établir ce dont il avait l'air à

like at the time. The defence objected, arguing that the photographs were highly prejudicial. The trial judge admitted the photographs for the purpose of allowing the jury to consider whether A had any of the physical attributes described by the eyewitnesses, subject to a limiting instruction that warned the jury that it could not conclude that A was among the assailants solely because his appearance fit within the general description provided by the eyewitnesses. In his instructions to the jury, the trial judge also summarized the Crown's position that the conversation which took place between A and his teacher should be viewed as a confession of guilt. A appealed his conviction and sentence. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal and remitted the matter for a new trial.

Held: The appeal should be allowed, A's conviction for manslaughter restored, and the matter remanded to the Court of Appeal for consideration of the sentencing appeal.

There is no reason to disturb the trial judge's finding that the photographs were admissible. Whether A could have been among the assailants was a critical issue in this case, because he denied being in the park the night of the shooting. Moreover, A did not concede that his appearance fit within the general eyewitness descriptions. Accordingly, the photographs were relevant to the limited question of whether A's appearance at the time of the shooting fit within the general descriptions provided by witnesses. Regarding the potential prejudicial effect of the photographs, there are particular dangers involved in showing eyewitnesses a single photograph to determine if the individual shown is the individual they saw, because the witness's memory may be tainted by exposure to that photograph. However, this concern is not relevant where it is the jury who has been exposed to the photograph of a single person and asked to consider whether the person shown falls within a general description. The jury has no pre-existing memory of the person's appearance to corrupt, nor is the concern about the over-persuasiveness of tainted witness testimony relevant in this context. In light of the deference afforded to trial judges on questions of balancing probative effect against prejudice, there is no reason to disturb the trial judge's finding that the risk associated with the photographs could be appropriately mitigated by a limiting instruction, and thus that the probative value of the photographs outweighed their prejudicial effect.

The trial judge's limiting instruction with respect to the use it could make of the photographs was adequate.

l'époque. La défense s'y est opposée en faisant valoir que les photos étaient très préjudiciables. Le juge du procès les a admises à la seule fin de permettre au jury de déterminer si A avait l'une ou l'autre des caractéristiques physiques mentionnées par les témoins, sous réserve de la directive restrictive de se garder de conclure à tort que A avait été au nombre des agresseurs seulement parce que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins oculaires. Dans son exposé au jury, le juge a également résumé la thèse du ministère public, à savoir que l'entretien à l'école de A avec son enseignant devait être considéré comme un aveu de culpabilité. A a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine. Les juges majoritaires de la Cour d'appel lui ont donné gain de cause et ont ordonné un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable de A est rétablie et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur l'appel de la peine.

Nul motif ne justifie de réformer la conclusion du juge du procès selon laquelle les photos étaient admissibles en preuve. La question de savoir si A avait pu se trouver parmi les agresseurs revêtait une importance cruciale, car il niait être allé au parc le soir en question. Qui plus est, A ne reconnaissait pas que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins oculaires. Les photos étaient donc pertinentes quant à la seule question de savoir si l'apparence de A au moment des faits correspondait aux descriptions générales des témoins. En ce qui concerne l'effet préjudiciable éventuel, montrer aux témoins une seule photo pour savoir si la personne photographiée est celle qu'ils ont vue comporte des risques particuliers, car leur souvenir peut être influencé par la vue de la photo. Cette crainte n'est cependant pas justifiée lorsque c'est au jury qu'on montre la photo d'une seule personne et auquel on demande de déterminer si cette personne correspond à une description générale. Le jury n'a pas de l'apparence de la personne un souvenir préexistant qui est susceptible d'être influencé, et la crainte qu'un témoignage ainsi vicié ne soit trop persuasif n'est pas justifiée dans le contexte. Au vu de la déférence qui s'impose à l'endroit de la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable par le juge de première instance, nul motif ne justifie de réformer la conclusion selon laquelle le risque associé aux photos pouvait être dûment atténué par une directive restrictive, de sorte que la valeur probante des photos l'emportait sur leur effet préjudiciable.

La directive restrictive du juge du procès concernant l'usage qui pouvait être fait des photos était suffisante. La

Parsing the language in one particular sentence to determine whether it was sufficient to warn of an impermissible line of reasoning, without taking into consideration the greater context of the jury instructions and the trial itself, represents the kind of dissection and minute scrutiny this Court has warned against. In this case, there does not appear to be a considerable risk that the jury would have, as a consequence of minor imperfections with the jury instructions, abandoned their common sense and adopted clearly flawed reasoning. Moreover, the risk of a juror actually using the photographs as the basis for an impermissible line of reasoning in the context of this case was appropriately minimized both by the fact that Crown counsel did not urge the jury to adopt impermissible lines of inference and by the trial judge's charge to the jury as a whole.

The trial judge's use of the word "confession" in his jury instructions does not constitute a toxic instruction such that a new trial should be ordered. Indeed, the trial judge did not himself label A's statements to his teacher as confessions. Rather, he repeatedly described the school exchange as a conversation. Moreover, the trial judge only referred to the exchanges as a confession when reiterating the Crown's position, which was that the school conversation should be viewed as a confession of guilt. When viewed in light of the trial judge's other cautions to the jury, including the caution that the teacher's testimony be evaluated only for its evidence of what A said, rather than the teacher's interpretation of his statements, as well as the caution that confession to mere presence at the scene was not sufficient to establish guilt, a single use of the word "confession" in describing the Crown's submissions would not have been so toxic as to call for a correcting instruction. The trial judge fairly described the conversation between A and his teacher and it was properly for the jury to conclude whether the conversation amounted to a confession.

Since the jury instructions were adequate, it is not necessary to consider whether the facts of this case would warrant the application of the curative proviso provided in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436; **referred to:** *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687; *R. v. Goldhar* (1941), 76 C.C.C. 270; *R. v. Smierciak*, [1947] 2 D.L.R. 156; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Avetysan*, 2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Daley*,

réduire à la formulation d'une phrase en particulier pour déterminer si elle met suffisamment en garde ou non contre un raisonnement inacceptable, sans tenir compte du contexte général de l'exposé au jury, ni du procès comme tel, revient à se livrer à la dissection et à l'examen détaillé contre lesquels notre Cour a déjà fait une mise en garde. En l'espèce, il ne semble pas y avoir eu un grand risque que le jury, à cause de légères imperfections de l'exposé, perde tout bon sens et adhère à un raisonnement manifestement erroné. De plus, le fait que l'avocat du ministère public n'a pas invité le jury à tirer d'inférences inacceptables et l'exposé du juge du procès dans son ensemble ont adéquatement atténué le risque qu'un juré utilise de fait les photos pour échafauder un raisonnement inacceptable.

L'emploi du mot « aveu » par le juge du procès n'a pas rendu ses directives toxiques de telle sorte qu'un nouveau procès doive être ordonné. En effet, le juge n'a pas qualifié d'aveux les déclarations de A à son enseignant. Il a en fait décrit maintes fois l'échange survenu à l'école comme un « entretien ». En outre, il n'a parlé d'aveux à cet égard que pour rappeler la thèse du ministère public selon laquelle l'entretien à l'école devait être considéré comme un aveu de culpabilité. À la lumière des autres mises en garde du jury, y compris celle voulant qu'il doive considérer le témoignage de l'enseignant seulement pour établir ce que A avait dit, et non son interprétation de ses propos, de même que la précision selon laquelle l'aveu de la seule présence sur les lieux n'était pas suffisant pour établir la culpabilité, l'utilisation une seule fois du mot « aveu » pour faire état de la thèse du ministère public ne saurait avoir rendu la directive toxique au point de justifier sa rectification. Le juge a bien fait état de l'entretien de A avec son enseignant, et le jury était admis à conclure qu'il s'agissait d'un aveu ou non.

Comme les directives au jury étaient adéquates, il est inutile d'examiner si les faits de l'espèce justifieraient l'application de la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; *R. c. Goldhar* (1941), 76 C.C.C. 270; *R. c. Smierciak*, [1947] 2 D.L.R. 156; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Avetysan*, 2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Cooper*,

2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(2), 686(1)(a), (b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Gillese and Strathy J.J.A.), 2013 ONCA 734, 312 O.A.C. 284, 305 C.C.C. (3d) 14, [2013] O.J. No. 5546 (QL), 2013 CarswellOnt 16738 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for manslaughter. Appeal allowed.

Michael Bernstein, for the appellant.

James Lockyer and *Richard Posner*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — Nahoor Araya was tried by a judge and jury for second degree murder and convicted of the included offence of manslaughter for his alleged involvement in a shooting that took place in a Toronto park on October 3, 2008. The Ontario Court of Appeal (Strathy J.A. (as he then was), dissenting) overturned that conviction and ordered a new trial, finding that the jury instructions given at trial were insufficient to warn the jury against making improper inferences with regard to certain photographs of Mr. Araya taken a few days after the shooting and admitted at trial. The Crown appeals this decision and asks that the manslaughter conviction be restored. In the alternative, the Crown argues that the majority of the Court of Appeal erred in failing to apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 21(2), 686(1)a), b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Gillese et Strathy), 2013 ONCA 734, 312 O.A.C. 284, 305 C.C.C. (3d) 14, [2013] O.J. No. 5546 (QL), 2013 CarswellOnt 16738 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

Michael Bernstein, pour l'appelante.

James Lockyer et *Richard Posner*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — À l'issue d'un procès devant juge et jury pour meurtre au deuxième degré, Nahoor Araya a été reconnu coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable en raison de sa participation alléguée à l'homicide par balle survenu dans un parc de Toronto le 3 octobre 2008. La Cour d'appel de l'Ontario (sous réserve de la dissidence du juge Strathy, aujourd'hui Juge en chef) a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès au motif que, dans ses directives, le juge n'avait pas bien mis le jury en garde contre toute inférence injustifiée à partir de photos de M. Araya prises quelques jours après l'homicide et admises en preuve. Le ministère public fait appel de la décision et demande le rétablissement de la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Il fait valoir subsidiairement que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont omis à tort d'appliquer la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[2] In supporting the decision of the majority of the Court of Appeal, Mr. Araya proffered two additional arguments: first, that the photographs had no probative value whatsoever and were thus inadmissible, and second, that the jury instructions were also flawed with respect to the testimony of Cordel Browne, Mr. Araya's high school English teacher, with whom Mr. Araya spoke after the shooting.

[3] On the issue of the jury instructions regarding the photographs, I agree with Strathy J.A. that the trial judge's instructions were adequate. While not perfectly phrased, the totality of the instructions, viewed in the context of the case as a whole, adequately guarded against the possibility that the jurors might use the photographs as the basis for impermissible reasoning.

[4] On the issue of admissibility, I do not agree with Mr. Araya's contention that the photographs had no probative value. Identity was a key issue in this case. Mr. Araya's appearance had changed from the time of the shooting to the time of his trial. The defence never conceded that Mr. Araya fell within the admittedly broad descriptions of the assailants given by eyewitnesses to the events in the park. Thus, the burden remained on the Crown to establish identity, and the trial judge found that the photographs were probative in showing that Mr. Araya fit within the class of individuals described by the eyewitnesses. I agree with the Court of Appeal that the trial judge's decision on admissibility should not be disturbed.

[5] Finally, on the issue of Mr. Browne's testimony, I do not agree with Mr. Araya's contention that the trial judge erred in instructing the jury with regard to the proper uses or characterization of Mr. Browne's testimony. The trial judge fairly described the conversation between Mr. Araya and Mr. Browne in the jury charge, and it was properly for the jury to conclude whether this conversation amounted to a confession.

[6] I would allow the appeal and remand the matter to the Court of Appeal for consideration of the

[2] À l'appui de la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel, M. Araya formule deux nouveaux arguments. Premièrement, les photos n'avaient aucune valeur probante et étaient donc inadmissibles en preuve. Deuxièmement, les directives au jury étaient lacunaires quant au témoignage de son enseignant d'anglais au secondaire, Cordel Browne, avec lequel il s'est entretenu après l'homicide.

[3] Concernant les directives sur les photos, je conviens avec le juge Strathy qu'elles sont adéquates. Elles ne sont certes pas formulées idéalement, mais dans leur ensemble, eu égard au contexte de l'affaire considérée globalement, elles mettent bien les jurés en garde contre l'emploi des photos pour échafauder un raisonnement inacceptable.

[4] Au chapitre de l'admissibilité, je ne fais pas droit à la prétention de M. Araya selon laquelle les photos n'avaient pas de valeur probante. L'identification était centrale en l'espèce, et l'apparence de M. Araya avait changé entre l'homicide et le procès. La défense n'a jamais reconnu que M. Araya correspondait à la description des agresseurs — assurément générale — fournie par les témoins oculaires des événements dans le parc. L'identification de l'accusé incombait donc toujours au ministère public, et le juge du procès a conclu que les photos avaient un caractère probant en ce qu'elles indiquaient que M. Araya appartenait à la catégorie des personnes visées par la description des témoins. Je conviens avec la Cour d'appel qu'il n'y a pas lieu de réformer cette décision sur l'admissibilité en preuve.

[5] Enfin, en ce qui a trait au témoignage de M. Browne, je ne conviens pas avec M. Araya que le juge a donné au jury des directives erronées sur l'emploi de cet élément de preuve ou sur sa juste qualification. Dans son exposé, le juge a bien fait état de l'entretien entre MM. Araya et Browne, et le jury était admis à conclure qu'il s'agissait d'un aveu ou non.

[6] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer le dossier à la Cour d'appel pour examen de

sentencing issue. It is thus unnecessary to consider the issue of the curative proviso.

I. Factual Background

[7] On the evening of October 3, 2008, 17-year-old Boris Cikovic and a group of friends were drinking and socializing in and around the tennis courts in Buttonwood Park in west Toronto. According to witnesses, a second group of around three or four men entered the park at about 10:30 p.m., got into a confrontation with some of the individuals in Mr. Cikovic's group, and attempted to rob some of them. Mr. Cikovic resisted and used a taser against one of the assailants. The assailants then fled the scene and Mr. Cikovic chased after them, at which point one of the assailants turned and shot Mr. Cikovic, killing him.

[8] The lighting near the tennis courts was dim, and eyewitnesses were only able to provide broad, general descriptions of the unknown men: young, black, thin, and clean-shaven. Some witnesses recalled some of the men wearing bandanas over their faces. The shooter was described as being between 5'4" and 5'8". Mr. Araya was 6'1" at the time. None of the witnesses specifically identified Mr. Araya as being among the assailants.

[9] On October 7, four days after the shooting, Mr. Araya approached Mr. Browne, his English teacher, and asked to speak to him in private. There was disagreement at trial over the nature of the conversation. Mr. Araya testified at trial that while he did have a conversation with Mr. Browne, he did not mention being in Buttonwood Park or having any involvement with the shooting. Instead, he testified that he made up a fabricated story about a confrontation at a different location, in the hopes that Mr. Browne would worry about Mr. Araya's well-being and offer him a place to stay that night. According to Mr. Browne, Mr. Araya said that he had been with the group of people who robbed and shot Mr. Cikovic at Buttonwood Park on October 3,

la question de la détermination de la peine. Il est donc inutile de se pencher sur l'application de la disposition réparatrice.

I. Les faits

[7] Le soir du 3 octobre 2008, Boris Cikovic, âgé de 17 ans, et un groupe d'amis prenaient un verre tout en bavardant sur le terrain de tennis et aux alentours, dans le parc Buttonwood situé dans l'ouest de Toronto. Selon les témoins, un groupe de trois ou quatre hommes s'est amené au parc vers 22 h 30, s'est engagé dans un affrontement avec certains membres du groupe de M. Cikovic et a tenté de voler certains d'entre eux. M. Cikovic ne s'est pas laissé faire et a utilisé un pistolet électrique pour repousser l'un des agresseurs. Ces derniers ont alors pris la fuite, mais M. Cikovic s'est lancé à leur poursuite, ce que constatant, l'un des fuyards s'est retourné et a fait feu. M. Cikovic a été atteint mortellement.

[8] L'éclairage à proximité du terrain de tennis était faible, de sorte que les témoins oculaires n'ont pu donner qu'une description générale des inconnus : ils étaient jeunes, de race noire, minces et rasés de près. Certains ont dit se souvenir qu'un bandana recouvrait une partie du visage de quelques-uns. Le tireur aurait mesuré entre 5 pieds 4 pouces et 5 pieds 8 pouces, tandis que M. Araya faisait alors 6 pieds 1 pouce. Aucun des témoins n'a précisément identifié M. Araya comme étant l'un des agresseurs.

[9] Le 7 octobre, soit quatre jours après l'homicide, M. Araya a approché son enseignant d'anglais, M. Browne, et a demandé à lui parler en privé. Le procès a fait ressortir un désaccord sur la nature de l'entretien. Selon M. Araya, même s'il avait parlé à M. Browne, il ne lui avait pas dit s'être trouvé au parc Buttonwood ou avoir été mêlé de quelque manière à l'homicide. Il aurait plutôt inventé une histoire d'affrontement à un autre endroit dans l'espoir que M. Browne, soucieux du bien-être de son élève, lui offre le gîte pour la nuit. Selon M. Browne, M. Araya aurait dit avoir fait partie du groupe qui avait volé et abattu M. Cikovic au parc Buttonwood le 3 octobre, mais ne pas avoir tiré le coup de feu, et aurait requis ses conseils sur ce qu'il devait faire.

but that he had not fired the gun and wanted Mr. Browne's advice on what to do. Mr. Browne told Mr. Araya that he should inform the authorities, and subsequently notified the police of his conversation with Mr. Araya. Mr. Araya was arrested on October 8. Mr. Browne also gave the police a statement on October 8 about his conversation with Mr. Araya at school the previous day.

II. Procedural History

A. *Trial Proceedings*

[10] Mr. Araya was tried before a jury in 2011 on the basis that he was among the assailants on the night of the shooting, and was thus liable for second degree murder pursuant to s. 21(2) of the *Criminal Code*. The Crown did not allege that Mr. Araya was the shooter. Eyewitnesses to the event testified to their recollections about the description of the assailants. As noted above, these descriptions were limited to vague, general characteristics – young, black, thin, and clean-shaven.

[11] Mr. Araya testified that he was not in Buttonwood Park on the night of October 3, 2008, but was instead at a friend's house several kilometres away from the park. He admitted to having a conversation with Mr. Browne at school on October 7, but disputed the nature of that conversation. His position was that he made up a story related to a different robbery to get Mr. Browne's attention and concern, but that even in this fabricated story, he did not admit to having been at Buttonwood Park on the night of October 3.

[12] Mr. Araya pointed to a number of discrepancies that had arisen between Mr. Browne's statement to police the day after the school conversation and his testimony at trial. Specifically, while Mr. Browne testified that Mr. Araya had admitted to being in the group of assailants at the park on October 3, Mr. Araya said that discrepancies in this testimony, such as whether he had told Mr. Browne "I was involved" or "I wasn't involved", and "we rolled up" or "they rolled up", undermined the value

M. Browne aurait conseillé à M. Araya d'informer les autorités, puis il aurait relaté leur entretien à la police. M. Araya a été arrêté le 8 octobre. Le même jour, M. Browne faisait une déposition à la police sur son entretien de la veille avec M. Araya à l'école.

II. Historique judiciaire

A. *Le procès*

[10] M. Araya a subi son procès devant jury en 2011. Il était accusé de meurtre au deuxième degré au motif qu'il avait été au nombre des agresseurs le soir de l'homicide, en application du par. 21(2) du *Code criminel*. Le ministère public n'a pas prétendu qu'il avait été l'auteur du coup de feu. Les témoins oculaires ont témoigné sur ce dont ils se souvenaient des agresseurs. Rappelons que leurs descriptions faisaient état de caractéristiques vagues et générales : jeunes, de race noire, minces et rasés de près.

[11] Lors de son témoignage, M. Araya a soutenu ne pas s'être trouvé au parc Buttonwood le soir du 3 octobre 2008, mais avoir plutôt rendu visite à une amie à plusieurs kilomètres de là. Il a reconnu avoir eu un entretien avec M. Browne à l'école le 7 octobre, mais il en a contesté la teneur. Il a dit avoir inventé une autre histoire de vol afin d'obtenir la sollicitude de M. Browne, mais que, même dans le récit des faits inventés, il n'avait pas avoué s'être trouvé au parc Buttonwood le 3 octobre au soir.

[12] M. Araya a invoqué un certain nombre de contradictions entre la déposition de M. Browne au lendemain de leur entretien à l'école et le témoignage de l'enseignant au procès. Plus particulièrement, tandis que, selon M. Browne, il avait reconnu avoir été du groupe d'agresseurs qui avait sévi dans le parc le 3 octobre, M. Araya a fait valoir que les incohérences du témoignage de M. Browne, notamment quant à savoir s'il avait dit [TRADUCTION] « j'ai participé » ou « je n'ai pas participé » et « on

of Mr. Browne's inculpatory testimony (Mr. Browne testified that he understood "roll up" in this context to mean to rob the individuals in the tennis court).

[13] The question of whether Mr. Araya was in Buttonwood Park was thus central to the case against Mr. Araya. He disputed that he was among those at the park, and never conceded that his appearance on October 3, 2008 fit within the general description provided by the eyewitnesses.

[14] Mr. Araya's appearance had changed between the events in 2008 and his trial: by 2011, he had gained weight, had shorter hair, was clean-shaven, and wore glasses. The Crown sought to admit two photographs of Mr. Araya taken five days after the shooting in order to establish what he looked like at the time. The defence objected to the admission of the photographs, arguing at trial that they were highly prejudicial. The concern was that the jury might hear the vague eyewitness descriptions of the assailants, note that the photographs of Mr. Araya showed that he fit those descriptions, and impermissibly conclude that Mr. Araya must have been one of the assailants as a result. The trial judge, McMahon J., admitted the photographs for the limited purpose of allowing the jury to consider whether Mr. Araya had any of the physical attributes described by the eyewitnesses, subject to a limiting instruction that warned against improperly concluding that Mr. Araya was among the assailants based solely on his appearance fitting within the general eyewitness descriptions.

[15] Before the jury retired to consider their verdict, the trial judge issued lengthy jury instructions that addressed, *inter alia*, the photographs at issue and Mr. Browne's testimony.

[16] Mr. Araya was convicted of manslaughter and sentenced to eight years in prison, less credit for the time he had spent in pre-trial custody.

les a abordés » ou « ils les ont abordés », compromettaient la valeur du témoignage inculpatoire de l'enseignant (lequel a dit avoir compris que, dans le contexte, « aborder » les personnes présentes sur le terrain de tennis voulait dire aller les voler).

[13] Ainsi, la question de la présence de M. Araya au parc Buttonwood était déterminante quant à sa culpabilité. Il a nié y avoir été présent et n'a jamais reconnu que son apparence du 3 octobre 2008 correspondait à la description générale des témoins oculaires.

[14] Au procès en 2011, M. Araya avait changé d'apparence depuis les événements survenus en 2008 : il avait pris du poids, ses cheveux étaient plus courts, il se rasait de près et il portait des lunettes. Le ministère public a tenté de faire admettre en preuve deux photos de M. Araya prises cinq jours après l'homicide afin d'établir ce dont il avait l'air à l'époque. La défense s'y est opposée en faisant valoir qu'elles étaient très préjudiciables. Elle craignait que les jurés entendent les descriptions vagues des agresseurs fournies par les témoins oculaires, qu'ils constatent que les photos correspondaient à ces descriptions et qu'ils concluent à tort que M. Araya devait donc avoir été l'un des agresseurs. Le juge McMahon, qui présidait le procès, a admis les photos en preuve à la seule fin de permettre au jury de déterminer si l'accusé avait l'une ou l'autre des caractéristiques physiques mentionnées par les témoins, sous réserve d'une directive restrictive selon laquelle les jurés devaient se garder de conclure à tort que M. Araya avait été au nombre des agresseurs seulement parce que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins oculaires.

[15] Avant que le jury ne se retire pour délibérer, le juge du procès lui a donné de longues directives portant entre autres sur les photos et sur le témoignage de M. Browne.

[16] M. Araya a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à huit ans d'emprisonnement, déduction faite des crédits accordés pour le temps passé en détention avant le procès.

B. *Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 734, 312 O.A.C. 284*

[17] Mr. Araya appealed his conviction and sentence to the Ontario Court of Appeal, where he argued that the trial judge erred in admitting the photographs and, in the alternative, that if the photographs were properly admitted, the limiting instructions to the jury were insufficient to protect against prejudice.

(1) The Majority (per Gillese J.A., Laskin J.A. Concurring)

[18] The majority found no error in the trial judge's finding that the photographs were relevant and had some probative value (para. 31), but agreed with Mr. Araya that this probative value was minimal in light of the fact that the defence did not challenge the allegation that Mr. Araya's appearance in 2008 fit within the general description provided by eyewitnesses (para. 32).

[19] The majority then found that the use of the photographs could have had a significant prejudicial effect by leading jurors to engage in a flawed and impermissible line of reasoning in the following manner: "The photos of the appellant at the time of the shooting reveal a young, thin, relatively clean-shaven black male. Thus, at the time of the shooting, the appellant fit the eyewitness generic descriptions of the robbers in the tennis courts. Therefore, the appellant was in the park and/or one of the robbers" (para. 33).

[20] Given the potential prejudice that would arise if a juror were to engage in such reasoning, the majority found that clear jury instructions were required, and that the instructions had to meet two requirements. First, they had to indicate the permissible use that could have been made of the photos, and second, they had to explain the dangers of impermissible lines of reasoning (para. 42). The majority found that the first of these requirements was met (para. 45), but found the instructions insufficient with regard to the second requirement because they did not "clearly explain to the jury the chain of

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 734, 312 O.A.C. 284*

[17] M. Araya a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine devant la Cour d'appel de l'Ontario. Il a soutenu que le juge du procès avait eu tort d'admettre les photos en preuve et, à supposer que leur admission ait été régulière, que les directives restrictives du juge n'avaient pas suffi à le protéger contre un effet préjudiciable.

(1) Les juges majoritaires (la juge Gillese avec l'accord du juge Laskin)

[18] Les juges majoritaires ne relèvent aucune erreur dans la conclusion du juge du procès selon laquelle les photos sont pertinentes et ont une certaine valeur probante (par. 31). Ils conviennent cependant avec M. Araya que cette valeur probante est minimale dans la mesure où la défense ne contestait pas l'allégation voulant que l'apparence de l'accusé en 2008 ait correspondu aux descriptions générales des témoins oculaires (par. 32).

[19] Les juges majoritaires estiment par ailleurs que les photos ont pu avoir un effet préjudiciable important en ce que les jurés les ont utilisées pour échafauder le raisonnement lacunaire et inacceptable suivant : [TRADUCTION] « Les photos de l'appellant au moment de l'homicide montrent qu'il était jeune, de race noire, mince et relativement rasé de près. L'appellant correspondait donc alors au signalement générique des voleurs du terrain de tennis, de sorte qu'il se trouvait dans le parc ou était l'un des voleurs, ou les deux » (par. 33).

[20] Étant donné le risque d'effet préjudiciable si un juré tenait ce raisonnement, les juges majoritaires statuent que des directives restrictives claires s'imposaient et qu'elles devaient satisfaire à deux conditions. Il fallait premièrement qu'elles précisent l'utilisation qui pouvait être faite des photos et, deuxièmement, qu'elles expliquent les risques d'un raisonnement inacceptable (par. 42). Les juges majoritaires concluent au respect de la première condition (par. 45), mais estiment que les directives ne satisfont pas à la seconde en ce qu'elles omettent [TRADUCTION] « d'expliquer clairement au jury

impermissible reasoning” (para. 47). The majority also took issue with the specific wording of the trial judge’s limiting instruction, finding it “confusing” (para. 46).

[21] In light of the insufficiency of the limiting instruction, the majority found that there was a “risk of a serious miscarriage of justice” (para. 50), and allowed the appeal on this ground. The majority thus did not find it necessary to address Mr. Araya’s other asserted grounds for appeal, including the trial judge’s treatment of Mr. Browne’s testimony.

[22] The majority allowed the appeal and remitted the matter for a new trial.

(2) Strathy J.A., Dissenting

[23] Strathy J.A. dissented. He agreed with the majority that the photographs were probative. He stated that in the absence of an admission from Mr. Araya that he fit within the general eyewitness descriptions in 2008, his appearance “remained a live issue” (para. 154). He reviewed the trial judge’s jury charge and found it adequate to guard against the risk of a miscarriage of justice. Specifically, he found that the risk of prejudice needed to be evaluated “having regard to all the evidence before the jury, the arguments of counsel, and the trial judge’s charge, taken as a whole” (para. 157, citing *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694, at para. 47).

[24] Looking at the trial proceedings as a whole, Strathy J.A. found that the impugned photographs played a minor role in the Crown’s case. They were also referred to by the defence as serving to exclude Mr. Araya from the general eyewitness descriptions, because some of the witnesses had described the assailants as clean-shaven, while Mr. Araya had facial hair at the time (para. 158). He also noted that the defence did not object to the jury instruction on this issue (para. 171). He found that the majority’s view that there was significant risk that jurors would make impermissible use of the photos “gives no credit to the jury’s common sense and no weight to the trial

en quoi consiste le raisonnement inacceptable » (par. 47). Ils reprochent en outre au libellé des directives restrictives de « prêter à confusion » (par. 46).

[21] Vu le caractère lacunaire des directives restrictives, les juges majoritaires concluent à l’existence d’un [TRADUCTION] « risque d’erreur judiciaire grave » (par. 50) et accueillent l’appel pour ce motif. Ils n’estiment pas nécessaire de se prononcer sur les autres moyens d’appel invoqués par M. Araya, y compris le sort réservé au témoignage de M. Browne par le juge du procès.

[22] La formation majoritaire accueille l’appel et ordonne un nouveau procès.

(2) Le juge Strathy, dissident

[23] Dissident, le juge Strathy convient avec ses collègues que les photos avaient une valeur probante. Puisque M. Araya ne reconnaissait pas que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins oculaires recueillies en 2008, ce point [TRADUCTION] « demeurait litigieux » (par. 154). Après examen de l’exposé du juge au jury, il conclut que le risque d’erreur judiciaire est convenablement écarté. Plus précisément, il estime que le risque d’effet préjudiciable doit être apprécié « eu égard à la totalité de la preuve présentée au jury, aux plaidoiries et à l’exposé du juge au jury considéré globalement » (par. 157, citant *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694, par. 47).

[24] S’agissant de l’instance dans son ensemble, le juge Strathy considère que les photos constituent un élément infime de la preuve du ministère public. Sans compter qu’elles ont servi à la défense pour dissocier M. Araya des descriptions générales obtenues, car certains des témoins oculaires avaient dit des agresseurs qu’ils étaient rasés de près, alors que M. Araya avait alors des poils au visage (par. 158). Il ajoute que la défense ne s’est pas opposée à l’exposé au jury sur ce point (par. 171). À son avis, l’opinion de ses collègues selon laquelle il existait un risque important que les jurés fassent un usage inacceptable des photos [TRADUCTION] « nie tout bon

judge’s instruction that it was precisely what they should not do” (paras. 178-79).

[25] Strathy J.A. also considered several other arguments raised by Mr. Araya at the Court of Appeal. Most relevant to the arguments before this Court, he considered whether the trial judge erred in his instructions pertaining to Mr. Browne’s testimony. Strathy J.A. summarized both Mr. Browne’s version and Mr. Araya’s version of the conversation they had at school on October 7, 2008 (paras. 93-109), as well as their respective versions of a subsequent conversation at the Metro West Detention Centre on October 23, 2008 (paras. 116-22). He acknowledged that there were apparent discrepancies between Mr. Browne’s police statement and his testimony at trial (para. 104), but that the trial judge “thoroughly reviewed the evidence of both the appellant and Browne concerning their two conversations” (para. 246), that the jury instructions explained how the jury should consider the differences between Mr. Browne’s police statement and his testimony at trial (para. 247), and that the jury was told to consider Mr. Browne’s testimony as to what Mr. Araya said, not what Mr. Browne interpreted those statements to mean (para. 249).

[26] Strathy J.A. concluded that the apparent discrepancies between Mr. Browne’s police statement and trial testimony about the school conversation and between Mr. Browne’s and Mr. Araya’s characterization of the detention centre conversation arose because of ambiguous language (paras. 253-54). Thus, “it was for the jury to consider the explanation of the alleged inconsistency and to determine what to make of the evidence” (para. 255). The trial judge’s explanation of the jury’s duties and his caution that Mr. Browne’s testimony be considered only for Mr. Araya’s words, rather than Mr. Browne’s interpretation of them, were sufficient to render the jury instructions adequate (para. 255).

[27] Strathy J.A. would have dismissed the appeal from conviction.

sens au jury et fait abstraction des directives du juge lui enjoignant précisément de s’abstenir d’un tel usage » (par. 178-179).

[25] Le juge Strathy examine par ailleurs de nouveaux arguments formulés par M. Araya en Cour d’appel. Le plus pertinent pour les besoins du présent pourvoi a trait au caractère erroné ou non des directives du juge du procès sur le témoignage de M. Browne. Le juge Strathy résume les deux versions de l’entretien à l’école du 7 octobre 2008 — celle de M. Browne et celle de M. Araya (par. 93-109) —, ainsi que leurs versions respectives de la teneur de leur entretien ultérieur au centre de détention Metro West le 23 octobre 2008 (par. 116-122). Il reconnaît l’existence de contradictions manifestes entre ce que M. Browne a dit aux policiers et ce qu’il a affirmé au procès (par. 104). Or, selon lui, le juge du procès [TRADUCTION] « fait exhaustivement état tant du témoignage de l’appelant que de celui de M. Browne sur les deux entretiens » (par. 246), ses directives précisent au jury l’emploi qu’il peut faire des différences entre la déposition de M. Browne aux policiers et son témoignage au procès (par. 247) et il enjoint aux jurés de tenir compte de ce que M. Araya aurait dit à M. Browne, et non de l’interprétation des dires de M. Araya par M. Browne (par. 249).

[26] Le juge Strathy arrive à la conclusion que les différences manifestes entre la déposition de M. Browne aux policiers et son témoignage au procès concernant l’entretien à l’école, ainsi qu’entre les versions de l’un et l’autre témoins sur la nature de leur entretien au centre de détention, sont imputables au caractère équivoque de certains des termes employés (par. 253-254). [TRADUCTION] « Il appartenait donc au jury de soupeser l’explication de la contradiction alléguée et de décider du sort à réserver à l’élément de preuve » (par. 255). L’exposé du juge sur les attributions du jury et sa mise en garde selon laquelle le témoignage de M. Browne ne valait que pour la teneur des propos de M. Araya, non pour son interprétation de ces propos, suffisent à rendre adéquates les directives au jury (par. 255).

[27] Le juge Strathy aurait rejeté l’appel de la déclaration de culpabilité.

III. Issues

[28] The Crown raises the following issues on appeal:

- (1) Whether the trial judge's jury instructions regarding the permissible and impermissible uses of the two photographs of Mr. Araya were insufficient; and
- (2) Whether the majority at the Court of Appeal erred in failing to apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

[29] Mr. Araya seeks to uphold the decision of the majority of the Court of Appeal and raises the following additional issues:

- (3) Whether the photographs were inadmissible because they lacked any probative value whatsoever; and
- (4) Whether the trial judge erred in failing to instruct the jury that Mr. Browne's account of the October 7, 2008 conversation with Mr. Araya could not be relied upon as a confession of his involvement in the robbery. This issue was raised by Mr. Araya before the Court of Appeal but not addressed by the majority.

IV. Analysis

[30] Under s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*, a court of appeal may allow an appeal against a conviction where the verdict is unreasonable or unsupported by the evidence, where there has been a wrong decision on a question of law, or where a miscarriage of justice has occurred. Mr. Araya asserts that the trial judge's decision to admit the photographs, his instructions to the jury regarding the permissible use of the photographs, and his instructions regarding the use of Mr. Browne's testimony each amounted to a miscarriage of justice. Based on the grounds raised, I am of the opinion that these arguments are properly understood as assertions that the trial judge engaged in misdirection or non-direction of the jury amounting to errors of law.

III. Questions en litige

[28] Le ministère public soulève les questions suivantes :

- (1) Les directives du juge au jury concernant l'utilisation qui pouvait être faite ou non des deux photos de M. Araya étaient-elles insuffisantes?
- (2) Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont-ils eu tort de ne pas appliquer la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

[29] M. Araya demande à la Cour de confirmer la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel et soulève deux autres questions :

- (3) Les photos étaient-elles inadmissibles en preuve au motif qu'elles n'avaient aucune valeur probante?
- (4) Le juge du procès a-t-il omis à tort de préciser au jury que la relation par M. Browne de l'entretien du 7 octobre 2008 avec M. Araya ne pouvait être considérée comme un aveu de la participation de ce dernier au vol. M. Araya a saisi la Cour d'appel de la question, mais les juges majoritaires ne l'ont pas examinée.

IV. Analyse

[30] L'alinéa 686(1)(a) du *Code criminel* dispose que la Cour d'appel peut accueillir l'appel lorsque le verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, qu'une décision erronée a été rendue sur une question de droit ou qu'il y a eu erreur judiciaire. M. Araya prétend que la décision du juge d'admettre les photos en preuve, ainsi que ses directives sur l'emploi que le jury pouvait faire des photos de M. Araya et du témoignage de M. Browne, équivalent chacune à une erreur judiciaire. Au vu des moyens invoqués, j'estime que ces prétentions sont à juste titre assimilées à des affirmations selon lesquelles le juge a donné au jury des directives erronées ou n'a pas donné de directives du tout, de sorte qu'il y a eu erreurs de droit de sa part.

A. Admissibility of Photographs

[31] It is a basic principle of the law of evidence that the probative value of a particular piece of evidence depends on the context in which it is proffered. In assessing whether evidence was admissible at trial, the trial judge's weighing of probative value and prejudicial effect is entitled to significant deference. Though this deference is not unlimited, "the trial judge's advantage of being able to assess on the spot the dynamics of the trial and the likely impact of the evidence on the jurors" provides good reason to defer to his or her weighing of the probative value against any prejudicial effect that might arise as a result of admission: *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 73.

[32] Under s. 21(2) of the *Criminal Code*, an accused may be found culpable of an offence if that person shares a common intent to commit an unlawful act with one or more other people, and one of those other people commits an offence that the defendant knew or ought to have known was a probable consequence of the plan.¹ In this case, Mr. Araya was convicted of manslaughter under this party liability provision; while the Crown did not assert that Mr. Araya was the shooter, it did argue that Mr. Araya was among the group of assailants, and that the shooting was a probable consequence of their plan to accost Mr. Cikovic's group in the park. Accordingly, the Crown needed to establish that Mr. Araya was in Buttonwood Park at the time of the shooting, as well as the extent of his involvement in the assailants' common intent to commit robbery and that he knew or should have known that the shooting was a probable consequence of that plan.

¹ Section 21(2) operates somewhat differently where a conviction is sought on a charge of murder. Under this Court's decision in *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687, "[a] conviction for murder must be based on proof of subjective foresight of death" (p. 692). Thus, culpability for murder under s. 21(2) only exists where a defendant knew the killing was a probable consequence of the common plan in which he or she was a participant.

A. Admissibilité en preuve des photos

[31] Un principe fondamental du droit de la preuve veut que la valeur probante d'un élément dépende du contexte dans lequel il est présenté. L'appréciation par le juge de la valeur probante et de l'effet préjudiciable d'un élément en vue de statuer sur son admissibilité au procès commande une grande déférence. Cette déférence n'est pas illimitée, mais parce que « le juge du procès a l'avantage d'être en mesure d'apprécier sur place la dynamique du procès et l'effet que la preuve aura vraisemblablement sur les jurés », il convient de déférer à sa mise en balance de la valeur probante de l'élément et de l'effet préjudiciable que pourrait avoir son admission (*R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 73).

[32] Selon le par. 21(2) du *Code criminel*, un accusé peut être reconnu coupable d'une infraction lorsque, avec une ou plusieurs autres personnes, il partage l'intention commune de commettre un acte illégal et que l'une ou plusieurs de ces autres personnes commettent une infraction dont il savait ou aurait dû savoir que la perpétration serait la conséquence probable du projet¹. Dans la présente affaire, M. Araya a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable en application de cette disposition sur la participation à une infraction. Le ministère public n'a pas soutenu qu'il avait abattu la victime, mais bien qu'il avait fait partie des agresseurs et que l'homicide avait été la conséquence probable du projet commun d'aborder le groupe de M. Cikovic dans le parc. Il lui fallait donc prouver que M. Araya s'était trouvé dans le parc lors des faits, ainsi que la part qu'il avait prise dans le projet commun des agresseurs de commettre un vol et le fait qu'il savait ou aurait dû savoir que l'homicide serait la conséquence probable de la mise à exécution du projet.

¹ Le paragraphe 21(2) s'applique quelque peu différemment dans le cas d'une accusation de meurtre. Dans l'arrêt *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687, notre Cour affirme qu'« [u]ne déclaration de meurtre doit être fondée sur la preuve d'une prévision subjective de la mort » (p. 692). Dès lors, il n'y a culpabilité de meurtre pour les besoins du par. 21(2) que si l'intéressé savait que l'infliction de la mort serait la conséquence probable du projet commun auquel il était partie.

[33] Whether Mr. Araya could have been among the assailants was a critical issue in this case, because he denied being in Buttonwood Park the night of the shooting. The Crown sought to admit the post-arrest photographs of Mr. Araya as bearing on the question of identity, and defence counsel objected on the ground that the photographs were highly prejudicial. The trial judge, in ruling on the admissibility of the photographs, remarked that the jury was presented with testimony from multiple witnesses that established a set of vague physical attributes possessed by the assailants. He then noted that the jury had been able to observe Mr. Araya's appearance at trial over several weeks, and that this appearance differed considerably from Mr. Araya's appearance in 2008. He found that the photos were circumstantially relevant to the limited question of whether Mr. Araya's appearance in 2008 fit within the general descriptions provided by witnesses.

[34] Mr. Araya contends that the photos were not relevant to a live issue at trial, and thus were improperly admitted, because it was "apparent" that he did not dispute that his appearance had changed significantly between 2008 and 2011. However, even if this Court were to accept this implied concession, the issue of whether his appearance had changed is a distinct matter from the issue of whether his appearance in 2008 fit within the eyewitness descriptions. Here, Mr. Araya did not concede that his appearance fit within the general eyewitness descriptions. Accordingly, I see no reason to challenge the trial judge's finding that the photographs were relevant for this particular purpose.

[35] Mr. Araya relies on *R. v. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436 (Man. C.A.), for the proposition that the Crown may not adduce prejudicial evidence that bears on matters that are not in dispute. This reliance is misplaced. *Proctor* concerned the Crown's refusal to accept a "crystal clear" defence admission as to identity in order to artificially preserve an issue at trial such that highly inflammatory evidence could be adduced with reference to that

[33] La question de savoir si M. Araya avait pu se trouver parmi les agresseurs revêtait une importance cruciale, car il niait être allé au parc Buttonwood le soir du meurtre. Le ministère public a tenté de mettre en preuve, relativement à la question de l'identité, des photos de M. Araya prises après son arrestation, ce à quoi la défense s'est opposée au motif que les photos étaient très préjudiciables. Dans sa décision sur l'admissibilité des photos, le juge du procès fait observer que le jury a entendu les témoignages de nombreux témoins qui ont brossé un tableau assez flou des caractéristiques physiques des agresseurs. Il signale ensuite que, au fil des semaines qu'a duré le procès, les jurés ont eu le loisir d'examiner M. Araya et que son apparence différait alors beaucoup de celle qu'il avait en 2008. Il conclut que les photos constituaient un élément de preuve circonstancielle pertinent quant à la seule question de savoir si l'apparence de M. Araya en 2008 correspondait aux descriptions générales des témoins.

[34] M. Araya fait valoir que les photos ne se rapportaient pas à une question en litige au procès et qu'elles ont donc été admises à tort, car il ne niait « manifestement » pas avoir beaucoup changé d'apparence entre 2008 et 2011. Or, même si la Cour reconnaissait cet aveu tacite, la question de la modification de son apparence différait de celle de savoir si, en 2008, son apparence correspondait ou non aux descriptions des témoins. En l'occurrence, M. Araya n'a pas reconnu que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins. Je ne vois donc aucune raison de remettre en cause la conclusion du juge du procès selon laquelle les photos étaient pertinentes quant à ce point particulier.

[35] M. Araya invoque l'arrêt *R. c. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436 (C.A. Man.), à l'appui de sa thèse selon laquelle le ministère public ne peut présenter une preuve préjudiciable sur un point qui n'est pas en litige. Il le fait à tort car, dans cette affaire, le ministère public refusait de reconnaître l'aveu « clair et net » de la défense au chapitre de l'identité dans le but de se ménager artificiellement une question en litige au procès de telle sorte qu'il

issue: pp. 440 and 447. Here, there was no clear admission that Mr. Araya's appearance fit within the eyewitness descriptions, nor did the Crown reject an admission in an attempt to adduce inflammatory evidence; the trial judge in this case remarked that the photographs were relatively innocuous in and of themselves, and did not feature the defendant in an overtly prejudicial light. In addition, at the time the Crown sought to admit the photographs, it could not have known what would or would not be said with regard to Mr. Araya's appearance and the general eyewitness descriptions when the defence's evidence was adduced or in defence counsel's closing address. Thus, *Proctor* does not bear on the circumstances at issue in this case.

[36] Mr. Araya also asserts that, because it would have been impermissible to show the photographs of a single individual to the eyewitnesses and ask them if the person shown was the person they observed, it was impermissible to show the photographs to the jury in this case. I agree that there are particular dangers involved in showing eyewitnesses a single photograph to determine if the individual shown is the individual they saw. In such a case, there is a distinct possibility that "the person who has seen the photograph will have stamped upon his memory the face he has seen in the photograph, rather than the face he saw on the occasion of the crime": *R. v. Goldhar* (1941), 76 C.C.C. 270 (Ont. C.A.), at p. 271. But this danger relates to the fact that the witness's memory, which may be given considerable persuasive weight by the jury if found to be credible and reliable, may be tainted by exposure to a single photograph: *Goldhar*, at p. 271; *R. v. Smierciak*, [1947] 2 D.L.R. 156 (Ont. C.A.), at pp. 157-58. This concern is not relevant where it is the jury who has been exposed to photographs of a single person and asked to consider whether the person shown falls within a general description. The jury has no pre-existing memory of the person's appearance to corrupt, nor is the concern about the over-persuasiveness of tainted witness testimony relevant in this context.

puisse alors offrir une preuve particulièrement incendiaire sur ce point (p. 440 et 447). En l'espèce, il n'y a pas d'aveu clair et net que l'apparence de M. Araya correspondait aux descriptions des témoins, et le ministère public n'a pas non plus écarté un aveu dans le dessein de présenter une preuve incendiaire. Le juge du procès a indiqué que les photos étaient en soi relativement inoffensives et ne jetaient pas un éclairage indûment préjudiciable sur l'accusé. Qui plus est, lorsque le ministère public a demandé l'admission en preuve des photos, il ne pouvait pas savoir ce qui serait dit ou non sur l'apparence de M. Araya et sur les descriptions générales des témoins oculaires au moment où la défense offrirait sa preuve ou présenterait sa plaidoirie finale. En conséquence, l'arrêt *Proctor* ne s'applique pas aux faits de la présente espèce.

[36] M. Araya fait valoir par ailleurs que, dans la mesure où il n'aurait pas été permis de montrer aux témoins oculaires les photos d'une seule personne et de leur demander s'il s'agissait de la personne qu'ils avaient vue, il n'était pas permis de montrer les photos au jury. Je reconnais que montrer aux témoins une seule photo pour savoir si la personne photographiée est celle qu'ils ont vue comporte des risques particuliers. En pareil cas, il existe une nette possibilité que [TRADUCTION] « la personne qui voit la photo garde en mémoire le visage alors aperçu plutôt que celui entrevu lors du crime » (*R. c. Goldhar* (1941), 76 C.C.C. 270 (C.A. Ont.), p. 271). Cependant, le risque tient au fait que la mémoire du témoin, à laquelle le jury peut accorder une grande valeur persuasive s'il la juge crédible et fiable, peut être influencée par la présentation d'une seule photo (*Goldhar*, p. 271; *R. c. Smierciak*, [1947] 2 D.L.R. 156 (C.A. Ont.), p. 157-158). Cette crainte n'est cependant pas justifiée lorsque c'est au jury qu'on montre des photos d'une seule personne et auquel on demande de déterminer si cette personne correspond à une description générale. Le jury n'a pas de l'apparence de la personne un souvenir préexistant qui est susceptible d'être influencé, et la crainte qu'un témoignage ainsi vicié ne soit trop persuasif n'est pas justifiée en l'espèce.

[37] Regarding the weighing of probative value and prejudicial effect, the trial judge was satisfied that “there is probative value to the jury knowing in an identification case what the accused looked like at the time of the event”. He also acknowledged Mr. Araya’s argument that the photos may have a prejudicial effect:

Since none of the eyewitnesses can identify the accused, the jury, armed with the photos, could improperly use the photos to conclude that the accused may have been there because he may have fit a general description of some eyewitnesses who could only provide vague descriptions. It is submitted by the defence that this is the risk of prejudice to the accused. [A.R., vol. VII, at p. 88]

He found that this prejudicial effect could be appropriately mitigated by a limiting instruction, and thus concluded that “the probative value of these photographs outweigh[s] the prejudicial effect”.

[38] In light of the deference afforded to trial judges on questions of balancing probative effect against prejudice, I agree with the Court of Appeal that there is no reason to disturb the finding of the trial judge that the photos were admissible.

B. *Adequacy of Limiting Instruction*

[39] When considering an alleged error in a trial judge’s jury instructions, “[a]n appellate court must examine the alleged error in the context of the entire charge and of the trial as a whole”: *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32, per LeBel J. Further, trial judges are to be afforded some flexibility in crafting the language of jury instructions: see *Hay*, at para. 48, citing *R. v. Avetyan*, 2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745, at para. 9. While trial judges must seek to ensure that their instructions adequately prepare the jury for deliberation, the standard for jury instructions is not perfection. Appellate review of jury instructions is meant to “ensure that juries are properly — not perfectly — instructed”: *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 62, per Lamer C.J. This Court has emphasized

[37] Après avoir soupesé la valeur probante et l’effet préjudiciable, le juge se dit d’avis que [TRADUCTION] « le fait pour le jury de savoir à quoi ressemblait l’accusé au moment des faits a valeur probante lorsque l’identification est en jeu ». Il fait également droit à la prétention de M. Araya selon laquelle les photos peuvent avoir un effet préjudiciable :

[TRADUCTION] Puisque aucun des témoins oculaires ne peut identifier l’accusé, le jury auquel les photos seraient présentées pourrait erronément en conclure que l’accusé a pu se trouver sur les lieux parce qu’il correspond à la description générale de certains témoins qui n’ont pu donner que de vagues descriptions. La défense fait valoir que là réside le risque de préjudice pour l’accusé. [d.a., vol. VII, p. 88]

Il estime que cet effet préjudiciable peut être dûment atténué par une directive restrictive et, partant, que [TRADUCTION] « la valeur probante des photos l’emporte sur leur effet préjudiciable ».

[38] Au vu de la déférence qui s’impose à l’endroit de la mise en balance de la valeur probante et de l’effet préjudiciable, je conviens avec la Cour d’appel que nul motif ne justifie de revenir sur la décision du juge du procès d’admettre les photos en preuve.

B. *Caractère adéquat de la directive restrictive*

[39] Lorsqu’elle se penche sur une erreur qui entacherait des directives au jury, « [u]ne cour d’appel doit examiner l’erreur alléguée dans le contexte de l’ensemble de l’exposé au jury et du déroulement général du procès » (*R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32, le juge LeBel). En outre, le juge du procès doit bénéficier d’une certaine latitude dans la formulation de ses directives (voir *Hay*, par. 48 (citant *R. c. Avetyan*, 2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745, par. 9)). Il doit certes faire en sorte que ses directives préparent bien le jury à ses délibérations, mais son exposé n’a pas à être parfait. La raison d’être du contrôle en appel est d’assurer « que l[e] jur[y] reçoit des directives appropriées et non pas des directives parfaites » (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 62, le juge en chef Lamer).

that the charge generally should not be “endlessly dissected and subjected to minute scrutiny and criticism”: *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 163. As Bastarache J. has summarized it in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 30:

The cardinal rule is that it is the general sense which the words used must have conveyed, in all probability, to the mind of the jury that matters, and not whether a particular formula was recited by the judge. The particular words used, or the sequence followed, is a matter within the discretion of the trial judge and will depend on the particular circumstances of the case.

Appellate courts should not examine minute details of a jury instruction in isolation. “It is the overall effect of the charge that matters”: *Daley*, at para. 31.

[40] I begin with an examination of the jury instructions. Justice McMahon’s comprehensive jury charge was delivered over a total of approximately four hours, and discussed a considerable number of factual and legal issues relevant to the jury’s deliberations, including the issue of the eyewitness descriptions and their relationship to the photographs. Because of the importance of taking a functional and contextual approach to reviewing jury instructions on appeal, the relevant portions of the charge that address the question of whether Mr. Araya was in Buttonwood Park are reproduced here. Regarding the eyewitness accounts, the trial judge instructed:

Now, members of the jury, along with all the evidence I have already reviewed on this issue about whether or not he was in the park that night, you should also consider how the people that were in the tennis court that night described the black males that came in. I want to remind you that none of the young people in the park can identify Mr. Araya as being there. Many of the people in the tennis court told you because of how dark it was, how the black males were dressed and how quickly events took place, they could not tell you what any of the males’ faces looked like.

Notre Cour a dit maintes fois qu’« on ne doit pas sans cesse disséquer les directives au jury, les soumettre à un examen détaillé et les critiquer » (*R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 163). Dans l’arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 30, le juge Bastarache résume la règle comme suit :

La règle cardinale veut que ce qui importe soit le message général que les termes utilisés ont transmis au jury, selon toutes probabilités, et non de savoir si le juge a employé une formule particulière. Le choix des mots et l’ordre des différents éléments relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge et dépendront des circonstances.

Une cour d’appel doit se garder d’examiner isolément un élément précis des directives au jury. « C’est l’effet global de l’exposé qui compte » (*Daley*, par. 31).

[40] Je commence par l’examen de l’exposé au jury. Le juge McMahon a fait un exposé étoffé d’une durée totale d’environ quatre heures. Il a abordé un grand nombre de questions de fait et de droit pertinentes pour les délibérations du jury, y compris les descriptions des témoins oculaires et leur lien avec les photos. Vu l’importance d’une démarche fonctionnelle et contextuelle dans le cadre d’un tel contrôle en appel, je reproduis ci-après les passages pertinents de l’exposé qui touchent la question de savoir si M. Araya se trouvait ou non au parc Buttonwood. Voici les directives du juge sur le récit des témoins oculaires :

[TRADUCTION] Maintenant, membres du jury, en plus de tous les éléments de preuve que j’ai déjà passés en revue sur ce point, à savoir si l’accusé se trouvait ou non au parc ce soir-là, vous devriez également prendre en considération la manière dont les personnes qui se trouvaient au terrain de tennis ce soir-là ont décrit les hommes de race noire qui s’y sont amenés. Je vous rappelle que parmi les jeunes présents dans le parc, aucun ne peut affirmer que M. Araya s’y trouvait bel et bien. Plusieurs de ces personnes vous ont dit que, en raison de l’obscurité, de la façon dont les hommes de race noire étaient habillés et de la vitesse à laquelle les événements se sont déroulés, elles ne pouvaient vous décrire le visage des hommes en question.

Some of them were, however, able to provide vague descriptions of clothing, height and skin colour. Some were able to provide descriptions of hair style, and my recollection is none of the people described the males as having facial hair. I also believe none of the witnesses say they saw any of the males, when I say the males, the black males that came in, as having a bag or knapsack when they arrived. As you heard, these descriptions were very vague. [A.R., vol. I, at p. 94]

[41] The trial judge then instructed the jury with regard to the permissible and impermissible uses that could be made of the photographs:

Now, you have photographs of what Mr. Araya looked like five days after the shooting. I believe his evidence and Ms. Cooke's [*sic*] was that is what he looked like about that time of October 3. You can consider whether he fits or does not fit the vague descriptions provided by the various witnesses. You cannot, of course, however, conclude based only on the vague descriptions of what Mr. Araya looked like in the photographs, that he must be the person. That would be completely improper since the descriptions are so vague and people can't identify anyone. If there are features described which are dissimilar to the accused, they may be used to demonstrate that the accused was not present.

You will recall that none of the witnesses described seeing facial hair. Now, you will have a picture of Mr. Araya taken five days later which witnesses say reflect[s] how he looked on October 3. It would appear he has some facial hair on his chin. Obviously he does not have a bushy beard. It is what it is in the picture. It will be for you to decide whether that is something that the witnesses would have noticed considering the opportunity to observe, the condition of the witnesses and the lighting conditions. [A.R., vol. I, at pp. 94-95]

[42] Finally, the trial judge instructed the jury on how the eyewitness and photographic evidence bearing on Mr. Araya's presence or absence in the park related to broader issues of culpability:

If you believe and accept the witnesses that the males were all clean shaven, then Mr. Araya could not have been one of the males. Later in my review of the witnesses, I will go over each witness' evidence and their brief description.

Toutefois, certaines d'entre elles se souvenaient vaguement de leurs vêtements, de leur taille et de la couleur de leur peau. Certaines étaient en mesure de décrire leurs coiffures et il me semble qu'aucune n'a dit qu'ils avaient des poils au visage. Je crois également qu'aucun témoin n'affirme avoir vu les hommes, c'est-à-dire les hommes de race noire qui se sont amenés, porter alors un sac ou un sac à dos. Comme vous l'avez entendu, ces descriptions étaient très vagues. [d.a., vol. I, p. 94]

[41] Le juge du procès instruit ensuite le jury sur les utilisations acceptables et inacceptables qui peuvent être faites des photos :

[TRADUCTION] À présent, vous disposez de photos qui montrent ce à quoi ressemblait M. Araya cinq jours après l'homicide. Selon son témoignage et celui de M^{me} Cooke, c'est apparemment ce à quoi il ressemblait vers le 3 octobre. Vous pouvez vous demander si son aspect correspond ou non aux vagues descriptions des différents témoins. Toutefois, vous ne pouvez évidemment pas conclure sur le seul fondement des vagues descriptions de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos qu'il doit être la personne. Ce serait tout à fait inapproprié puisque les descriptions sont très vagues et les témoins ne peuvent identifier personne. Si certaines des caractéristiques décrites diffèrent de celles de l'accusé, elles peuvent servir à démontrer que l'accusé n'était pas présent.

Rappelez-vous qu'aucun témoin n'a relevé de pilosité du visage. Maintenant, vous aurez une photo de M. Araya prise cinq jours plus tard qui, selon certains témoins, montre ce à quoi il ressemblait le 3 octobre. Il semble avoir quelques poils au menton. Il n'a manifestement pas de barbe fournie. C'est ce que montre la photo. Ce sera à vous de décider si c'est quelque chose que les témoins auraient remarqué compte tenu de l'occasion qu'ils avaient de le faire, de leur état et de l'éclairage. [d.a., vol. I, p. 94-95]

[42] Enfin, le juge du procès instruit le jury sur la manière dont la preuve constituée des dépositions des témoins oculaires et des photos et se rapportant à la présence ou à l'absence de M. Araya au parc touchait généralement à la culpabilité :

[TRADUCTION] Si vous accordez foi aux témoignages selon lesquels les hommes étaient tous rasés de près, alors M. Araya ne pouvait pas être l'un d'eux. Plus tard, lorsque je passerai les témoins en revue, je reviendrai sur le témoignage de chacun et sur leur brève description.

You can, however, consider how the accused looked and the vague descriptions of the males as but one piece of circumstantial evidence, whether the accused's physical appearance fit or did not fit the vague descriptions. You would consider this along with the totality of the evidence to determine whether the Crown has satisfied you beyond a reasonable doubt that Mr. Araya was one of the black males who attended the tennis court.

After you consider all that evidence, if on the totality of the evidence you are not satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Araya was in Buttonwood Park that night, the night that Mr. Boris Cikovic was shot, then you will find the accused not guilty and your deliberations would be over, and you won't go through any further steps on the decision tree.

If on the totality of the evidence you are satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Araya was in that park that night, then you must go on to determine if he committed any criminal offence. As I mentioned earlier, simply being present at the scene of a crime is not enough to find a person guilty of an offence. So assuming you are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused was in the park, you would go to the next step. [A.R., vol. I, at pp. 95-97]

[43] In finding the jury instructions to be insufficiently clear, the majority at the Court of Appeal placed significant emphasis on the following sentence from para. 41 above: "You cannot, of course, however, conclude based only on the vague descriptions of what Mr. Araya looked like in the photographs, that he must be the person." The majority found this sentence confusing for two reasons. First, the phrase "vague descriptions of what Mr. Araya looked like in the photographs" appears incongruous. The vague descriptions were of the assailants the eyewitnesses saw in the park, and not the photographs of Mr. Araya. Second, the majority found the use of the phrase "he must be the person" unclear, because it did not specify whether the jury was barred from inferring that he was only in the park or inferring that he was one of the robbers (para. 46).

Cependant, vous pouvez tenir ce à quoi ressemblait l'accusé et les vagues descriptions des hommes en cause pour un seul élément de preuve circonstancielle, que l'apparence physique de l'accusé corresponde ou non aux vagues descriptions. Vous prendrez alors cet élément en considération de pair avec l'ensemble de la preuve pour déterminer si le ministère public vous convainc ou non, hors de tout doute raisonnable, que M. Araya est l'un des hommes de race noire qui se sont amenés au terrain de tennis.

Si, après avoir considéré tous ces éléments et au vu de l'ensemble de la preuve, vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que M. Araya se trouvait au parc Buttonwood ce soir-là, celui où M. Boris Cikovic a été abattu, vous le déclarerez non coupable, ce qui mettra un terme à vos délibérations, et vous n'irez pas plus loin dans l'arbre décisionnel.

Si, au vu de l'ensemble de la preuve, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que M. Araya se trouvait au parc ce soir-là, vous devrez ensuite déterminer s'il a commis une infraction criminelle. Comme je l'ai mentionné, le seul fait qu'une personne se trouve sur les lieux d'un crime ne suffit pas pour la déclarer coupable d'une infraction. Ainsi, dans l'hypothèse où vous seriez convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé se trouvait au parc, vous passerez à l'étape suivante. [d.a., vol. I, p. 95-97]

[43] Pour conclure que les directives au jury n'étaient pas suffisamment claires, les juges majoritaires de la Cour d'appel insistent beaucoup sur la phrase suivante de l'extrait précité (par. 41) : « Toutefois, vous ne pouvez évidemment pas conclure sur le seul fondement des vagues descriptions de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos qu'il doit être la personne. » Ils concluent que la phrase prête à confusion sous deux rapports. Premièrement, il paraît incongru de parler de « vagues descriptions de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos ». Les vagues descriptions visaient les agresseurs aperçus dans le parc par les témoins oculaires, et non les photos de M. Araya. Deuxièmement, la formule « il doit être la personne » manque de clarté, car elle ne précise pas l'objet de ce que le jury ne peut inférer : soit que l'accusé était seulement dans le parc, soit qu'il était un des voleurs (par. 46).

[44] With respect, these concerns are overstated when viewed in the context of the broader instructions. Regarding the apparent ambiguity about the phrase “vague descriptions of what Mr. Araya looked like in the photographs”, this phrasing appears to be a minor misstatement. A clarified articulation in the judge’s oral charge would have stated that the jurors could not draw conclusions about identity based only on the general descriptions *and* what Mr. Araya looked like in the photographs. Indeed, the written charge to the jury stated exactly this in instructing that the jury could not “conclude based only on the vague descriptions and what Mr. Araya looked like in the photographs, that he must be the person” (emphasis added). I would not go so far as to suggest that all flaws in oral jury instructions may be remedied by corrected written instructions alone, as some jurors may place significant weight on what they hear in the courtroom. But where the criticism of oral jury instructions rests on the possibility that the jurors may have been confused, including unambiguous language in the written instructions helps ensure that jurors who found themselves confused would have had access to that clarified language for reference.

[45] Further, in the context of the oral jury charge itself, the trial judge adopted a clear phrasing moments later when he instructed the jury that “[y]ou can, however, consider how the accused looked and the vague descriptions of the males as but one piece of circumstantial evidence, whether the accused’s physical appearance fit or did not fit the vague descriptions” (emphasis added). This statement further clarifies the logical relationship between the photos and the vague descriptions.

[46] Regarding the second issue, that the jury may have been confused by the phrase “he must be the person”, the majority at the Court of Appeal was concerned that this phrasing did not make it clear exactly which inferences would be improper to draw based only on the eyewitness descriptions and the photos. Specifically, given the general nature of the evidence, it would have been impermissible to infer from the eyewitness descriptions and the photos alone whether Mr. Araya was in the park or part of

[44] Soit dit en tout respect, ces préoccupations sont exagérées eu égard au contexte des directives dans leur ensemble. En ce qui concerne l’ambiguïté apparente du renvoi aux « vagues descriptions de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos », il me paraît s’agir d’une légère erreur de formulation. Le juge se serait exprimé plus clairement s’il avait dit aux jurés qu’ils ne pouvaient tirer de conclusions sur l’identité seulement à partir des descriptions générales *et* de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos. De fait, dans ses directives écrites, c’est exactement ce qu’il invite le jury à se garder de faire, à savoir [TRADUCTION] « conclure, sur le seul fondement des vagues descriptions et de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos, qu’il doit être la personne » (je souligne). Je n’irais pas jusqu’à dire que toute lacune de directives orales au jury peut être corrigée par la seule communication de directives écrites appropriées, puisque certains jurés peuvent accorder une grande importance à ce qu’ils entendent en salle d’audience. Toutefois, lorsque la lacune tient à la possibilité que les directives aient pu semer la confusion chez les jurés, le fait de recourir à une formulation non ambiguë dans les directives écrites contribue à faire en sorte que les jurés s’y retrouvent grâce à ce texte plus limpide.

[45] Qui plus est, dans le contexte de l’exposé oral comme tel, le juge du procès clarifie son propos un peu plus loin lorsqu’il dit aux jurés : [TRADUCTION] « Cependant, vous pouvez tenir ce à quoi ressemblait l’accusé et les vagues descriptions des hommes en cause pour un seul élément de preuve circonstancielle, que l’apparence physique de l’accusé corresponde ou non aux vagues descriptions » (je souligne). Dès lors, le lien logique entre les photos et les vagues descriptions est clarifié.

[46] En ce qui concerne le deuxième point, c’est-à-dire le risque que le jury ait été dérouté par la formulation [TRADUCTION] « il doit être la personne », les juges majoritaires de la Cour d’appel s’interrogent quant à savoir si les jurés se sont vu indiquer clairement les inférences qu’ils devaient se garder de tirer sur le seul fondement des descriptions des témoins oculaires et des photos. Plus particulièrement, vu le caractère général de la preuve, il aurait été inacceptable de déterminer, à partir seulement

the group of assailants. However, two paragraphs later in the trial judge's instructions, he notes that "[i]f you believe and accept the witnesses that the males were all clean shaven, then Mr. Araya could not have been one of the males." Not only does this latter statement emphasize the exculpatory features of the photographs in a way that would seem to help minimize the danger that they would be highly prejudicial to Mr. Araya, it further emphasizes that the inferences relevant to the photographs are those that would place Mr. Araya with the assailants in the park.

[47] From the entirety of the jury instructions and the context of the trial, it is clear that "the males" refers to the group of male assailants in Buttonwood Park. While I do not dispute that the phrase "he must be the person" could have been made more explicit, it seems reasonably clear in the context of this case that inferring that Mr. Araya was "the person" meant inferring that he was in Buttonwood Park and among the assailants. Having regard to the context of the jury instructions, I am not persuaded that the jury would have been confused by the phrase "he must be the person".

[48] Before this Court, counsel for Mr. Araya argued that the trial judge erred further in instructing the jury with regard to the extent of Mr. Araya's facial hair at the time of the shooting, and whether the witnesses would have observed it. The trial judge instructed that "[i]t will be for you to decide whether [Mr. Araya's facial hair, as shown in the post-arrest photographs,] is something that the witnesses would have noticed considering the opportunity to observe, the condition of the witnesses and the lighting conditions."

[49] It was asserted by Mr. Araya's counsel that this instruction is problematic because it amounts to an assumption that Mr. Araya was in the park. I cannot agree. Taken in context, it cannot fairly be said to expressly or impliedly assume that he was in the park. The very next sentence in the jury charge instructs the jury that if they believe the witnesses that

des descriptions des témoins et des photos, que M. Araya se trouvait ou non au parc ou qu'il faisait partie ou non des agresseurs. Toutefois, deux paragraphes plus loin, le juge du procès fait remarquer : [TRADUCTION] « Si vous accordez foi aux témoignages selon lesquels les hommes étaient tous rasés de près, alors M. Araya ne pouvait pas être l'un d'eux. » En plus de souligner les caractéristiques disculpatoires des photos d'une manière qui paraît contribuer à diminuer le risque d'effet très préjudiciable sur M. Araya, le juge ajoute que les inférences qui peuvent être tirées des photos sont celles voulant que M. Araya se soit trouvé au parc parmi les agresseurs.

[47] Au vu de l'exposé global et du contexte du procès, il est manifeste que « les hommes » renvoie au groupe d'agresseurs qui a sévi dans le parc Buttonwood. Je reconnais que l'énoncé « il doit être la personne » aurait pu être plus explicite, mais il semble raisonnablement clair en l'espèce que l'inférence selon laquelle M. Araya était « la personne » s'entendait de l'inférence selon laquelle il se trouvait au parc Buttonwood et faisait partie des agresseurs. Eu égard au contexte des directives, je ne suis pas convaincu que le jury a été dérouté par les mots « il doit être la personne ».

[48] Devant notre Cour, l'avocat de M. Araya fait valoir que le juge du procès a eu tort d'attirer l'attention du jury sur le degré de pilosité du visage de M. Araya à l'époque de l'homicide et sur la question de savoir si c'était quelque chose que les témoins auraient remarqué. Le juge du procès dit : [TRADUCTION] « Ce sera à vous de décider si [la pilosité du visage de M. Araya révélée par les photos prises après son arrestation est] quelque chose que les témoins auraient remarqué compte tenu de l'occasion qu'ils avaient de le faire, de leur état et de l'éclairage. »

[49] Selon l'avocat de M. Araya, cette directive est problématique en ce qu'elle revient à présumer que M. Araya se trouvait au parc. Je ne peux être d'accord. Située dans son contexte, on ne peut valablement prétendre qu'elle établit explicitement ou implicitement une telle présomption. Dans la phrase qui la suit, le juge dit au jury que s'il accorde foi aux

all of the assailants were clean-shaven, Mr. Araya could not have been among them. Thus, the possibility that Mr. Araya may not have been in the park or among the assailants was expressly acknowledged. Reading these two statements together, I do not find that there was a significant risk that the jury may have been improperly swayed by the instruction regarding whether the witnesses would have been able to observe Mr. Araya's facial hair. It remained sufficiently clear that the question of whether Mr. Araya was in the park or among the assailants was one for the jury to decide.

[50] It is worth noting that neither counsel invited the jury to follow the impermissible line of reasoning or use the photographs in the problematic manner suggested by the majority of the Court of Appeal. That is not to say that a flawed instruction could not by itself give rise to a miscarriage of justice, but it is a relevant consideration in evaluating the context of the jury instructions.

[51] It is also relevant that Mr. Araya's trial counsel (not counsel on appeal) — the person in the courtroom most attuned to Mr. Araya's interests — did not object to the allegedly confusing and insufficient instruction at trial. This failure to object suggests that the phrasing of this instruction, heard in its full context in the courtroom, did not sound likely to confuse or to invite improper reasoning. This Court has stated that while defence counsel's failure to object to jury instructions is not determinative on appeal, it nonetheless "says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection": *Jacquard*, at para. 38.

[52] Parsing the language in one particular sentence to determine whether it was sufficient to warn of an impermissible line of reasoning, without taking into consideration the greater context of the jury instructions and the trial itself, represents the kind of dissection and minute scrutiny this Court warned against in *Cooper*. While the instruction regarding

témoignages selon lesquels les agresseurs étaient tous rasés de près, M. Araya ne peut s'être trouvé parmi eux. Le juge reconnaît donc expressément la possibilité que M. Araya ne se soit pas trouvé au parc ou qu'il n'ait pas été au nombre des agresseurs. Ces deux énoncés considérés ensemble, je ne crois pas qu'il y ait eu un risque important que le jury soit indûment influencé par la directive sur la question de savoir si les témoins auraient pu ou non remarquer la pilosité du visage de M. Araya. Il demeurerait suffisamment clair qu'il appartenait au jury de décider si M. Araya s'était trouvé au parc ou s'il avait été au nombre des agresseurs.

[50] Il convient de signaler que ni l'un ni l'autre des avocats n'ont invité le jury à tenir le raisonnement inacceptable en cause ou à tirer des photos les inférences problématiques dont font mention les juges majoritaires de la Cour d'appel. Ce n'est pas qu'une directive lacunaire ne puisse en soi entraîner une erreur judiciaire, mais il s'agit d'une considération valable pour apprécier le contexte des directives.

[51] Il convient aussi de mentionner que l'avocat qui a représenté M. Araya au procès (mais non en appel) — c'est-à-dire la personne qui, dans la salle d'audience, avait le plus à cœur les intérêts de M. Araya — ne s'est pas opposé à la directive dont on allègue le caractère déroutant et insuffisant. Cette omission permet de conclure que la formulation de la directive, dans son contexte global en salle d'audience, ne paraissait pas susceptible de créer de la confusion ou d'inciter au raisonnement infondé. Dans l'arrêt *Jacquard*, notre Cour affirme que même si l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à l'exposé n'est pas concluante en appel, elle demeure « révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée » (par. 38).

[52] Réduire l'exposé à la formulation d'une phrase en particulier pour déterminer s'il met suffisamment le jury en garde contre un raisonnement inacceptable, sans tenir compte de son contexte général ni du procès comme tel, revient justement à le disséquer et à le soumettre à un examen détaillé, ce contre quoi notre Cour met en garde dans l'arrêt

impermissible use was not perfect, I would emphasize Dickson C.J.'s comments in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692, that “it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system” (emphasis in original). In this case, there does not appear to be a considerable risk that the jury would have, as a consequence of minor imperfections with the jury instructions, abandoned their common sense and adopted the clearly flawed reasoning that because Mr. Araya's appearance fit within a broad description that could have encompassed a great many individuals, he must have been in Buttonwood Park.

[53] Finally, in assessing the overall adequacy of the jury instructions, the majority of the Court of Appeal emphasized that “this was not a strong Crown case” (para. 49). Before this Court, Mr. Araya's counsel further urged that the adequacy of the jury instructions should be evaluated in light of the strength of the Crown's case. I agree with the Crown that the strength of its case was not a proper consideration in evaluating the adequacy of the jury instructions. As this Court observed in *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445, at para. 43, per Arbour J., the proper order of inquiry in evaluating jury instructions requires judges first to look to the adequacy of the instructions. Only then, if they are found inadequate, must the nature and effect of the error in the instructions be determined with reference to the strength of the Crown case, in the context of the curative proviso framework of s. 686(1)(b)(iii).

[54] In my opinion, the foregoing establishes that the risk of a juror actually using the photographs as the basis for an impermissible line of reasoning in the context of this case was appropriately minimized both by the fact that Crown counsel did not urge the jury to adopt impermissible lines of inference and by the trial judge's charge to the jury. Accordingly, I am satisfied that the limiting instruction, taken in context, was adequate.

Cooper. La directive du juge sur l'utilisation inacceptable n'était pas parfaite, mais le juge en chef Dickson dit ce qui suit dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692 : « . . . on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys » (souligné dans l'original). En l'espèce, il ne semble pas y avoir eu un grand risque que le jury, à cause de légères imperfections de l'exposé, perde tout bon sens et adhère au raisonnement manifestement erroné selon lequel M. Araya devait forcément s'être trouvé au parc Buttonwood puisque son apparence correspondait à une description générale qui aurait pu être celle de bien des gens.

[53] Enfin, dans leur appréciation du caractère globalement suffisant de l'exposé au jury, les juges majoritaires de la Cour d'appel signalent que, [TRADUCTION] « en l'espèce, la preuve du ministère public n'était pas très solide » (par. 49). Devant notre Cour, l'avocat de M. Araya fait en outre valoir que le caractère suffisant de l'exposé au jury doit être apprécié à l'aune de la solidité de la preuve du ministère public. Je conviens avec le ministère public que la solidité de sa preuve ne saurait jouer dans l'appréciation du caractère suffisant de l'exposé au jury. Dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445, par. 43, la juge Arbour fait observer que lorsqu'il s'agit d'apprécier des directives au jury, il faut d'abord considérer leur caractère suffisant. Ce n'est que si elles sont jugées inadéquates que la nature et l'effet de l'erreur dont elles sont entachées doivent être déterminés au regard de la solidité de la preuve du ministère public, pour les besoins de l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii).

[54] À mon avis, les considérations qui précèdent permettent de conclure que le risque qu'un juré utilise de fait les photos pour échafauder un raisonnement inacceptable a été adéquatement atténué tant par l'exhortation du jury par l'avocat du ministère public à ne pas tirer d'inférences inacceptables que par l'exposé du juge du procès. Je suis donc convaincu que, située dans son contexte, la directive restrictive était suffisante.

C. *Characterization of the Testimony of Mr. Browne*

[55] Mr. Araya emphasizes certain inconsistencies between Mr. Browne’s testimony and police statement about the school conversation on October 7, 2008 and argues that, in light of these inconsistencies, it was an error for the trial judge to refer to that conversation as a “confession” in the jury instructions. Three questions are relevant in addressing this argument: first, what was the nature of the alleged inconsistencies between Mr. Browne’s police statement and his testimony at trial? Second, did the trial judge err in his consideration of those inconsistencies? Third, did the trial judge err in labeling the school conversation a “confession” in the jury instructions?

(1) Inconsistencies Between Mr. Browne’s Police Statement and His Trial Testimony

[56] Mr. Araya points to several phrases that he argues establish significant inconsistencies between Mr. Browne’s police statement and his testimony at trial. Further, he says that Mr. Browne’s testimony contained his interpretation of Mr. Araya’s words, rather than the exact words used by Mr. Araya during the school conversation (R.F., at para. 53), and that the manner in which the testimony was framed for the jury in the jury instructions constituted a miscarriage of justice. (As indicated earlier, I am of the opinion that this is better characterized as an allegation that the trial judge erred in law.) I will first consider each of the alleged inconsistencies. I will then consider whether the jury instructions respecting those alleged inconsistencies were adequate given the potentially inconsistent nature of Mr. Browne’s statements. However, in considering each alleged inconsistency, it is important to observe that the analysis of any particular phrase, removed from the context of the trial record and jury instructions, should not be given undue weight in evaluating the adequacy of the jury charge as a whole. Rather, analysis of these phrases informs the broader contextual inquiry into whether the jury was adequately instructed on how, as a matter of law, they could consider Mr. Browne’s statements.

C. *Qualification du témoignage de M. Browne*

[55] Monsieur Araya relève certaines contradictions entre le témoignage et la déposition de M. Browne sur l’entretien du 7 octobre 2008 à l’école. Il soutient que, au vu de ces contradictions, le juge du procès a eu tort, dans ses directives, de voir un « aveu » dans les propos qu’il a alors tenus. La prétention soulève trois questions. Premièrement, quelle est la nature des contradictions alléguées entre la déposition de M. Browne aux policiers et son témoignage au procès? Deuxièmement, le juge a-t-il commis une erreur dans son analyse de ces contradictions? Troisièmement, a-t-il eu tort de qualifier l’entretien à l’école d’« aveu » dans ses directives au jury?

(1) Les contradictions entre la déposition de M. Browne et son témoignage

[56] Monsieur Araya invoque l’existence de contradictions importantes entre la déposition de M. Browne et son témoignage et donne plusieurs exemples à l’appui. En outre, dans son témoignage, M. Browne aurait interprété les propos de M. Araya lors de leur entretien à l’école au lieu de rapporter ses paroles exactes (m.i., par. 53), et la manière dont le juge présente le témoignage au jury dans ses directives constituerait une erreur judiciaire. (Je rappelle que, à mon sens, il est plus juste de parler d’une allégation selon laquelle le juge a commis une erreur de droit.) J’examinerai d’abord chacune des contradictions alléguées, puis la question de savoir si les directives s’y rapportant étaient suffisantes compte tenu du caractère éventuellement contradictoire des déclarations de M. Browne. Il importe toutefois de signaler que, dans l’examen de chacune des contradictions alléguées, il n’y a pas lieu d’accorder, pour apprécier le caractère suffisant de l’exposé au jury dans son ensemble, une importance indue à l’analyse d’un énoncé en particulier soustrait au contexte du dossier de l’instruction et de l’exposé au jury. L’examen des énoncés est plutôt de nature à éclairer l’analyse contextuelle globale du caractère suffisant de la directive du juge sur la manière dont le droit permettait au jury de considérer les déclarations de M. Browne.

[57] First, Mr. Browne indicated in his police statement that Mr. Araya told him “[t]hey rolled up on these guys” in the park, while at trial he testified that Mr. Araya said “[w]e rolled up on these guys” (R.F., at para. 55 (emphasis in factum)). Mr. Araya asserts that the first phrasing indicates that he was not participating in the robbery that led to the shooting, while the second phrasing suggests he was an active participant (R.F., at para. 55). He argues that the two statements are fundamentally inconsistent, and that the critical implication that he was a participant in the robbery arose out of Mr. Browne’s interpretation of Mr. Araya’s comments, and not from Mr. Araya’s actual words during the school conversation. Put briefly, Mr. Araya argues that Mr. Browne’s police statement should be taken as accurate and exculpatory, while his statements at trial should be viewed as an impermissible interpretive spin on Mr. Araya’s actual words.

[58] Examining these two phrases in greater context, I am not persuaded that they are irreconcilable. During his police statement, Mr. Browne occasionally spoke in sentence fragments and mixed his recollections of Mr. Araya’s actual words with his own summaries of Mr. Araya’s words and with recollections of his own words. Regarding the issue of who rolled up on Mr. Cikovic’s group in the park, Mr. Browne described this portion of the conversation to the police as follows: “And [Mr. Araya] went on to explain basically that he said, no, he didn’t want to be involved in it but they rolled up on the guys anyway.” By contrast, Mr. Browne’s testimony at trial was that “the summary would be I was there, I was involved. We rolled up on some guys. I didn’t have the gun, things went down, someone got hit, but I wasn’t the one carrying the gun.”

[59] In my view, Mr. Browne’s police statement that “they rolled up on the guys” could have been a direct recollection of Mr. Araya’s specific use of the word “they” — doing so could have been Mr. Araya’s way of distancing himself from the assailants by removing himself from the group. Alternately, this phrase could have been Mr. Browne speaking about Mr. Araya and the rest of the group

[57] Premièrement, dans sa déposition aux policiers, M. Browne a affirmé que M. Araya lui avait dit [TRADUCTION] « ils [ont] abordé ces gars-là » dans le parc, alors que, selon son témoignage au procès, M. Araya lui aurait dit « on a abordé ces gars-là » (m.i., par. 55 (souligné dans le mémoire)). Selon M. Araya, le premier énoncé indique qu’il n’a pas participé au vol qualifié qui a mené à l’homicide, et le second, qu’il y a participé activement (m.i., par. 55). Il ajoute que les deux déclarations sont foncièrement incompatibles et que l’implication cruciale selon laquelle il a participé au vol qualifié découle de l’interprétation de ses propos par M. Browne, et non de ses propos lors de l’entretien à l’école. Bref, M. Araya plaide que la déposition de M. Browne doit être tenue pour exacte et disculpatoire, et son témoignage au procès pour une interprétation inadmissible de ses paroles véritables.

[58] Je ne suis pas convaincu que, situés dans leur contexte général, les deux énoncés sont incompatibles. Dans sa déposition, M. Browne s’exprime parfois au moyen de bouts de phrases où son souvenir de ce que M. Araya a effectivement dit s’entremêle avec son résumé de ce que M. Araya a dit ainsi qu’avec son souvenir de ce que lui-même a dit. Quant à savoir qui avait « abordé » le groupe de M. Cikovic dans le parc, voici comment M. Browne a décrit aux policiers cette partie de l’entretien : [TRADUCTION] « Puis [M. Araya] a expliqué essentiellement qu’il avait dit non, qu’il ne voulait pas le faire, mais qu’ils avaient abordé les gars quand même. » Par contre, dans son témoignage au procès, M. Browne a affirmé ce qui suit : « . . . le résumé serait j’étais là, j’ai participé. On a abordé des gars. Je n’avais pas l’arme à feu, les choses ont mal tourné, quelqu’un a été touché, mais ce n’est pas moi qui avais l’arme à feu. »

[59] À mon avis, on peut voir dans la déposition de M. Browne aux policiers selon laquelle M. Araya avait dit [TRADUCTION] « ils ont abordé les gars » le souvenir de l’emploi exprès par M. Araya du pronom « ils » et la volonté de ce dernier de se dissocier des agresseurs en s’excluant du groupe. Ou alors, M. Browne a pu vouloir dire que M. Araya et les autres agresseurs avaient abordé ensemble le

of assailants rolling up on Mr. Cikovic's group together after Mr. Araya's initial protest. It does not seem unreasonable that the jury could have interpreted Mr. Browne's use of "they" in this latter sense. Nor do these statements necessarily establish that Mr. Browne was spinning Mr. Araya's words during his testimony at trial to make them seem more inculpatory than the statements he initially reported to police.

[60] Second, Mr. Araya emphasizes that at trial, Mr. Browne described his recollection of Mr. Araya's statement as follows: "Well, you know, someone got shot but I -- I didn't do it. I was there, I was involved, but I didn't do it. I didn't have the gun" (emphasis added). By contrast, during his police statement, Mr. Browne described Mr. Araya's statement as follows:

... I said what about [the shooting in Buttonwood Park] and he's like well I was there but I wasn't involved and I said what do you mean Nahoor? And he's like, I was there but I wasn't involved, I didn't have the gun and he went on to explain basically that um he had said no he didn't want to be involved in it but they rolled up on the guys anyway. [Emphasis added; A.R., vol. VII, at pp. 138-39.]

Mr. Araya asserts that Mr. Browne's initial statement to the police ("I was there but I wasn't involved") was his recollection of what Mr. Araya said to him, while what Mr. Browne said at trial ("I was there, I was involved, but I didn't do it") was his interpretation of Mr. Araya's statements (see R.F., at para. 53).

[61] Mr. Browne gave additional testimony that creates some ambiguity about whether Mr. Araya actually admitted to "involvement" in the robbery, despite his protestations that the group should not go through with it. Mr. Browne testified that he understood Mr. Araya's statement that he was present in the park as implying involvement in the robbery: "... him being there, I'm interpreting it as he's involved" (emphasis added). However, when asked by defence counsel immediately after that statement whether "it's only your interpretation that

groupe de M. Cikovic après les réticences exprimées initialement par M. Araya. Il ne paraît pas déraisonnable que le jury ait pu interpréter l'emploi du mot « ils » dans ce dernier sens. Ses déclarations n'établissent pas nécessairement non plus que, au procès, il a rapporté les propos de M. Araya de manière défavorable afin de les rendre plus incriminants que ceux relatés dans sa déposition initiale.

[60] Deuxièmement, M. Araya souligne que, au procès, M. Browne a relaté comme suit son souvenir de ce qu'il lui avait dit : [TRADUCTION] « Eh bien, vous savez, quelqu'un a été tué, mais je -- ce n'est pas moi qui ai tiré. J'étais présent, j'ai participé, mais je n'ai pas tiré. Je n'avais pas l'arme à feu » (je souligne). À l'opposé, dans sa déposition, M. Browne a relaté en ces termes les propos de M. Araya :

[TRADUCTION] ... j'ai dit, qu'en est-il [de l'homicide au parc Buttonwood] et puis lui il dit, eh bien j'étais là, mais je n'ai pas participé et j'ai dit, que veux-tu dire, Nahoor? Et lui il a dit, j'étais là, mais je n'ai pas participé, je n'avais pas l'arme à feu, puis il explique essentiellement que, euh, il a dit non, il ne voulait pas participer à ça, mais qu'ils ont quand même abordé les gars. [Je souligne; d.a., vol. VII, p. 138-139.]

Monsieur Araya fait valoir que la déposition initiale de M. Browne (« j'étais là, mais je n'ai pas participé ») correspond au souvenir de M. Browne de ce qu'il lui a dit, alors que le résumé présenté au procès (« J'étais présent, j'ai participé, mais je n'ai pas tiré ») correspond à l'interprétation de ses propos par M. Browne (voir m.i., par. 53).

[61] Le témoignage de M. Browne renferme d'autres ambiguïtés concernant la reconnaissance réelle par M. Araya de sa « participation » au vol malgré son opposition à ce que le groupe mette son plan à exécution. Selon son interprétation, la déclaration de M. Araya voulant qu'il ait été présent dans le parc permettait de conclure à sa participation au vol qualifié : [TRADUCTION] « ... le fait d'avoir été là, pour moi, signifiait qu'il avait participé » (je souligne). Cependant, lorsque l'avocat de la défense lui a demandé tout de suite après « lorsque vous

he was involved in rolling up”, Mr. Browne clarified: “No, he said that he was there and that they decided to roll up on this guy. He was one of the guys saying no. Something went down, someone was hit, and now he’s seeking my advice as to what he should do about his involvement in this matter.” While Mr. Browne expressly denied that his testimony contained any interpretive spin, it appears that his testimony contained both efforts to recall Mr. Araya’s actual words as well as statements that could be read as Mr. Browne’s interpretation of the meaning of those words. Even if this statement to the police were to be considered inconsistent, however, it must nonetheless be considered in the context of the rest of Mr. Browne’s testimony and the trial judge’s instructions to the jury in this regard.

[62] Third, regarding Mr. Browne’s own statements to Mr. Araya during the school conversation, Mr. Araya argues that there is an important difference between Mr. Browne’s testimony that he told him to “inform the authorities” and his testimony that he told him to “turn [your]self in” (R.F., at para. 55). Mr. Araya argues that the phrase “inform the authorities” is more appropriately said to a witness, rather than a participant in a crime, and that this inconsistency, combined with the other alleged inconsistencies in Mr. Browne’s testimony, made it wrong for the trial judge to use the word “confession” in the jury instructions (R.F., at para. 57). I am not persuaded by Mr. Araya’s argument that the use of the phrase “inform the authorities” should be given significant weight on appeal in determining whether the trial judge acted improperly in using the word “confession” as he did in the jury instructions. Examining Mr. Browne’s testimony regarding the school conversation as a whole, his memory of his words to Mr. Araya was imperfect, but he recalls telling him to inform the authorities with the understanding that this phrase meant to turn himself in.

[63] The context of Mr. Browne’s testimony thus indicates some uncertainty about the exact words he and Mr. Araya used in their conversation at school, as well as his explanation for that uncertainty, which the jury was entitled to consider. Further,

affirmez qu’il faisait partie des agresseurs, s’agit-il seulement de votre interprétation? », M. Browne a précisé « [n]on, il a dit qu’il était là et qu’ils avaient décidé d’aborder le gars. Il était l’un de ceux qui disaient non. Quelque chose avait mal tourné, quelqu’un avait été atteint et il me demandait alors conseil sur ce qu’il devait faire étant donné sa participation à l’affaire. » Même si M. Browne a expressément nié la présence de tout élément tendancieux dans son témoignage, il appert de celui-ci qu’il s’est efforcé de se rappeler les paroles exactes de M. Araya mais que certaines de ses déclarations peuvent correspondre à son interprétation de ces paroles. Toutefois, même si sa déposition aux policiers devait être tenue pour incompatible, elle doit néanmoins être considérée dans le contexte de l’ensemble de son témoignage et des directives du juge y afférentes.

[62] Troisièmement, en ce qui concerne les propos que M. Browne aurait lui-même tenus lors de l’entretien à l’école, M. Araya soutient que le témoignage de M. Browne selon lequel il lui aurait dit [TRADUCTION] « d’informer les autorités » diffère sensiblement de celui selon lequel il lui aurait dit « de [s]e rendre » (m.i., par. 55). Monsieur Araya fait valoir que l’on invite normalement un témoin, et non un participant à un crime, à « informer les autorités », et qu’à cause de cette contradiction, conjuguée à d’autres qui entacheraient le témoignage de M. Browne, le juge du procès a eu tort d’employer le mot « aveu » dans ses directives au jury (m.i., par. 57). Je ne suis pas convaincu qu’il faut accorder beaucoup d’importance en appel à l’utilisation des termes « informer les autorités » pour déterminer si le juge du procès a eu tort d’employer le mot « aveu » dans ses directives. Il appert du témoignage global de M. Browne sur l’entretien des deux hommes à l’école qu’il ne se souvenait pas exactement de ce qu’il avait dit à M. Araya, mais qu’il se souvenait de lui avoir dit d’informer les autorités dans le sens de se rendre à la police.

[63] Le contexte du témoignage de M. Browne révèle donc l’existence d’une incertitude quant aux paroles exactes de M. Araya et aux siennes lors de l’entretien à l’école — de même que son explication de cette incertitude — qu’il était loisible au jury de

the trial judge did take note of inconsistencies in Mr. Browne's testimony in his jury instructions, framing them as follows:

Cordel Browne told you in examination-in-chief that Mr. Araya told him he was there and involved in the robbery but not the shooting. In cross-examination he was asked about the video statement he gave to the police the day after that conversation. He admitted telling the police that Mr. Araya said he was not involved. He also admitted that what he told the police was the truth. He also provided an explanation for the difference between what he said here and what he said in his earlier statement. Since it would appear Mr. Browne adopted his prior statement, you may consider that as part of his evidence. You must also consider his explanation for the differences. [A.R., vol. I, at p. 38]

[64] Given the possible interpretations of Mr. Browne's police statement and testimony, and of his testimony regarding the meaning of the inconsistencies, I do not find that the trial judge's instruction regarding how the jury was to consider Mr. Browne's evidence amounted to misdirection. Where there were possible inconsistencies between Mr. Browne's police statement and trial testimony, the jury was properly instructed to evaluate these differences.

[65] Even if one were to find some amount of interpretive spin in Mr. Browne's testimony about Mr. Araya's statements on October 7, 2008, as, for example, where he discusses the meaning of the word "involved", the trial judge's jury instructions also expressly warned the jury about the dangers of such testimony. The jury was instructed that it was "what Mr. Browne was told that is relevant, not what Mr. Browne thinks Mr. Araya meant by what he said". Accordingly, I am not persuaded that the trial judge misdirected the jury in relation to Mr. Browne's evidence.

(2) Characterizing the School Conversation as a "Confession"

[66] Mr. Araya argues that the inconsistencies in Mr. Browne's testimony and the exculpatory nature

prendre en considération. De plus, dans ses directives au jury, le juge du procès signale comme suit les contradictions du témoignage de M. Browne :

[TRADUCTION] Cordel Browne vous a affirmé en interrogatoire principal que M. Araya lui avait dit qu'il avait été présent et qu'il avait participé au vol qualifié, mais non à l'homicide. En contre-interrogatoire, on l'a interrogé sur sa déposition recueillie sur bande vidéo au lendemain de cet entretien. Il a admis avoir dit à la police que M. Araya avait dit ne pas avoir participé. Il a également reconnu avoir dit la vérité aux policiers. Il a en outre fourni une explication de la différence entre ce qu'il avait dit au procès et ce qu'il avait dit dans sa déclaration antérieure. Puisque M. Browne semble maintenir celle-ci, vous pouvez y voir une partie de son témoignage. Vous devez également prendre en considération son explication des différences. [m.i., vol. I, p. 38]

[64] Au vu des interprétations possibles de la déposition de M. Browne et de son témoignage, et compte tenu de ses dires sur la signification des contradictions, j'estime que la directive du juge sur la manière dont le jury devait considérer le témoignage de M. Browne n'était pas erronée. Lorsque des contradictions étaient susceptibles d'opposer la déposition de M. Browne à son témoignage au procès, le jury a reçu les directives voulues pour apprécier ces différences.

[65] Même si on devait conclure que, dans son témoignage sur les propos tenus par M. Araya le 7 octobre 2008, M. Browne interprète ceux-ci de manière tendancieuse, notamment lorsqu'il se penche sur la notion de « participation », les directives mettent expressément le jury en garde contre le risque d'ajouter foi à un tel témoignage. Le juge précise que [TRADUCTION] « ce qui importe c'est ce qui a été dit à M. Browne, et non ce que M. Browne pense que M. Araya voulait dire ». Par conséquent, je ne suis pas persuadé que le juge a donné des directives erronées sur le témoignage de M. Browne.

(2) Assimilation de l'entretien à l'école à un « aveu »

[66] Monsieur Araya soutient qu'il est préjudiciable et donc inadmissible de qualifier l'entretien

of Mr. Araya's statements as initially recounted by Mr. Browne during his police statement make it impermissibly prejudicial to describe the school conversation as a "confession". In this regard, Mr. Araya takes issue with the following jury instruction:

It is submitted that on October 7, 2008, Mr. Araya confessed to being one of the group of males who "rolled up" to rob Mr. Cikovic and his friends in Buttonwood Park on the evening of October 3, 2008. It is submitted he told his teacher, Mr. Browne, that he did not have the gun, he did not fire the shot, but that he was part of the group that "rolled up." It is the Crown's position that in this context, Mr. Araya was using the term "roll up" to mean they were going to commit a robbery. [A.R., vol. I, at p. 159]

[67] According to counsel for Mr. Araya, the use of the word "confession" in this context was a "toxic instruction" that should give rise to a new trial under the reasoning of *R. v. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403 (Ont. C.A.) (R.F., at para. 58). I do not agree. This case is not like *Samuels*; in that case, the defendant's statements were largely exculpatory, but the trial judge himself instructed the jury that "the statements of the accused Samuels contain both admissions or confessions as well as excuses which tend to exonerate him": para. 27. The trial judge went on to suggest that greater weight should be placed on the defendant's inculpatory statements than his exculpatory ones. Armstrong J.A. held that the instruction in that case was "seriously flawed. The statements of the appellant are largely exculpatory and support his defence of accident. It is therefore wrong and prejudicial to describe the statements as containing 'admissions' or 'confessions': *Samuels*, at para. 28. *Samuels* thus found it prejudicial for the trial judge, in the context of that case, to label certain statements of the defendant as "confessions".

[68] By contrast, the trial judge in this case did not himself label Mr. Araya's statements as confessions. Indeed, he repeatedly described the school exchange as a "conversation", rather than a confession, elsewhere in the charge. In the portion of

à l'école d'« aveu » en raison du caractère disculpatoire de ses paroles relatées initialement par l'enseignant dans sa déposition et des contradictions relevées dans le témoignage de M. Browne. M. Araya conteste d'ailleurs la validité de la directive suivante au jury :

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que le 7 octobre 2008, M. Araya a avoué avoir fait partie du groupe d'hommes qui avait « abordé » M. Cikovic et ses amis pour les voler dans le parc Buttonwood le soir du 3 octobre 2008. Il ajoute qu'il a dit à son enseignant, M. Browne, qu'il n'avait pas l'arme à feu, qu'il n'avait pas tiré le coup de feu, mais qu'il avait fait partie des agresseurs. Le ministère public plaide que, dans ce contexte, M. Araya a employé le verbe « aborder » au sens d'approcher en vue de commettre un vol qualifié. [d.a., vol. I, p. 159]

[67] Pour l'avocat de M. Araya, l'emploi du mot « aveu » dans ce contexte rend la directive [TRADUCTION] « toxique », de sorte qu'un nouveau procès serait justifié selon le raisonnement suivi dans *R. c. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403 (C.A. Ont.) (m.i., par. 58). Je ne saurais être d'accord. Les faits de la présente affaire ne sont pas analogues à ceux de *Samuels*, où les déclarations de l'accusé étaient en grande partie disculpatoires, mais où le juge du procès avait dit au jury [TRADUCTION] « [qu']elles renfermaient non seulement des aveux, mais aussi des excuses qui tendaient à l'exonérer » (par. 27). Dans cette autre affaire, le juge du procès avait ajouté qu'il fallait accorder plus d'importance aux déclarations incriminantes de l'accusé qu'à ses déclarations disculpatoires. En Cour d'appel, le juge Armstrong a statué que la directive comportait « de graves lacunes. Les déclarations de l'appelant étaient en grande partie disculpatoires et étayaient sa défense d'accident. Il était donc erroné et préjudiciable de dire des déclarations qu'elles renfermaient des "aveux" » (*Samuels*, par. 28). La Cour d'appel a donc conclu qu'il était préjudiciable que le *juge du procès*, dans le contexte de cette affaire, assimile certaines déclarations de l'accusé à des « aveux ».

[68] Or, en l'espèce, le juge du procès ne qualifie pas d'aveux les déclarations de M. Araya. Il décrit maintes fois l'échange survenu à l'école comme un « entretien » plutôt qu'un aveu. Dans la partie des directives au jury mise en évidence par M. Araya, le

the jury instructions emphasized by Mr. Araya, the trial judge remarked that “[i]t is submitted that . . . Mr. Araya confessed” (emphasis added). This statement amounts to a reiteration of the Crown’s position, which was that the school conversation should be viewed as a confession of guilt. When viewed in light of the trial judge’s other cautions to the jury, including the caution that Mr. Browne’s testimony should be evaluated only for its evidence of what Mr. Araya said, rather than Mr. Browne’s interpretation of his statements, as well as the caution that confession to mere presence at the scene was not sufficient to establish guilt, I do not find that the single use of the word “confession” in describing the Crown’s submissions would have been so “toxic” an instruction as to call for a correcting instruction.

D. Grounds of Appeal Before the Ontario Court of Appeal

[69] Before the Court of Appeal, Mr. Araya asserted that the trial judge had made seven errors. The majority of the Court of Appeal found that the alleged flaws in the jury instructions pertaining to the permissible use of the photographs were sufficient to allow the appeal, and thus did not address the remaining alleged errors. Two of the seven errors originally asserted — the admissibility of the photographs and the associated jury instructions, and the trial judge’s treatment of Mr. Browne’s testimony — were argued before this Court. The other five grounds that Mr. Araya asserted before the Court of Appeal were that the trial judge erred in:

- (b) failing to caution the jury concerning how to use disbelief of the appellant’s alibi;
- (c) failing to give a *Vetrovec* caution with respect to the evidence of one eyewitness, George Athens;
- (d) failing to properly instruct the jury regarding party liability under s. 21(2) of the *Criminal Code* . . .;

juge fait observer que [TRADUCTION] « [l]e ministère public prétend que [. . .] M. Araya a avoué » (je souligne). Cela revient à rappeler la thèse du ministère public, à savoir que l’entretien à l’école devait être considéré comme un aveu de culpabilité. J’estime que, à la lumière des autres mises en garde du jury, y compris celle voulant qu’il doive considérer le témoignage de M. Browne seulement pour établir ce que M. Araya a dit, et non pour interpréter ses propos, de même que la précision selon laquelle l’aveu de la seule présence sur les lieux n’est pas suffisant pour établir la culpabilité, l’utilisation une seule fois du mot « aveu » pour faire état de la thèse du ministère public ne saurait rendre la directive « toxique » au point de justifier sa rectification.

D. Moyens invoqués en Cour d’appel de l’Ontario

[69] Devant la Cour d’appel, M. Araya a soutenu que le juge du procès avait commis sept erreurs. Les juges majoritaires concluent que les lacunes imputées aux directives au jury sur l’utilisation acceptable des photos étaient suffisantes pour que l’appel soit accueilli, si bien qu’ils ne se penchent pas sur les autres erreurs alléguées. Deux des sept erreurs alléguées à l’origine — l’admissibilité en preuve des photos et les directives au jury s’y rapportant, ainsi que la directive du juge sur le témoignage de M. Browne — sont invoquées devant notre Cour. Les cinq autres motifs invoqués en Cour d’appel ont trait aux erreurs suivantes reprochées au juge de première instance :

[TRADUCTION]

- (b) l’omission d’instruire le jury sur les implications du rejet de l’alibi de l’appelant;
- (c) l’omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* à l’égard du témoignage de George Athens, un témoin oculaire;
- (d) l’omission de bien instruire le jury sur la responsabilité du participant suivant le par. 21(2) du *Code criminel* . . .;

(f) failing to instruct the jury that it was improper for the Crown to ask the appellant to comment on why his teacher would lie and implicate him in the shooting, given their positive relationship; and

(g) permitting the Crown to lead evidence of the appellant's demeanour at the time he learned of the warrant for his arrest, and following his arrest, as after the fact conduct capable of supporting an inference of guilt.

(Court of Appeal reasons, at para. 68, per Strathy J.A., dissenting)

[70] For the reasons of Strathy J.A., I agree that the trial judge did not err in regard to any of these five additional grounds of appeal.

E. *Curative Proviso*

[71] Because I find the jury instructions to have been adequate, it is not necessary to consider whether the facts of this case would warrant the application of the curative proviso provided in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

V. Conclusion

[72] The appeal is allowed and the respondent's conviction for manslaughter is restored. The matter is remanded to the Ontario Court of Appeal for consideration of the sentencing appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

(f) l'omission de préciser au jury que le ministère public n'avait pas à demander à l'appellant pourquoi son enseignant aurait menti et l'aurait impliqué dans l'homicide alors qu'ils étaient en bons termes;

(g) l'autorisation du ministère public à mettre en preuve les actes de l'appellant au moment où il a appris qu'il faisait l'objet d'un mandat d'arrestation, et après son arrestation, pour établir son comportement après le fait et étayer une inférence de culpabilité.

(Motifs de la Cour d'appel, par. 68, le juge Strathy, dissident)

[70] Pour les motifs exposés par le juge Strathy, je conviens que le juge du procès n'a pas commis d'erreur à l'égard de l'un ou l'autre de ces cinq motifs d'appel supplémentaires.

E. *Disposition réparatrice*

[71] Puisque je conclus que les directives au jury étaient adéquates, il est inutile d'examiner si les faits de l'espèce justifieraient l'application de la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

V. Conclusion

[72] Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable est rétablie. Le dossier est renvoyé à la Cour d'appel de l'Ontario pour qu'elle statue sur l'appel visant la détermination de la peine.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lockyer Campbell Posner, Toronto.