

Robert Dennis Starr *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General of British
Columbia** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. STARR

Neutral citation: 2000 SCC 40.

File No.: 26514.

Hearing: December 3, 1998.

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

Rehearing: February 24, 2000; September 29, 2000.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Present intentions exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting statement of intention made by deceased — Whether statement admissible under “present intentions” exception to hearsay rule — Whether statement admissible under principled approach to hearsay admissibility — Whether exceptions to hearsay rule must conform to principled approach to hearsay admissibility — Whether hearsay that fits within traditional exception may still be inadmissible if it is not sufficiently reliable and necessary.

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Prior identification exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting

Robert Dennis Starr *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de l'Ontario
et le procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. STARR

Référence neutre: 2000 CSC 40.

N^o du greffe: 26514.

Audition: 3 décembre 1998.

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

Nouvelle audition: 24 février 2000; 29 septembre 2000.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Admissibilité — Exception des intentions existantes — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Admission par le juge du procès de la déclaration d'intention de la victime — La déclaration est-elle admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire? — La déclaration est-elle admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire? — Les exceptions à la règle du ouï-dire doivent-elles être conformes à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire? — La preuve par ouï-dire qui relève d'une exception traditionnelle peut-elle tout de même être inadmissible si elle n'est pas suffisamment fiable et nécessaire?

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Admissibilité — Exception de l'identification antérieure — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré —

police officers' testimony regarding out-of-court identification by witness — Witness not testifying at trial that she had made out-of-court identification — Whether police evidence admissible under traditional exception to hearsay rule — Whether police evidence admissible under principled approach to hearsay admissibility.

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge explained concept of reasonable doubt to jury in adequate manner.

The accused was convicted of two counts of first degree murder. He had been accused of shooting C and W by the side of a highway. C and W had been drinking with the accused in a hotel. Outside, C and W offered a couple a ride home in W's station wagon. W drove, and the group first stopped at an adjacent gas station, where G, a sometime girlfriend of C, approached the station wagon and had a conversation with C. During the conversation, G observed a car beside the gas station, and saw the accused in the car. She became angry with C because he was out with W rather than her, and she walked away from the car. C got out of the car and followed her into a laneway, where they had a further conversation. G asked C why he would not come home with her. According to G, C replied that he had to "go and do an Autopac scam with Robert". She understood "Robert" to be the accused. A day or two later, G saw a picture in the newspaper of what she believed was the car in which she had seen the accused. The car had been found at the scene of the murder. She phoned the police and told them she had seen the car on the night of the murders at the gas station, with the accused in it. The Crown's theory was that the killing was a gang-related execution perpetrated by the accused. W was an unfortunate witness who was killed simply because she was in the wrong place at the wrong time. The theory was that the accused had used an Autopac scam as a pretext to get C out into the countryside. The trial judge found that G's anticipated testimony regarding the scam was admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule.

Admission par le juge du procès du témoignage des policiers concernant l'identification extrajudiciaire par un témoin — Témoin n'affirmant pas au procès avoir procédé à une identification extrajudiciaire — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu d'une exception traditionnelle à la règle du oui-dire? — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oui-dire?

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable?

L'accusé a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Il avait été inculpé d'avoir abattu C et W sur l'accotement d'une route. C et W avaient pris un verre avec l'accusé dans un hôtel. À l'extérieur, C et W ont offert à un couple de les raccompagner chez eux dans la familiale de W. W a pris le volant et le groupe a fait un premier arrêt à une station-service voisine, où G, qui fréquentait C à l'occasion, s'est approchée de la familiale et s'est entretenue avec C. Pendant cette conversation, G a remarqué la présence d'une automobile à côté de la station-service et a aperçu l'accusé à l'intérieur de celle-ci. Elle s'est mise en colère contre C parce qu'il était en compagnie de W au lieu d'être avec elle, et s'est éloignée de l'automobile. C est descendu de l'auto et a suivi G dans une ruelle, où ils ont eu une autre conversation. G a demandé à C pourquoi il ne la raccompagnerait pas chez elle. Selon G, C a répondu qu'il devait «aller frauder l'Autopac avec Robert». Elle a compris que «Robert» était l'accusé. Le lendemain ou le surlendemain, G a cru reconnaître, sur une photo dans le journal, l'automobile dans laquelle elle avait aperçu l'accusé. Cette automobile avait été découverte sur les lieux du meurtre. Elle a téléphoné à la police pour l'informer que, la nuit où les meurtres avaient été commis, elle avait aperçu l'automobile en question à la station-service et que l'accusé s'y trouvait. La thèse du ministère public était que l'accusé avait exécuté sa victime en raison de son appartenance à une bande. W était un témoin malchanceux qui a été tué simplement parce qu'il se trouvait à la mauvaise place au mauvais moment. Selon cette thèse, l'accusé s'était servi de la fraude de l'Autopac comme prétexte pour entraîner C à la campagne. Le juge du procès a conclu que le témoignage prévu de G au sujet de la fraude était admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire.

Two police officers visited the couple who had been given a ride. One of the officers testified that the wife, B, had told them that she had seen a man talking to C at the gas station. The officer testified that B indicated that the man in one of the photographs she was shown looked like the man whom she had seen at the gas station talking to C and who was also “probably driving the other car”. The photograph was a photo of the accused. Following a *voir dire* the trial judge ruled that the officers’ anticipated testimony was admissible pursuant to the prior identification exception to the hearsay rule, notwithstanding the fact that B had not testified at trial as to having seen a man talking to C at the gas station, or as to having identified that man in one of the photographs presented to her by the police.

The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the convictions. At issue here is whether the court erred in affirming the trial judge’s decision to admit G’s testimony regarding a statement of intention made by the deceased C, in affirming the trial judge’s decision to admit the testimony of the police officers regarding B’s out-of-court identification and in finding that the trial judge had explained the concept of reasonable doubt to the jury in an adequate manner.

Held (McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Since C’s out-of-court statement to G that he had to “go and do an Autopac scam with Robert”, meaning the accused, is sought to be adduced in order to prove the truth of its contents, G’s testimony regarding C’s statement to her is hearsay and would generally be inadmissible as such. The “state of mind” or “present intentions” exception to the hearsay rule as it has developed in Canada permits the admission into evidence of statements of intent or of other mental states for the truth of their contents and also, in the case of statements of intention in particular, to support an inference that the declarant followed through on the intended course of action, provided it is reasonable on the evidence for the trier of fact to infer that the declarant did so. A statement of intention cannot be admitted to prove the intentions of someone other than the declarant, unless a hear-

Deux policiers ont rendu visite au couple qui s’était fait raccompagner en voiture. L’un d’eux a témoigné que la femme, B, leur avait déclaré avoir vu un homme parler à C à la station-service. Le policier a témoigné que B avait indiqué que l’homme figurant sur l’une des photos qu’on lui avait montrées ressemblait à l’homme qu’elle avait vu parler à C à la station-service et qui, de plus, «conduisait probablement l’autre automobile». La photo en cause était une photo de l’accusé. À la suite d’un voir-dire, le juge du procès a décidé que le témoignage prévu des deux policiers était admissible en vertu de l’exception de l’identification antérieure à la règle du oui-dire, malgré le fait que B n’avait pas témoigné au procès qu’elle avait vu un homme s’entretenir avec C à la station-service ou qu’elle avait identifié cet homme sur l’une des photographies que lui avaient montrées les policiers.

Dans un arrêt majoritaire, la Cour d’appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Il s’agit en l’espèce de savoir si la cour a commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès d’admettre le témoignage de G concernant la déclaration d’intention de feu C, en confirmant la décision du juge du procès d’admettre le témoignage des policiers concernant l’identification extrajudiciaire par B et en concluant que le juge du procès avait suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel: Étant donné que le but dans lequel on cherche à présenter la déclaration extrajudiciaire de C à G selon laquelle il devait «aller frauder l’Autopac avec Robert», c’est-à-dire l’accusé, est d’établir la véracité de son contenu, le témoignage de G concernant la déclaration que lui avait faite C est du oui-dire et serait généralement inadmissible pour cette raison. L’exception de l’«état d’esprit» ou des «intentions existantes» à la règle du oui-dire qui est appliquée au Canada permet l’admission en preuve des déclarations d’intention et d’autres états d’esprit pour établir la véracité de leur contenu et, notamment dans le cas des déclarations d’intention, pour étayer la déduction que le déclarant a donné suite à la façon dont il comptait agir, pourvu que la preuve permette raisonnablement au juge des faits de déduire que le déclarant l’a fait. Une déclaration d’intention ne

say exception can be established for each level of hearsay. The trial judge erred in admitting C's statement to G under the present intentions exception and, having admitted it, in not limiting its use by the jury. The statement contained no indicia of reliability since it was made under circumstances of suspicion. C may have had a motive to lie in order to make it seem that he was not romantically involved with W, and could easily point to the accused, who was sitting nearby in a car but out of earshot, as being the person with whom he was going to do an Autopac scam. Moreover, the trial judge failed to instruct the jury that the statement was only admissible as evidence regarding the intentions of C, not the accused. It is well-established that when a piece of evidence may conceivably be put to both proper and improper uses, the trial judge in a criminal case must give the jury a limiting instruction regarding the permissible inferences that may be drawn from the evidence. In this case the trial judge did not instruct the jury on the proper uses of C's statement; in fact, he did the opposite by expressly inviting the jury to use the evidence to infer the accused's intentions. In so doing, he clearly committed an error of law warranting reversal. Finally, when properly limited, the evidence was more prejudicial than probative. The trial judge erred by not considering whether the prejudicial effect of the prohibited use of the evidence overbears its probative value on the permitted use. The impermissible inferences that the jury might well have drawn from C's statement are that the accused was in the car that followed C, that the accused was alone in the car (since C referred only to the accused), and that the accused went with C as part of a plan to lure C to a secluded area and kill him. The prejudicial effect of the admission of C's statement outweighed the statement's probative value. The statement ought to have been excluded on this basis as well.

In *Khan*, *Smith*, and subsequent cases, this Court allowed the admission of hearsay not fitting within an established exception where it was sufficiently reliable and necessary to address the traditional hearsay dangers. This concern for reliability and necessity should be no less present when the hearsay is sought to be introduced

saurait être admise pour prouver les intentions d'une personne autre que le déclarant à moins qu'il ne soit possible d'établir qu'une exception à la règle du oui-dire s'applique à chaque niveau de oui-dire. Le juge du procès a eu tort d'admettre la déclaration de C à G en vertu de l'exception des intentions existantes et de ne pas en délimiter l'utilisation par le jury après l'avoir admise. La déclaration n'offrait aucun signe de fiabilité étant donné qu'elle a été faite dans des circonstances douteuses. C pouvait avoir eu un motif de mentir dans le but de faire croire qu'il n'avait aucune liaison amoureuse avec W, et c'est avec facilité qu'il a pu indiquer que l'accusé, qui se trouvait dans une automobile stationnée tout près mais qui était trop loin pour entendre ce qui se disait, était la personne avec qui il allait frauder l'Autopac. En outre, le juge du procès n'a pas dit au jury que la déclaration en cause était admissible pour établir les intentions de C seulement et non celles de l'accusé. Il est reconnu que, si, en théorie, il peut y avoir à la fois bonne utilisation et mauvaise utilisation d'un élément de preuve, le juge du procès en matière criminelle doit donner au jury une directive restrictive concernant les déductions acceptables qui peuvent être faites de la preuve. En l'espèce, le juge du procès n'a donné au jury aucune directive sur les utilisations qui pouvaient être faites de la déclaration de C; en réalité, il a fait le contraire en invitant expressément le jury à utiliser cet élément de preuve pour déduire les intentions de l'accusé. Ce faisant, il a manifestement commis une erreur de droit justifiant révision. Enfin, même si son utilisation avait été délimitée correctement, la preuve était plus préjudiciable que probante. Le juge du procès a commis une erreur en ne se demandant pas si l'effet préjudiciable de l'utilisation interdite de la preuve l'emporte sur sa valeur probante relative à l'utilisation permise. Les déductions inacceptables que le jury aurait bien pu faire à partir de la déclaration de C sont que l'accusé était dans l'automobile qui a suivi C, qu'il était seul dans cette automobile (puisque C n'a mentionné que l'accusé) et qu'il avait accompagné C dans le cadre d'un plan visant à attirer C dans un endroit retiré pour le tuer. L'effet préjudiciable de l'admission de la déclaration de C l'emportait sur la valeur probante de cette déclaration. La déclaration aurait également dû être écartée pour ce motif.

Dans les arrêts *Khan* et *Smith* et d'autres arrêts subséquents, notre Cour a permis l'admission d'éléments de preuve par oui-dire qui ne relevaient pas d'une exception reconnue, lorsque ces éléments de preuve étaient suffisamment fiables et nécessaires pour remédier aux dangers traditionnels du oui-dire. Cette préoccupation

under an established exception. This is particularly true in the criminal context given the fundamental principle of justice, protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that the innocent must not be convicted. It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception. In addition to improving trial fairness, bringing the hearsay exceptions into line with the principled approach will also improve the intellectual coherence of the law of hearsay. To the extent that the various exceptions may conflict with the requirements of a principled analysis, it is the principled analysis that should prevail. It is nevertheless important for a court to exercise a certain degree of caution when reconsidering the traditional exceptions, which continue to play an important role under the principled approach. In some rare cases, it may be possible under the particular circumstances of a case for evidence clearly falling within an otherwise valid exception nonetheless not to meet the principled approach's requirements of necessity and reliability. In such a case, the evidence would have to be excluded. However, these cases will no doubt be unusual, and the party challenging the admissibility of evidence falling within a traditional exception will bear the burden of showing that the evidence should nevertheless be inadmissible. The trial judge will determine the procedure (whether by *voir dire* or otherwise) to determine admissibility under the principled approach's requirements of reasonable necessity and reliability.

C's statement to G was also inadmissible under the principled approach. Since it was made under "circumstances of suspicion", the statement was not reliable. Nor are there any other circumstantial guarantees of trustworthiness that could render the statement reliable. Having found that the statement is unreliable, it is unnecessary to go on to ask whether it was necessary or not. Since it does not fall under an existing exception either, the courts below erred in admitting this evidence. There was no serious argument that the error was one that could be saved by the curative proviso.

de fiabilité et de nécessité ne doit pas être moindre lorsqu'on cherche à présenter une preuve par ouï-dire en vertu d'une exception reconnue. Cela est particulièrement vrai en matière criminelle, étant donné que la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si on permettait au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire non fiable contre l'accusé, peu importe qu'elle se trouve ou non à relever d'une exception existante, cela compromettrait l'équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées. En plus d'améliorer l'équité du procès, le fait d'adapter les exceptions à la règle du ouï-dire à la méthode fondée sur des principes augmentera également la cohérence intellectuelle du droit de la preuve par ouï-dire. Dans la mesure où il peut exister un conflit entre les diverses exceptions et les exigences d'une analyse fondée sur des principes, c'est cette dernière qui doit l'emporter. Il est toutefois important qu'un tribunal démontre une certaine prudence en réexaminant les exceptions traditionnelles, qui continuent de jouer un rôle important dans la méthode fondée sur des principes. Il se peut également que, dans de rares cas, des circonstances particulières fassent en sorte qu'une preuve manifestement visée par une exception par ailleurs valide ne satisfasse toutefois pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode fondée sur des principes. En pareils cas, la preuve devrait être écartée. Toutefois, ces cas seront certes inhabituels et la partie qui conteste l'admissibilité de la preuve visée par une exception traditionnelle aura le fardeau de démontrer que la preuve doit néanmoins être inadmissible. Le juge du procès établira la procédure (par *voir-dire* ou autrement) applicable pour déterminer l'admissibilité en vertu des exigences de nécessité et de fiabilité raisonnables de la méthode fondée sur des principes.

La déclaration de C à G n'était pas non plus admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Cette déclaration n'était pas fiable étant donné qu'elle avait été faite dans des «circonstances douteuses». Il n'y a pas non plus d'autres garanties circonstanciées de fiabilité susceptibles de rendre la déclaration fiable. Après avoir conclu que la déclaration n'est pas fiable, il n'est pas nécessaire de se demander si elle était nécessaire. Étant donné qu'elle ne relève pas non plus d'une exception existante, les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en l'admettant en preuve. On n'a avancé aucun argument sérieux selon lequel il pouvait être remédié à l'erreur au moyen de la disposition réparatrice.

The trial judge erred in admitting the police evidence regarding B's out-of-court identification under a traditional exception to the hearsay rule. Under the "prior identification" exception, prior statements identifying or describing the accused are admissible where the identifying witness identifies the accused at trial, or where the identifying witness is unable to identify the accused at trial, but can testify that he or she previously gave an accurate description or made an accurate identification. These requirements are not satisfied in the circumstances of this case. Since B did not identify the accused in court, only the second branch of the exception could possibly be applicable. However, B did not testify that she could not remember whether the accused was the person whom she identified. She was not asked to compare the accused with her recollections about the person she saw on the night of the murders. Accordingly, the underlying circumstances of necessity required to trigger the second branch of the traditional exception did not exist. Moreover, the police evidence went far beyond the scope of the "prior identification" exception. The officers' testimony went beyond simply asserting that B had identified the accused, and provided almost the entirety of the narrative underlying the identification. The police testimony was equally inadmissible under the principled approach. The testimony was not necessary, since B was a witness at trial and could have provided first-hand evidence, had the Crown chosen to question her on the point. Furthermore, there are strong indications that B's identification was unreliable. The trial judge's cautionary instruction to the jury was insufficient to remedy the harm caused by the admission of the evidence.

The reasonable doubt instruction given in this case falls prey to many of the same difficulties outlined in *Lifchus*, and likely misled the jury as to the content of the criminal standard of proof. The key difficulty with this instruction is that it was not made clear to the jury that the Crown was required to do more than prove the accused's guilt on a balance of probabilities. The trial judge told the jury that they could convict on the basis of something less than absolute certainty of guilt, but did not explain, in essence, how much less. In addition, rather than telling the jury that the words "reasonable doubt" have a specific meaning in the legal context, the trial judge expressly instructed the jury that the words have no "special connotation" and "no magic meaning that is peculiar to the law". By asserting that absolute

Le juge du procès a commis une erreur en se fondant sur une exception traditionnelle à la règle du oui-dire pour admettre le témoignage des policiers relativement à l'identification extrajudiciaire par B. Aux termes de l'exception de l'«identification antérieure», les déclarations antérieures qui identifient ou décrivent l'accusé sont admissibles lorsque le témoin auteur de l'identification identifie l'accusé au procès ou lorsque le témoin auteur de l'identification est incapable d'identifier l'accusé au procès, mais peut affirmer qu'il a déjà fourni une description ou une identification exacte. Dans les circonstances de la présente affaire, il n'a pas été satisfait à ces exigences. Étant donné que B n'a pas identifié l'accusé en cour, seul le deuxième volet de l'exception aurait pu s'appliquer. Cependant B n'a pas témoigné qu'elle était incapable de se rappeler si l'accusé était la personne qu'elle avait identifiée. On ne lui a pas demandé de comparer l'accusé à la personne qu'elle se souvenait avoir aperçue la nuit des meurtres. Par conséquent, la situation sous-jacente de nécessité requise pour déclencher l'application du deuxième volet de l'exception traditionnelle n'existait pas. De plus, le témoignage des policiers a excédé de beaucoup la portée de l'exception de l'«identification antérieure». En témoignant, les policiers ne se sont pas contentés d'affirmer que B avait identifié l'accusé, et leur témoignage a constitué presque tout le récit sous-jacent à l'identification. Le témoignage des policiers était tout aussi inadmissible selon la méthode fondée sur des principes. Il n'était pas nécessaire puisque B a témoigné au procès et aurait pu fournir une preuve originale si le ministère public avait choisi de l'interroger en conséquence. Il y a également de solides indices que l'identification faite par B n'était pas fiable. La mise en garde que le juge du procès a faite au jury était insuffisante pour remédier au tort causé par l'admission de la preuve.

La directive sur le doute raisonnable qui a été donnée en l'espèce pose, dans une large mesure, les mêmes difficultés que celles exposées dans l'arrêt *Lifchus* et elle a probablement induit le jury en erreur quant au contenu de la norme de preuve applicable en matière criminelle. Le problème fondamental que pose cette directive est qu'on n'a pas indiqué clairement au jury que le ministère public était tenu de faire plus qu'établir la culpabilité de l'accusé selon la prépondérance des probabilités. Le juge du procès a dit au jury qu'il pourrait prononcer une déclaration de culpabilité en fonction d'une norme de preuve moindre que la certitude absolue de culpabilité, sans pour autant expliquer essentiellement jusqu'à quel point elle pourrait être inférieure à cette dernière norme. En outre, au lieu de dire au jury que les mots

certainty was not required, and then linking the standard of proof to the “ordinary everyday” meaning of the words “reasonable doubt”, the trial judge could easily have been understood by the jury as asserting a probability standard as the applicable standard of proof. The trial judge did refer to the Crown’s onus and to the presumption of innocence, and he stated that the accused should receive the benefit of any reasonable doubt. The error in the charge is that the jury was not told how a reasonable doubt is to be defined. As was emphasized repeatedly in *Lifchus* and again in *Bisson*, a jury must be instructed that the standard of proof in a criminal trial is higher than the probability standard used in making everyday decisions and in civil trials. In this case the jury was not told that something more than probability was required in order to convict, and nearly all of the instructions they were given weakened the content of the reasonable doubt standard in such a manner as to suggest that probability was indeed the requisite standard of proof. The reasonable likelihood that the jury applied the wrong standard of proof raises a realistic possibility that the accused’s convictions constitute a miscarriage of justice.

Per L’Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): The following framework of analysis should be adopted for hearsay statements. First, it must be determined whether the statement is hearsay. Second, the trial judge should determine whether the hearsay statement falls within an established exception to the hearsay rule. Third, if the evidence does not fall within an established exception, the trial judge should determine whether it would still be admissible under the principled approach. Fourth, the trial judge maintains the limited residual discretion to exclude evidence where the risk of undue prejudice substantially exceeds the evidence’s probative value. Finally, once the statements are found admissible, it is for the trier of fact to weigh the evidence and make a determination as to the ultimate reliability of the hearsay evidence at issue. The case-by-case application of the principled approach to statements falling within accepted exceptions to the rule against hearsay should not be countenanced. Individual cases may illuminate or illustrate the need to modify a particular traditional exception, but every piece of evidence that falls within a traditional exception should not be subjected to the prin-

«doute raisonnable» ont un sens particulier dans le contexte juridique, le juge du procès lui a expressément dit que ces mots n’avaient aucune «connotation particulière» ni «aucun sens magique propre au droit». Lorsque le juge du procès a affirmé que la certitude absolue n’était pas requise et qu’il a ensuite lié la norme de preuve au sens «ordinaire de tous les jours» de l’expression «doute raisonnable», le jury aurait pu facilement comprendre qu’il disait qu’une norme de probabilité était la norme de preuve applicable. Le juge du procès a mentionné l’obligation du ministère public et la présomption d’innocence, et il a dit que l’accusé devait bénéficier de tout doute raisonnable. L’erreur de l’exposé provient du fait que le jury n’a pas été informé de la définition à donner au doute raisonnable. Comme on l’a souligné à maintes reprises dans *Lifchus*, puis de nouveau dans *Bisson*, il faut dire au jury que la norme de preuve applicable dans un procès criminel est plus élevée que la norme de la prépondérance des probabilités qui est utilisée dans les décisions de tous les jours et dans les procès civils. En l’espèce, on n’a pas dit au jury qu’il fallait plus qu’une probabilité pour qu’il puisse prononcer une déclaration de culpabilité, et presque toutes les directives qui ont été données ont affaibli le contenu de la norme du doute raisonnable au point d’indiquer que la probabilité était effectivement la norme de preuve requise. La probabilité raisonnable que le jury ait appliqué la mauvaise norme de preuve soulève une possibilité réaliste que les déclarations de culpabilité de l’accusé constituent une erreur judiciaire.

Les juges L’Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): Il y a lieu d’adopter le cadre d’analyse suivant en ce qui concerne les déclarations relatées. Premièrement, il y a lieu de déterminer si la déclaration est du oui-dire. Deuxièmement, le juge du procès doit décider si la déclaration en question relève d’une exception reconnue à la règle du oui-dire. Troisièmement, si la preuve ne relève pas d’une exception reconnue, le juge du procès doit déterminer si la déclaration est tout de même admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Quatrièmement, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel limité d’écarter une preuve lorsque le risque d’effet préjudiciable induit l’emporte substantiellement sur la valeur probante de la preuve. Finalement, dès que les déclarations sont jugées admissibles, il appartient au juge des faits d’apprécier la preuve présentée et de se prononcer ultimement sur la fiabilité de la preuve par oui-dire en cause. L’application cas par cas de la méthode fondée sur des principes aux déclarations relevant des exceptions reconnues à la règle du oui-dire ne devrait pas être favorisée. Chaque cas peut faire ressortir ou mettre en lumière la nécessité

cipled approach and the concomitant *voir dire* that it may entail.

While it is the duty of the courts to review common law rules, this duty carries with it a corresponding responsibility to proceed prudently. The usurpation of the traditional hearsay exceptions by the principled approach is not warranted under the current state of our law. Our jurisprudence has recognized the need to relax the hearsay rule to keep it in step with our changing society, specifically our greater appreciation of jurors' abilities. However, the existing common law exceptions should be retained. The principled necessity-reliability analysis, while appropriate where hearsay evidence does not fall within an established exception to the hearsay rule, has not replaced and should not supplant the traditional exceptions to the hearsay rule.

The traditional exceptions are built upon a determination that a threshold of reliability is met in particular instances of hearsay statements. Reliability under the principled approach is similarly restricted to a threshold inquiry. In re-evaluating a hearsay exception, the court must ask whether some reason exists to doubt that the rationale underlying the exception applies in certain circumstances. The scope of this inquiry is restricted; the court should not consider every possible permutation of indicators of reliability or unreliability. The only time a court should entertain a challenge to an existing exception is where there are facts, generally applicable to a class of persons, which weaken the theoretical justification for the exception. While in principle the trial judge's residual discretion to exclude admissible evidence where its prejudicial effect substantially outweighs its probative value could, in appropriate circumstances, apply to evidence falling within an exception to the hearsay rule, this point was not addressed in the Court of Appeal and was not argued before this Court.

Since the Crown sought to use C's statement to G as proof of the truth of its contents, it is hearsay. The statement falls squarely within the "present intentions" exception to the hearsay rule. An exception to the hearsay rule arises when the declarant's statement is adduced in order to demonstrate the intentions, or state of mind, of the declarant at the time when the statement was made. A requirement that the statement must appear

de modifier une exception traditionnelle particulière, mais il n'y a pas lieu d'assujettir chaque élément de preuve qui relève d'une exception traditionnelle à la méthode fondée sur des principes et au *voir-dire* concomitant qu'elle peut nécessiter.

Bien qu'il incombe aux tribunaux de réviser les règles de common law, ce devoir comporte la responsabilité correspondante d'agir avec prudence. L'empiètement de la méthode fondée sur des principes sur les exceptions traditionnelles n'est pas justifié selon l'état actuel de notre droit. Notre jurisprudence a reconnu la nécessité d'assouplir la règle du *ouï-dire* pour l'harmoniser avec l'évolution de notre société, particulièrement avec la plus grande considération que nous accordons à la capacité des jurés. Cependant, les exceptions de common law existantes devraient être maintenues. L'analyse de la nécessité et de la fiabilité fondée sur des principes, bien qu'appropriée lorsque la preuve par *ouï-dire* ne relève pas d'une exception établie à la règle du *ouï-dire*, n'a pas remplacé et ne devrait pas supplanter les exceptions traditionnelles à la règle du *ouï-dire*.

Les exceptions traditionnelles reposent sur une décision qu'un seuil de fiabilité est atteint dans le cas de certaines déclarations. L'appréciation de la fiabilité au sens de la méthode fondée sur des principes se limite elle aussi à un examen du seuil de fiabilité. Au moment de réévaluer une exception à la règle du *ouï-dire*, la cour doit se demander s'il y a une raison de douter de l'application du raisonnement sous-jacent à l'exception dans certaines circonstances. La portée de cet examen est limitée; la cour ne devrait pas examiner chaque permutation possible des indices de fiabilité ou de non-fiabilité. Une cour ne devrait examiner la contestation d'une exception existante qu'en présence de faits, généralement applicables à une catégorie de personnes, qui minent la justification théorique de l'exception. Même si, en principe, le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'écarter une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante pouvait, dans des circonstances appropriées, s'appliquer à la preuve qui relève d'une exception à la règle du *ouï-dire*, ce point n'a pas été abordé en Cour d'appel ni débattu devant notre Cour.

Étant donné que le ministère public a tenté d'utiliser la déclaration de C à G comme preuve de la véracité de son contenu, il s'agit de *ouï-dire*. La déclaration relève nettement de l'exception des «intentions existantes» à la règle du *ouï-dire*. Une exception à la règle du *ouï-dire* s'applique lorsque la déclaration du déclarant est présentée pour démontrer ses intentions ou son état d'esprit au moment où il l'a faite. Il n'y a pas lieu d'ajouter une

to have been made in a natural manner and not under circumstances of suspicion should not be added. While statements of intention may be admissible despite the fact that they refer to a joint act, the “present intentions” exception may not be used to infer that a third party acted in accordance with the declarant’s stated intention. The trial judge did not err in leaving C’s statement of intention to the jury. Properly cautioned by the trial judge, juries are perfectly capable of determining what weight ought to be attached to such evidence, and of drawing reasonable inferences therefrom. The Crown did not ask the jury to draw an impermissible inference, and the trial judge did not err in instructing the jury on this issue.

With respect to B’s out-of-court identification, while the trial judge may have committed an error by allowing the police officers to testify as to the out-of-court identification, any harm that such evidence may have caused was effectively negated by the trial judge’s instructions to the jury. The harm caused by the introduction of the evidence was minimal given other testimony that placed the accused at the gas station before the murders. B’s statement that “he was probably driving the other car” could not have suggested that B identified the accused in the town where the murders took place, rather than at the gas station. Given the trial judge’s admonition to the jury and the accused’s admission of the marginal role that the identification evidence played, there is no reasonable possibility that the verdict would have been different if the alleged error had not been made.

While trial judges are now expected to follow the *Lifchus* model charge, failure to do so in cases tried before *Lifchus* does not constitute reversible error if the charge conveys to the jury the special meaning attached to reasonable doubt. Despite not having the benefit of this Court’s decision in *Lifchus*, the trial judge included most of the suggested elements in his charge to the jury. The charge instructed the jurors that a reasonable doubt must not be an imaginary or frivolous doubt; that it is a doubt based upon reason and common sense; that it must be based on the evidence that the jurors heard in the courtroom; and that the Crown is not required to prove its case to absolute certainty. The trial judge’s charge was not flawless, in that the trial judge erroneously stated that the words “reasonable doubt” are used in their everyday, ordinary sense and have no special legal meaning. The verdict ought not to be disturbed, however, because the charge, when read as a whole,

exigence selon laquelle la déclaration doit paraître avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses. Bien que les déclarations d’intention puissent être admissibles même si elles font allusion à un acte accompli conjointement, l’exception des «intentions existantes» ne saurait servir à déduire qu’un tiers a donné suite à l’intention explicite du déclarant. Le juge du procès n’a commis aucune erreur en soumettant la déclaration d’intention de C à l’appréciation du jury. Le jury, à qui le juge du procès a fait la mise en garde appropriée, est parfaitement en mesure de déterminer le poids qu’il faut accorder à cette preuve et d’en tirer des conclusions raisonnables. Le ministère public n’a pas demandé au jury de faire une déduction inacceptable et le juge du procès n’a commis aucune erreur dans ses directives au jury sur ce point.

Quant à l’identification extrajudiciaire faite par B, même s’il se peut que le juge du procès ait commis une erreur en permettant aux policiers de témoigner au sujet de l’identification extrajudiciaire, tout préjudice que cette preuve peut avoir causé a effectivement été éliminé par les directives du juge du procès au jury. Le préjudice causé par la présentation de cette preuve était minime compte tenu des autres témoignages selon lesquels l’accusé était à la station-service avant les meurtres. La déclaration de B selon laquelle l’accusé «conduisait probablement l’autre automobile» ne pouvait pas laisser entendre que B avait reconnu l’accusé dans la ville où les meurtres ont eu lieu, plutôt qu’à la station-service. Compte tenu de la mise en garde du juge du procès au jury et de la reconnaissance par l’accusé du rôle secondaire joué par la preuve d’identification, il n’y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eut été différent si l’erreur alléguée n’avait pas été commise.

Bien que les juges du procès soient désormais censés suivre le modèle d’exposé de l’arrêt *Lifchus*, l’omission de le faire dans des affaires entendues avant l’arrêt *Lifchus* ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision, si l’exposé transmet au jury le sens particulier qui est prêté au doute raisonnable. Bien qu’il n’ait pas bénéficié de la décision de notre Cour dans l’affaire *Lifchus*, le juge du procès a inclus la plupart des éléments proposés dans son exposé au jury. L’exposé indiquait aux jurés qu’un doute raisonnable ne doit pas être imaginaire ou frivole, que c’est un doute fondé sur la raison et le bon sens, qu’il doit reposer sur la preuve que les jurés ont entendue dans la salle d’audience et que le ministère public n’est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue. L’exposé du juge du procès n’était pas sans lacunes du fait que le juge y a affirmé à tort que les mots «doute raisonnable» sont utilisés dans leur sens ordinaire de tous les jours et n’ont

makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply. The charge communicated clearly to the jury that they could not find the accused guilty on a balance of probabilities. Moreover, the charge made it clear to them that the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably linked to the presumption of innocence and that this burden never shifts to the accused. In light of the trial judge's compliance with the bulk of the principles enunciated in *Lifchus*, the charge was not automatically vitiated by the failure to include a specific item mentioned in *Lifchus* or by the inclusion of an improper item.

Per McLachlin C.J. and Bastarache J. (dissenting): L'Heureux-Dubé J.'s reasons on the issues of B's out-of-court identification and the charge to the jury on reasonable doubt were agreed with, as were her findings that the victim C's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later the night of the murder was admissible and that the trial judge's charge to the jury adequately warned them of the dangers associated with this evidence.

The following principles govern the admissibility of hearsay evidence: (1) Hearsay evidence is admissible if it falls under an exception to the hearsay rule; (2) The exceptions can be interpreted and reviewed as required to conform to the values of necessity and reliability that justify exceptions to the hearsay rule; (3) Where the evidence is admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may still refuse to admit the evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value; (4) Where evidence is not admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may admit it provided that necessity and reliability are established. C's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later that night is a statement of present intention. Statements of present intention presented for the truth of their contents (i.e., to permit inferences as to what the person in fact did) are admissible, provided they were not made in circumstances of suspicion. There were no circumstances of suspicion here that precluded the trial judge from admitting C's statement that he was doing an Autopac scam with the accused later that night. The statement should accordingly be admitted as evidence of what the deceased intended to do at the time he made the statement. While a statement of joint intention

pas de sens juridique particulier. Cependant, le verdict n'a pas à être cassé puisque l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas avoir mal compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquaient. L'exposé indiquait clairement au jury qu'il ne pouvait pas conclure à la culpabilité de l'accusé selon la prépondérance des probabilités. De plus, l'exposé a indiqué clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d'innocence et que ce fardeau ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé. Compte tenu du fait que le juge du procès a respecté la plupart des principes énoncés dans l'arrêt *Lifchus*, l'exposé n'était pas automatiquement invalidé par l'omission d'inclure un élément particulier mentionné dans l'arrêt *Lifchus* ou par l'inclusion d'un élément inapproprié.

Le juge en chef McLachlin et le juge Bastarache (dissidents): Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sur les questions de l'identification extrajudiciaire par B et sur l'exposé au jury sur le doute raisonnable sont acceptés, tout comme le sont ses conclusions voulant que la déclaration de la victime C, selon laquelle ce dernier avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard la nuit du meurtre, était admissible et que, dans son exposé au jury, le juge du procès a suffisamment mis en garde le jury contre les dangers liés à cet élément de preuve.

Les principes suivants régissent l'admissibilité de la preuve par ouï-dire: (1) la preuve par ouï-dire est admissible si elle relève d'une exception à la règle du ouï-dire; (2) les exceptions peuvent être interprétées et révisées au besoin afin d'en assurer la conformité aux valeurs de nécessité et de fiabilité qui justifient les exceptions à la règle du ouï-dire; (3) lorsque la preuve est admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut tout de même refuser de l'admettre si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante; (4) lorsque la preuve n'est pas admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut l'admettre pourvu que l'on en ait établi la nécessité et la fiabilité. La déclaration de C, selon laquelle il avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là, est une déclaration d'intention existante. Les déclarations d'intention existante présentées comme preuve de la véracité de leur contenu (c'est-à-dire pour permettre de faire des déductions quant à ce que la personne a réellement fait) sont admissibles pourvu qu'elles n'aient pas été faites dans des circonstances douteuses. Il n'y avait pas de circonstances douteuses en l'espèce qui empêchaient le juge du procès d'admettre la déclaration de C, selon laquelle il allait frauder l'Autopac avec l'accusé plus

cannot support an inference as to the state of mind of the third party, in some circumstances it can be fairly considered along with other evidence in deciding what the third party did. C's statement may thus be viewed as one piece of circumstantial evidence supporting the inference that the accused was with C later that night. It may be that where the only source of inference as to the third party's conduct is the statement of joint intention, it would be unsafe to permit the jury to rely on it for that purpose. When this occurs, the jury should be so directed. This was not such a case; the statement was merely one of a matrix of circumstances that the jury could consider in determining whether the accused met C later that night as C stated was their common intention. Accordingly, the trial judge was not required to tell the jury that they could not consider the statement on the question of what the accused in fact did. While a more complete warning as to the danger of drawing inferences on actual conduct from statements of joint intention would have been preferable, the trial judge's instruction to the jury that it was "for [them] to decide whether the evidence of [C's] statement about the scam goes as far as the Crown would have [them] believe" could have left the jury in no doubt that they must not facily jump from C's statement to the conclusion that C and the accused actually met later that evening. The matter was fairly put to the jury and no new trial is required on this ground.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; **referred to:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. v. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *Giles v. United States*, 432 A.2d 739 (1981); *United States v. Brown*, 490 F.2d 758 (1973); *People v. Madson*, 638 P.2d 18 (1981); *Shepard v. United States*,

tard cette nuit-là. Par conséquent, il y a lieu d'admettre la déclaration comme preuve de ce que la personne décédée avait l'intention de faire au moment où elle a fait cette déclaration. Même si elle ne peut pas étayer une déduction relative à l'état d'esprit du tiers, dans certaines circonstances, la déclaration d'intention commune peut, à juste titre, être prise en considération conjointement avec d'autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait. La déclaration de C peut donc être considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui étaye la déduction que l'accusé s'est retrouvé avec C plus tard cette nuit-là. Il se peut que, si la déclaration d'intention commune est le seul élément à partir duquel des déductions concernant la conduite du tiers peuvent être faites, il soit risqué de permettre au jury de l'utiliser à cette fin. Le cas échéant, le jury devrait recevoir des directives en ce sens. Tel n'a pas été le cas en l'espèce; la déclaration ne portait que sur un ensemble de circonstances dont le jury pouvait tenir compte pour déterminer si l'accusé avait rencontré C plus tard cette nuit-là, comme ils avaient l'intention commune de le faire selon ce qu'a déclaré C. Le juge du procès n'était donc pas tenu de dire aux membres du jury qu'ils ne pourraient pas tenir compte de la déclaration pour déterminer ce que l'accusé a fait en réalité. Même s'il avait été préférable de faire une mise en garde plus complète au sujet du danger de se servir de déclarations d'intention commune pour faire des déductions concernant la conduite adoptée, la directive que le juge du procès a donnée aux membres du jury, selon laquelle il leur «appart[enait] de décider si la preuve de la déclaration de [C] au sujet de la fraude [allait] aussi loin que le ministère public vou[lait] [leur] faire croire», ne laissait planer dans leur esprit aucun doute qu'ils ne devaient pas s'empresser de conclure de la déclaration de C que ce dernier et l'accusé se sont effectivement rencontrés plus tard cette nuit-là. La question a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury et la tenue d'un nouveau procès n'est pas requise pour ce motif.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt appliqué: *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; **arrêts mentionnés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. c. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *Giles c. United States*, 432 A.2d 739 (1981); *United States c. Brown*, 490 F.2d 758 (1973); *People c. Madson*, 638 P.2d 18 (1981); *Shepard*

290 U.S. 96 (1933); *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, rev'g (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Kelly* (1999), 213 N.B.R. (2d) 1; *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236; *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d) 154; *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *Wepruk* (*Guardian ad litem of*) *c. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273; *R. v. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533; *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. v. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263; *R. v. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196; *R. v. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. v. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. x; *M. (L.N.) v. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194; *Neufeld v. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150; *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. v. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. v. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678; *R. v. Carriere* (1986), 40 Man. R. (2d) 150; *R. v. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277; *R. v. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. v. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154; *Hildebrand v. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234; *R. v. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232; *R. v. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561; *R. v. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351; *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555; *Great West Uranium Mines Ltd. v. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307; *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1; *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *R. v. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555; *R. v. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th)

United States, 290 U.S. 96 (1933); *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, inf. (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Kelly* (1999), 213 R.N.-B. (2^e) 1; *R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286; *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *Wepruk* (*Guardian ad litem of*) *c. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273; *R. c. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533; *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. c. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263; *R. c. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196; *R. c. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

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

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. c. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. x; *M. (L.N.) c. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194; *Neufeld c. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150; *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. c. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. c. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678; *R. c. Carriere* (1986), 40 Man. R. (2d) 150; *R. c. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277; *R. c. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. c. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154; *Hildebrand c. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234; *R. c. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232; *R. c. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561; *R. c. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351; *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555; *Great West Uranium Mines Ltd. c. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307; *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1; *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *R. c. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555; *R. c. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th)

221; *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Collins v. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215; *R. v. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139; *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *United States v. Pheaster*, 544 F.2d 353 (1976); *People v. Alcalde*, 148 P.2d 627 (1944); *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon, 145 U.S. 285 (1892); *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).
Evidence Act 1995 (Austl.), 1995, No. 2, ss. 59-75.
Federal Rules of Evidence, Rules 105, 801 *et seq.*

Authors Cited

Archibald, Bruce P. "The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?" (1999), 25 *Queen's L.J.* 1.
Blok, Murray B. "The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, "Hearsay Today, Gone Tomorrow")" (1993), 51 *Advocate* 675.
Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
Carter, P. B. "Hearsay: Whether and Whither?" (1993), 109 *L.Q.R.* 573.
Choo, Andrew L.-T. *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.
Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Delisle, R. J. "B. (K.G.) and Its Progeny" (1998), 14 C.R. (5th) 75.
Delisle, R. J. "R. v. Smith: The Relevance of Hearsay" (1991), 2 C.R. (4th) 260.
Ireland. Law Reform Commission. "The Rule Against Hearsay". In *Reports*, vol. 2. Dublin: The Commission, 1979, 105.
Kiesel, Diane. "One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the *Hillmon* Doctrine" (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699.
MacCrimmon, Marilyn T. "Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality" (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269.

221; *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Collins v. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215; *R. v. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139; *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *United States v. Pheaster*, 544 F.2d 353 (1976); *People v. Alcalde*, 148 P.2d 627 (1944); *R. v. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. v. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente)

Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon, 145 U.S. 285 (1892); *R. v. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Evidence Act 1995 (Aust.), 1995, No. 2, art. 59 à 75.
Federal Rules of Evidence, règles 105, 801 *et suiv.*

Doctrine citée

Archibald, Bruce P. «The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?» (1999), 25 *Queen's L.J.* 1.
Blok, Murray B. «The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, "Hearsay Today, Gone Tomorrow")» (1993), 51 *Advocate* 675.
Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
Carter, P. B. «Hearsay: Whether and Whither?» (1993), 109 *L.Q.R.* 573.
Choo, Andrew L.-T. *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.
Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Delisle, R. J. «B. (K.G.) and Its Progeny» (1998), 14 C.R. (5th) 75.
Delisle, R. J. «R. v. Smith: The Relevance of Hearsay» (1991), 2 C.R. (4th) 260.
Irlande. Law Reform Commission. «The Rule Against Hearsay». In *Reports*, vol. 2. Dublin: The Commission, 1979, 105.
Kiesel, Diane. «One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the *Hillmon* Doctrine» (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699.
MacCrimmon, Marilyn T. «Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality» (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269.

- Maguire, John MacArthur. "The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After" (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709.
- Marin, André. "How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications" (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.
- McCormick on Evidence*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.
- McCrea, Patricia McNeill. "Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*" (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2000, release 24).
- Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Oleskiw, Diane. "Recent Developments in the Law of Hearsay" (1994), 1 *Crown's Newsletter* 37.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.
- Paciocco, David M. "The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration". In William Kaplan, Jeffrey Sack and Morley Gunderson, eds., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*. Toronto: Lancaster House, 1995, 123.
- Phipson on Evidence*, 12th ed. By John Huxley Buzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976 (supplemented to 1980).
- Phipson on Evidence*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Prithipaul, Ravi. "Observations on the Current Status of the Hearsay Rule" (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84.
- Rosenberg, Marc. "B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes" (1993), 19 C.R. (4th) 69.
- Rosenberg, Marc. "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules" (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421.
- Rowell, Derek. "Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?" (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. "Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*" (1998), 3 *Can. Crim. L. Rev.* 61.
- Stuesser, Lee. "*R. v. B. (K.G.)*: Prior Inconsistent Statements as Truth" (1991), 5 C.R. (4th) 373.
- Then, Edward. "Dying Declarations Following *Khan* and *Smith*: Are They Necessarily Reliable?". In Maguire, John MacArthur. «The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After» (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709.
- Marin, André. «How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications» (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.
- McCormick on Evidence*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.
- McCrea, Patricia McNeill. «Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*» (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2000, release 24).
- Morgan, Edmund M. «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Oleskiw, Diane. «Recent Developments in the Law of Hearsay» (1994), 1 *Crown's Newsletter* 37.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ministère du Procureur général, 1976.
- Paciocco, David M. «The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration». In William Kaplan, Jeffrey Sack and Morley Gunderson, eds., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*. Toronto: Lancaster House, 1995, 123.
- Phipson on Evidence*, 12th ed. By John Huxley Buzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976 (supplemented to 1980).
- Phipson on Evidence*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Prithipaul, Ravi. «Observations on the Current Status of the Hearsay Rule» (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84.
- Rosenberg, Marc. «B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes» (1993), 19 C.R. (4th) 69.
- Rosenberg, Marc. «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules» (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421.
- Rowell, Derek. «Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?» (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294.
- Royaume-Uni. Law Commission. Consultation Paper No. 138. *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*. London: HMSO, 1995.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. «Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*» (1998), 3 *Rev. can. D.P.* 61.

- National Criminal Law Program: Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 6.5.
- Thompson, D. A. Rollie. "The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle" (1995), 37 C.R. (4th) 282.
- United Kingdom. Law Commission. Consultation Paper No. 138. *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*. London: HMSO, 1995.
- Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown, 1983.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1976.
- Wood, Josiah. "Hearsay — Necessity and Reliability" (1997), 20 *Prov. Judges J.* 5.
- Younger, Irving. *An Irreverent Introduction to Hearsay*. Chicago: American Bar Association, Section of Litigation, 1977.
- Stuesser, Lee. «R. v. B. (K.G.): Prior Inconsistent Statements as Truth» (1991), 5 C.R. (4th) 373.
- Then, Edward. «Dying Declarations Following *Khan* and *Smith*: Are They Necessarily Reliable?». In *National Criminal Law Program: Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 6.5.
- Thompson, D. A. Rollie. «The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle» (1995), 37 C.R. (4th) 282.
- Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown, 1983.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1976.
- Wood, Josiah. «Hearsay — Necessity and Reliability» (1997), 20 *Journal des juges provinciaux* 5.
- Younger, Irving. *An Irreverent Introduction to Hearsay*. Chicago: American Bar Association, Section of Litigation, 1977.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1998), 123 C.C.C. (3d) 145, 123 Man. R. (2d) 292, 159 W.A.C. 292, [1998] M.J. No. 80 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on two counts of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

G. Greg Brodsky, Q.C., and *Anthony H. Dalmyn*, for the appellant.

Gregg Lawlor, for the respondent.

Bernard Laprade and *Silvie Kovacevich*, for the interveners the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Jamie C. Klukach*, for the interveners the Attorney General for Ontario.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1998), 123 C.C.C. (3d) 145, 123 Man. R. (2d) 292, 159 W.A.C. 292, [1998] M.J. No. 80 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

G. Greg Brodsky, c.r., et *Anthony H. Dalmyn*, pour l'appellant.

Gregg Lawlor, pour l'intimée.

Bernard Laprade et *Silvie Kovacevich*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Jamie C. Klukach*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alexander Budlovsky and Marian K. Brown, for the interveners the Attorney General of British Columbia.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — I agree with Justice L’Heureux-Dubé on the issues of Ms. Ball’s out-of-court identification and the charge to the jury on reasonable doubt. I also agree that the victim Cook’s statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later the night of the murder was admissible and that the trial judge’s charge to the jury adequately warned them of the dangers associated with this evidence. Accordingly, I would dismiss the appeal. However, I would deal with the hearsay issue relating to the victim’s statement of intention somewhat differently than either of my colleagues.

In my view, the following principles govern the admissibility of hearsay evidence:

1. Hearsay evidence is admissible if it falls under an exception to the hearsay rule;
2. The exceptions can be interpreted and reviewed as required to conform to the values of necessity and reliability that justify exceptions to the hearsay rule;
3. Where the evidence is admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may still refuse to admit the evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value;
4. Where evidence is not admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may admit it provided that necessity and reliability are established.

In short, the common law exceptions to the hearsay rule remain the law, as interpreted and updated to conform to the twin requirements of necessity and reliability. Additionally, evidence not falling within an exception may be admitted if

Alexander Budlovsky et Marian K. Brown, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et du juge Bastarache rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissidente) — Je partage l’avis de Madame le juge L’Heureux-Dubé sur les questions de l’identification extrajudiciaire par M^{me} Ball et de l’exposé au jury sur le doute raisonnable. Je conviens également que la déclaration de la victime Cook, selon laquelle ce dernier avait l’intention de frauder l’Autopac avec l’accusé plus tard la nuit du meurtre, était admissible et que, dans son exposé au jury, le juge du procès a suffisamment mis en garde le jury contre les dangers liés à cet élément de preuve. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Toutefois, j’aborde quelque peu différemment de mes collègues la question de oui-dire concernant la déclaration d’intention de la victime.

Selon moi, les principes suivants régissent l’admissibilité de la preuve par oui-dire:

1. La preuve par oui-dire est admissible si elle relève d’une exception à la règle du oui-dire;
2. Les exceptions peuvent être interprétées et révisées au besoin afin d’en assurer la conformité aux valeurs de nécessité et de fiabilité qui justifient les exceptions à la règle du oui-dire;
3. Lorsque la preuve est admissible en vertu d’une exception à la règle du oui-dire, le juge peut tout de même refuser de l’admettre si son effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante;
4. Lorsque la preuve n’est pas admissible en vertu d’une exception à la règle du oui-dire, le juge peut l’admettre pourvu que l’on en ait établi la nécessité et la fiabilité.

Bref, les exceptions de common law à la règle du oui-dire restent applicables, telles qu’elles sont interprétées et mises à jour de manière à être conformes à la double exigence de nécessité et de fiabilité. En outre, la preuve qui ne relève pas d’une

1

2

3

the requirements of necessity and reliability are established. This retains the certainty and predictability associated with the common law exceptions to the hearsay rule and avoids the need to hold a *voir dire* when evidence falls within an established exception. At the same time, it permits the exceptions to evolve and evidence outside the exceptions to be admitted where necessity and circumstantial guarantees of reliability exist. As with all evidence, the trial judge has an overriding discretion to exclude the evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value.

4 Applying these rules to this case, the first question is whether an established exception to the hearsay rule applies to the evidence at issue. The answer in this case is yes. The victim's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later that night is a statement of present intention. Statements of present intention constitute a long-recognized exception to the rule against admitting hearsay evidence.

5 The next question concerns the ambit of the exception of statements of present intention. Here my colleagues differ. L'Heureux-Dubé J. holds that all statements of present intention are admissible. Iacobucci J., following Professor Wigmore's formulation of the exception, holds that statements of present intention are admissible, unless made in circumstances of suspicion. Canadian law has not yet settled this question.

6 Interpreting the exception in light of the underlying requirements of necessity and reliability, I share Iacobucci J.'s view that statements of present intention presented for the truth of their contents (i.e., to permit inferences as to what the person in fact did) are admissible, provided they were not made in circumstances of suspicion. Contemporaneity is cited as providing a guarantee of trustworthiness for statements of present intention. In the

exception peut être admise si les conditions de nécessité et de fiabilité sont remplies. Cela permet de maintenir la certitude et la prévisibilité liées aux exceptions de common law à la règle du oui-dire, tout en dispensant de tenir un voir-dire lorsque la preuve relève d'une exception établie. Cela permet, du même coup, aux exceptions d'évoluer et à la preuve non visée par les exceptions d'être admise si c'est nécessaire et s'il existe des garanties circonstancielles de fiabilité. Comme il peut le faire à l'égard de tout élément de preuve, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante.

Si on applique ces règles à la présente affaire, la première question qui se pose est de savoir si une exception reconnue à la règle du oui-dire s'applique à la preuve en cause. La réponse à cette question est affirmative en l'espèce. La déclaration de la victime, selon laquelle elle avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là, est une déclaration d'intention existante. Les déclarations d'intention existante constituent une exception reconnue depuis longtemps à la règle interdisant l'admission de la preuve par oui-dire.

L'autre question qui se pose concerne la portée de l'exception des déclarations d'intention existante. Mes collègues ont des opinions divergentes sur ce point. Madame le juge L'Heureux-Dubé conclut que toutes les déclarations d'intention existante sont admissibles. Le juge Iacobucci, qui adopte la formulation que le professeur Wigmore donne de l'exception, conclut que les déclarations d'intention existante sont admissibles, sauf si elles sont faites dans des circonstances douteuses. Le droit canadien n'a pas encore réglé cette question.

Interprétant l'exception à la lumière des exigences sous-jacentes de nécessité et de fiabilité, je partage l'avis du juge Iacobucci que les déclarations d'intention existante présentées comme preuve de la véracité de leur contenu (c'est-à-dire pour permettre de faire des déductions quant à ce que la personne a réellement fait) sont admissibles pourvu qu'elles n'aient pas été faites dans des circonstances douteuses. La contemporanéité est con-

normal course, the words are contemporaneous with a present intention to do that act. If a person as she heads out the door says, "I'm going to the store", there is every reason to believe that is what she intends to do. This flows from the fact that in the great majority of cases, people making such statements actually intend to do the indicated act. The statement of intention is admitted as a statement of mental condition: inferences that may be drawn as to whether the intended act occurred are another matter: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), at §1725, p. 139; R. J. Deslisle: "R. v. Smith: The Relevance of Hearsay" (1991), 2 C.R. (4th) 260, at p. 264.

The reason statements of present intention are generally reliable indicators of the speaker's "present" or contemporaneous state of mind was captured by Gray J. in *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), at p. 299, quoting Beasley C.J. in *Hunter v. State*, 40 N.J.L.:

In the ordinary course of things, it was the usual information that a man about leaving home would communicate, for the convenience of his family, the information of his friends, or the regulation of his business. At the time it was given, such declarations could, in the nature of things, mean harm to no one; he who uttered them was bent on no expedition of mischief or wrong, and the attitude of affairs at the time entirely explodes the idea that such utterances were intended to serve any purpose but that for which they were obviously designed. . . . At the time the words were uttered . . . the reference to the companion who was to go with him was nothing more, as matters then stood, than an indication of an additional circumstance of his going.

Sometimes, however, statements of intention may not reflect the actual present intention of the speaker. The circumstances may suggest that the speaker had reason to lie about his or her intentions. In such cases, the circumstantial guarantee of trustworthiness that underlies the exception disappears. This is why Wigmore held that the excep-

sidérée comme fournissant une garantie de fiabilité des déclarations d'intention existante. Normalement, les mots sont prononcés lorsqu'il y a une intention existante d'accomplir l'acte en cause. Si une personne affirme «Je vais au magasin», en se dirigeant vers la porte, tout porte à croire que c'est ce qu'elle a l'intention de faire. Cela découle du fait que, dans la plupart des cas, les personnes qui font de telles déclarations ont vraiment l'intention d'accomplir l'acte dont elles parlent. La déclaration d'intention est admise en tant que déclaration d'état d'esprit: les déductions possibles quant à savoir si l'acte projeté a été accompli sont une autre question: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), au § 1725, p. 139; R. J. Deslisle, «R. v. Smith: The Relevance of Hearsay» (1991), 2 C.R. (4th) 260, à la p. 264.

La raison pour laquelle les déclarations d'intention existante sont généralement des indications fiables de l'état d'esprit «existant» ou contemporain de leur auteur a été exposée par le juge Gray dans *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), à la p. 299, alors qu'il citait le juge en chef Beasley dans *Hunter c. State*, 40 N.J.L.:

[TRADUCTION] Il s'agissait normalement des renseignements habituels qu'un homme qui s'apprête à quitter son domicile communiquerait pour rendre service à sa famille, pour informer ses amis ou pour gérer son entreprise. Au moment où elles ont été faites, ces déclarations ne pouvaient pas, dans l'ordre des choses, se vouloir préjudiciables à qui que ce soit; celui qui les a faites n'était pas résolu à accomplir un méfait ni à faire du tort, et le contexte qui régnait à l'époque écarte entièrement l'idée que ces déclarations étaient faites dans un but autre que celui auquel elles se rapportaient manifestement [. . .] Au moment où les paroles ont été prononcées [. . .] la mention du compagnon qui devait l'accompagner n'était alors rien de plus que l'indication d'un autre fait entourant son départ.

Cependant, il peut parfois arriver que des déclarations d'intention ne reflètent pas véritablement l'intention existante de leur auteur. Les circonstances peuvent indiquer que la personne qui s'exprimait avait des raisons de mentir au sujet de ses intentions. Dans de tels cas, la garantie circonstancielle de fiabilité qui sous-tend l'exception dispa-

7

8

tion did not apply where the circumstances cast suspicion on whether the statement of intention represented the speaker's actual intention. Where circumstances of suspicion exist, the presumption of reliability that normally underlies the exception is removed, and it would be inconsistent with the principles underlying the exceptions to the hearsay rule to admit the evidence. (Given the presumption of reliability underlying the exception, it falls to the person opposing the evidence to show circumstances of suspicion.) For this reason, I agree with Iacobucci J. that the statements of present intention are admissible, absent circumstances of suspicion.

raît. C'est pourquoi Wigmore a conclu que l'exception ne s'appliquait pas lorsque les circonstances soulevaient un doute quant à savoir si la déclaration d'intention reflétait la véritable intention de son auteur. En présence de circonstances douteuses, la présomption de fiabilité qui sous-tend normalement l'exception disparaît et admettre la preuve serait incompatible avec les principes sous-jacents des exceptions à la règle du oui-dire. (Compte tenu de la présomption de fiabilité qui sous-tend l'exception, il incombe à la personne qui s'oppose à l'admission de la preuve de démontrer l'existence de circonstances douteuses.) Pour ce motif, je partage l'avis du juge Iacobucci que les déclarations d'intention existante sont admissibles en l'absence de circonstances douteuses.

9

This brings us to the question of whether there were circumstances of suspicion here that precluded the trial judge from admitting the victim's statement that he was doing an Autopac scam with the accused later that night. The majority of the Court of Appeal held there were not. Iacobucci J., by contrast, finds there were. I find myself in agreement with the Court of Appeal. The victim Cook, who had another woman and two other people in his car, encountered his girlfriend at a service station. They conversed. He told her that he was going to do an Autopac scam with the accused later that night. They parted. The question is whether the circumstances of this encounter cast suspicion on whether the victim's statement represented his actual intention at the time he spoke. It is argued that the circumstances suggest that he may have made up the Autopac scam story to explain or offset the presence of another woman in his car. It is not clear to me how the statement that he intended to do an Autopac scam with the accused explains why another woman would be in the car with him. Nor is it clear how the statement countered the suggestion that the victim was romantically involved with the woman in the car. It begs the question, "If you are doing an Autopac scam with someone else later tonight, why are you with this woman?" If the victim had said he intended to do the scam with the woman, it might have attracted suspicion as to whether it repre-

Cela nous amène à la question de savoir s'il y avait des circonstances douteuses en l'espèce qui empêchaient le juge du procès d'admettre la déclaration de la victime, selon laquelle elle allait frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là. La Cour d'appel à la majorité a conclu à l'absence de telles circonstances. Par contre, le juge Iacobucci conclut le contraire. Je partage l'avis de la Cour d'appel. La victime Cook, qui avait fait monter une femme et deux autres personnes dans sa voiture, a rencontré son amie de cœur à une station-service. Ils ont discuté. Il lui a dit qu'il allait frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là. Ils se sont séparés. La question est de savoir si les circonstances de cette rencontre soulèvent un doute quant à savoir si, au moment où elle a été faite, la déclaration de la victime reflétait la véritable intention de cette dernière. On prétend qu'il se peut, d'après les circonstances, que Cook ait inventé l'histoire de la fraude de l'Autopac pour expliquer ou atténuer la présence d'une autre femme dans la voiture. Je ne vois pas comment la déclaration qu'il avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé explique pourquoi une autre femme se trouvait dans la voiture avec lui. Je ne vois pas non plus comment cette déclaration contredisait l'idée que la victime avait une relation amoureuse avec la femme se trouvant dans la voiture. Cela entraîne la question suivante: «Si tu es sur le point de frauder l'Autopac avec quelqu'un

sented his actual intentions. But that is not what occurred. Accordingly, I would admit the statement as evidence of what the deceased intended to do at the time he made the statement.

Iacobucci J. argues that the statement is not admissible for a second reason — because the statement involves the intention to do a joint act with a third person, the accused. In my view, this goes not to admissibility, but to the inferences which may be drawn from the statement. However, my colleague goes on to argue that no inference as to what the accused did can be drawn from the statement, and that the jury should have been so instructed.

It is common ground that the trial judge must give the jury appropriate instructions on how the jury may use hearsay evidence: *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 38. It is also beyond dispute that if failure to give such instructions renders the trial unfair, a new trial must be ordered.

Two issues arise: (1) Should the trial judge have told the jury they could not draw an inference from Cook's statement as to the accused's conduct? and (2) If not, should the trial judge have specifically warned the jury about the danger of making such an inference?

On the first issue, my colleagues suggest that a jury can never infer what a person other than the speaker did from a statement of joint intention. I would not state the matter so categorically. Certainly, such a statement cannot support an inference as to the state of mind of the third party. However, in some circumstances the statement of joint intention can be fairly considered along with other evidence in deciding what the third party did. The declarant's state of mind may be one piece of evidence amongst others for the jury to consider in determining what happened. Viewed thus, Cook's

d'autre plus tard cette nuit, que fais-tu avec cette femme?» Si la victime avait dit qu'elle avait l'intention de commettre la fraude avec cette femme, il y aurait pu y avoir des doutes quant à savoir si c'était là sa véritable intention. Mais ce n'est pas ce qui s'est produit. Par conséquent, je suis d'avis d'admettre la déclaration comme preuve de ce que la personne décédée avait l'intention de faire au moment où elle a fait cette déclaration.

Le juge Iacobucci prétend que la déclaration n'est pas admissible pour un deuxième motif — parce qu'elle indique l'intention d'accomplir un acte conjointement avec un tiers, l'accusé. J'estime que cela concerne non pas l'admissibilité, mais plutôt les déductions qui peuvent être faites de la déclaration. Cependant, mon collègue ajoute que la déclaration ne peut pas servir à déduire ce que l'accusé a fait, et que le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens.

Il est reconnu que le juge du procès doit donner aux membres du jury des directives appropriées sur les fins auxquelles ils peuvent utiliser la preuve par ouï-dire: *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 38. Il est également incontesté que, si l'omission de donner ces directives rend le procès inéquitable, un nouveau procès doit être ordonné.

Deux questions se posent: (1) Le juge du procès aurait-il dû dire aux membres du jury qu'ils ne pourraient pas se servir de la déclaration de Cook pour faire une déduction au sujet de la conduite de l'accusé? (2) Dans la négative, le juge du procès aurait-il dû mettre le jury expressément en garde contre le danger de faire une telle déduction?

En ce qui concerne la première question, mon collègue affirme qu'un jury ne peut jamais déduire, à partir d'une déclaration d'intention commune, ce qu'a fait une personne autre que le déclarant. Je ne serais pas aussi catégorique à ce propos. Une telle déclaration ne peut sûrement pas étayer une déduction relative à l'état d'esprit du tiers. Toutefois, dans certaines circonstances, la déclaration d'intention commune peut, à juste titre, être prise en considération conjointement avec d'autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait. L'état d'esprit du déclarant peut constituer

10

11

12

13

statement may be viewed as one piece of circumstantial evidence supporting the inference that Starr was with the deceased later that night. The cases to which we have been referred, other than some American cases, do not go so far as to say that statements of joint intention can never be used on the issue of what the third party did.

l'un des éléments de preuve que le jury peut prendre en considération pour déterminer ce qui s'est produit. À cet égard, la déclaration de Cook peut être considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui étaye la déduction que Starr s'est retrouvé avec la victime plus tard cette nuit-là. La jurisprudence qui nous a été mentionnée, autre que certaines décisions américaines, ne va pas jusqu'à préciser que les déclarations d'intention commune ne peuvent jamais servir à déterminer ce que le tiers a fait.

14 This said, it may be that where the only source of inference as to the third party's conduct is the statement of joint intention, it would be unsafe to permit the jury to rely on it for that purpose. When this occurs, the jury should be so directed. In my opinion, this was not such a case; the statement was merely one of a matrix of circumstances that the jury could consider in determining whether the accused met Cook later that night as Cook stated was their common intention. Accordingly, I conclude that the trial judge was not required to tell the jury that they could not consider the statement on the question of what the accused in fact did.

Cela dit, il se peut que, si la déclaration d'intention commune est le seul élément à partir duquel des déductions concernant la conduite du tiers peuvent être faites, il soit risqué de permettre au jury de l'utiliser à cette fin. Le cas échéant, le jury devrait recevoir des directives en ce sens. À mon avis, tel n'est pas le cas en l'espèce; la déclaration ne portait que sur un ensemble de circonstances dont le jury pouvait tenir compte pour déterminer si l'accusé avait rencontré Cook plus tard cette nuit-là, comme ils avaient l'intention commune de le faire selon ce qu'a déclaré Cook. Je conclus donc que le juge du procès n'était pas tenu de dire aux membres du jury qu'ils ne pourraient pas tenir compte de la déclaration pour déterminer ce que l'accusé a fait en réalité.

15 The second issue is whether the trial judge in any event should have specifically warned the jury about the danger of using the statement of joint intention as evidence on the issue of what the accused did. To answer this question, we must return to what the trial judge said. The Crown had suggested that the statement of joint intention supported an inference that the accused proposed the scam to the victim as a way to get the victim in an isolated place. After this, the trial judge told the jury that it was "for [them] to decide whether the evidence of Cook's statement about the scam goes as far as the Crown would have [them] believe".

La deuxième question est de savoir si, de toute manière, le juge du procès aurait dû mettre en garde expressément le jury au sujet du danger d'utiliser la déclaration d'intention commune comme preuve de ce que l'accusé a fait. Pour répondre à cette question, il nous faut revenir à ce que le juge du procès a dit. Le ministère public avait prétendu que la déclaration d'intention commune étayait une déduction que l'accusé avait proposé la fraude à la victime dans le but de l'attirer dans un endroit retiré. À la suite de cela, le juge du procès a dit aux jurés qu'il leur [TRADUCTION] «appart[enait] de décider si la preuve de la déclaration de Cook au sujet de la fraude [allait] aussi loin que le ministère public vou[lait] [leur] faire croire».

16 An express instruction about the danger involved in drawing inferences from one person's statement of present intention to what another per-

Il est généralement souhaitable de donner une directive expresse au sujet du danger de se servir de la déclaration d'intention existante d'une per-

son did is generally desirable. However, the issue on appeal is whether the trial judge's instruction in fact conveyed to the jury the need to be careful and not to jump facilely from Cook's statement that he was doing an Autopac scam with the accused that night to the conclusion that the accused in fact met Cook at the proposed site of the scam. I am satisfied that the trial judge's direction accomplished this. The trial judge told the jury that they could use the statement for a hearsay purpose, i.e., in deciding what the accused did. He went on to suggest that they might not wish to draw this inference, notwithstanding the Crown's invitation. The jury thus knew the inference was for them and them alone and that it was one they must carefully consider. While a more complete warning as to the danger of drawing inferences on actual conduct from statements of joint intention would have been preferable, I am satisfied that the trial judge's instruction in this case could have left the jury in no doubt that they must not facilely jump from Cook's statement to the conclusion that Cook and the accused actually met later that evening. The matter was fairly put to the jury and no new trial is required on this ground. On this view, either no error was committed, or if it was, it does not constitute reversible error.

I conclude that the victim Cook's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused was admissible as evidence of the victim's present intention, and that the trial judge's instructions sufficed in the circumstances to obviate the danger of impermissible inferences.

In the result, I agree with L'Heureux-Dubé J. that the appeal should be dismissed.

sonne pour faire des déductions concernant ce qu'une autre personne a fait. Cependant, la question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si la directive du juge du procès a, en réalité, incité le jury à faire montre de prudence et à ne pas s'empresser de conclure de la déclaration de Cook, selon laquelle il allait frauder l'Autopac avec l'accusé cette nuit-là, que ce dernier a effectivement rencontré Cook à l'endroit projeté pour commettre la fraude. Je suis convaincue que la directive du juge du procès a eu cet effet. Le juge du procès a dit aux membres du jury qu'ils pourraient se servir de la déclaration à des fins de oui-dire, c'est-à-dire pour décider ce que l'accusé a fait. Il a ensuite affirmé qu'il se pourrait qu'ils ne veuillent pas faire cette déduction, en dépit de l'invitation du ministère public à le faire. Le jury savait donc qu'il lui appartenait, à lui seul, de faire cette déduction et qu'il lui fallait soigneusement envisager de le faire. Même s'il avait été préférable de faire une mise en garde plus complète au sujet du danger de se servir de déclarations d'intention commune pour faire des déductions concernant la conduite adoptée, je suis persuadée que le juge du procès en l'espèce aurait pu donner une directive qui n'aurait laissé planer dans l'esprit des membres du jury aucun doute qu'ils ne devaient pas s'empresser de conclure de la déclaration de Cook que ce dernier et l'accusé s'étaient effectivement rencontrés plus tard cette nuit-là. La question a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury et la tenue d'un nouveau procès n'est pas requise pour ce motif. À cet égard, aucune erreur n'a été commise ou, si une erreur a été commise, elle ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision.

Je conclus que la déclaration de la victime Cook, selon laquelle il avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé, était admissible comme preuve de son intention existante et que, dans les circonstances, les directives du juge du procès suffisaient pour empêcher que des déductions inacceptables ne soient faites.

En conséquence, je partage l'avis du juge L'Heureux-Dubé qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

17

18

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

19 The appellant was convicted at trial before a judge and jury on two counts of first degree murder. He was convicted of killing Bernard (Bo) Cook and Darlene Weselowski by shooting them by the side of a provincial highway on the outskirts of Winnipeg in the early morning hours of August 21, 1994. The Manitoba Court of Appeal ((1998), 123 C.C.C. (3d) 145) upheld the verdict, dismissing the grounds of appeal raised before us. While this case originally came to us as of right, the Court ordered a re-hearing of the appeal and invited submissions on the scope of the present intentions exception to the hearsay rule and on the application of the “principled approach” as set out in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and subsequent cases to the traditional exceptions to the hearsay rule. This case also requires us to explicate and apply the principles regarding a charge to the jury on reasonable doubt as set out by this Court in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

20 I have had the benefit of reviewing the reasons of Iacobucci J. and I am unable to agree with his analysis of the issues. While we are both in agreement that the principled approach applies to all hearsay statements, we have very different conceptions as to what this entails.

21 Our difference of opinion can be reduced to two crucial points. First, whereas Iacobucci J. would hold that the principled approach must “prevail” over the traditional exceptions to the hearsay rule, I would not endorse such an approach because I believe that it invites challenges to every piece of evidence that falls under a traditional exception. I would hold that the traditional exceptions endure, subject to their categorical re-examination under the principled approach should the issue arise in a proper case. Second, beneath this first disagree-

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

I. Introduction

À son procès devant un juge et un jury, l'appelant a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré, soit d'avoir tué Bernard (Bo) Cook et Darlene Weselowski en les abattant sur l'accotement d'une route provinciale aux abords de Winnipeg, aux petites heures du matin, le 21 août 1994. La Cour d'appel du Manitoba ((1998), 123 C.C.C. (3d) 145) a maintenu le verdict et rejeté les moyens d'appel qui sont maintenant soulevés devant nous. Bien que le présent pourvoi ait été formé de plein droit au départ, notre Cour a ordonné une nouvelle audition et a invité les parties à lui soumettre des arguments sur la portée de l'exception des intentions existantes à la règle du oui-dire et sur l'application de la «méthode fondée sur des principes», énoncée dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et d'autres arrêts subséquents, aux exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire. La présente affaire nous oblige, en outre, à expliciter et à appliquer les principes relatifs à l'exposé au jury sur le doute raisonnable, que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

J'ai pris connaissance des motifs du juge Iacobucci et je ne puis souscrire à son analyse des questions en litige. Bien que nous convenions tous deux que la méthode fondée sur des principes s'applique à tout oui-dire, nous avons des conceptions très différentes de ce que cela implique.

Notre divergence d'opinions porte essentiellement sur deux points cruciaux. En premier lieu, alors que le juge Iacobucci est d'avis que la méthode fondée sur des principes doit «l'emporter» sur les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire, je ne saurais être d'accord parce que j'estime qu'il invite à contester tout élément de preuve qui relève d'une exception traditionnelle. Selon moi, les exceptions traditionnelles continuent de s'appliquer, sous réserve de leur réexamen par catégorie selon la méthode fondée sur des prin-

ment lie two very different conceptions of what the threshold reliability analysis under the principled approach entails. As demonstrated by his analysis of the hearsay statements in this case, Iacobucci J. would require the trial judge to determine the credibility of the hearsay declarant at the threshold stage. I believe that such determinations encroach on the trier of fact's determination of ultimate reliability. Moreover, I believe that the traditional exceptions already incorporate a finding of threshold reliability and the trial judge need not engage in the type of reliability determination favoured by Iacobucci J. on a "threshold" inquiry of evidence that falls within a traditional exception to the hearsay rule.

The end result of Iacobucci J.'s approach is an open invitation to challenge previously admissible hearsay evidence. I do not believe that this approach flows from our previous decisions in *Khan, supra*, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915. These cases were not about the exceptions to the hearsay rule but about expanding the scope of admissible evidence beyond the boundaries of the traditional categories. They accepted the traditional exceptions as a given but sought other means to admit reliable and necessary evidence through the adoption of a "principled approach" to hearsay. I fear that to adopt the course charted by Iacobucci J. would sacrifice the experience, certainty and predictability of centuries of jurisprudence in the name of a quest for purported intellectual coherence that is untested by the forges of our courtrooms.

On the issue of the jury charge on reasonable doubt, the *Lifchus* standard provides guidelines for trial judges rather than an iron-clad roster of proscriptions and prohibitions. I do not read *Lifchus* as providing that the inclusion or exclusion of certain phrases automatically vitiates a jury charge. Instead, I read *Lifchus* as mandating that a charge

cipes dans les cas appropriés où la question se pose. En deuxième lieu, ce premier désaccord résulte de deux conceptions très différentes de ce qu'implique l'analyse du seuil de fiabilité en vertu de la méthode fondée sur des principes. Comme le démontre son analyse des déclarations en l'espèce, le juge Iacobucci obligerait le juge du procès à décider de la crédibilité de l'auteur de la déclaration extrajudiciaire à l'étape de l'analyse du seuil de fiabilité. Je crois qu'une telle détermination à cette étape empiète sur la détermination ultime de fiabilité qui relève du juge des faits. En outre, les exceptions traditionnelles comportent déjà une conclusion quant à l'existence d'un seuil de fiabilité et le juge du procès n'a pas à se lancer dans le type de détermination de fiabilité, préconisé par le juge Iacobucci, lors de l'examen du seuil de fiabilité d'une preuve qui relève d'une exception traditionnelle à la règle du oui-dire.

En définitive, l'approche préconisée par mon collègue constitue une invitation générale à contester une preuve par oui-dire auparavant admissible. Je ne crois pas que cette approche découle de nos arrêts antérieurs *Khan*, précité, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Ces arrêts concernaient non pas les exceptions à la règle du oui-dire, mais l'élargissement de la portée de la preuve admissible au-delà des limites des catégories traditionnelles. On y considérait les exceptions traditionnelles comme un fait acquis, mais on y cherchait d'autres moyens d'admettre une preuve fiable et nécessaire par l'application au oui-dire d'une «méthode fondée sur des principes». Je crains que s'engager dans la voie tracée par le juge Iacobucci ne revienne à sacrifier l'expérience, la certitude et la prévisibilité jurisprudentielles acquises au cours des siècles pour se lancer à la recherche d'une cohérence intellectuelle apparente que nos tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion de tester.

Quant à la question de l'exposé au jury sur le doute raisonnable, la norme de l'arrêt *Lifchus* donne au juge du procès des lignes directrices plutôt qu'une liste stricte de proscriptions et d'interdictions. Selon moi, l'arrêt *Lifchus* ne signifie pas que l'inclusion ou l'exclusion de certaines expressions doive automatiquement invalider un exposé

22

23

be examined in its entirety to determine whether the jury properly understood the concept of proof beyond a reasonable doubt. I am of the opinion that the jury charge in this case properly communicated this concept to the jury.

24 My colleague Iacobucci J. has adequately set forth the factual background and judicial history of this case. In dealing with the individual grounds for appeal, I will elaborate when necessary.

II. Analysis

A. *The Admissibility of Cook's Statement*

(1) Introduction and Summary

25 Approximately one hour before he was murdered, Bernard (Bo) Cook spoke with Jodie Giesbrecht and told her that he had to “go and do an Autopac scam with Robert” (the appellant). The trial judge admitted Ms. Giesbrecht’s testimony as to what Mr. Cook told her the night he and Darlene Weselowski were murdered. The appellant challenges the admission of this statement on the grounds that it is inadmissible hearsay.

26 Iacobucci J. and I disagree regarding the admission of this statement as an exception to the rule against hearsay for declarations of “state of mind” or “present intentions” as recognized by this Court in *Smith, supra*. For ease of reference, I will refer to this exception as the “present intentions” exception as that term best encapsulates the type of statement at issue before us. Several points of disagreement arise in the course of our analysis of this statement. The first is the scope of this exception; the second is the proper use to which the statement can be put by the jury.

27 The third level of disagreement involves the question of how to analyze the hearsay statement. Should it be examined under the traditional exceptions to the hearsay rule or under the new principled approach developed by this Court in *Khan* and subsequent cases? This question in turn requires us to determine the present status of the

au jury. Je considère plutôt qu’il commande d’examiner l’exposé dans son ensemble afin de déterminer si le jury a bien compris la notion de preuve hors de tout doute raisonnable. J’estime que l’exposé du juge dans la présente affaire a permis au jury de bien comprendre cette notion.

Mon collègue le juge Iacobucci a exposé les faits de même que l’historique des procédures judiciaires en l’espèce. J’ajouterai des précisions, au besoin, en examinant chacun des moyens d’appel.

II. Analyse

A. *Admissibilité de la déclaration de Cook*

(1) Introduction et résumé

Environ une heure avant d’être assassiné, Bernard (Bo) Cook s’est entretenu avec Jodie Giesbrecht et lui a dit qu’il devait [TRADUCTION] «aller frauder l’Autopac avec Robert» (l’appellant). Le juge du procès a admis le témoignage de M^{me} Giesbrecht relativement à ce que M. Cook lui a dit la nuit où ce dernier et Darlene Weselowski ont été assassinés. L’appellant conteste l’admission de cette déclaration au motif qu’il s’agit de ouï-dire inadmissible.

Le juge Iacobucci et moi sommes en désaccord en ce qui a trait à l’admission de cette déclaration à titre d’exception à la règle du ouï-dire concernant les déclarations d’«intentions existantes» ou d’«état d’esprit», que notre Cour a reconnue dans l’arrêt *Smith*, précité. Par souci de commodité, je vais référer à l’exception des «intentions existantes» puisque cette expression traduit bien le type de déclaration en cause devant nous. Plusieurs points de désaccord ressortent de notre analyse de cette déclaration. Le premier concerne la portée de cette exception, et le deuxième, l’utilisation que le jury peut faire de la déclaration.

Le troisième point de désaccord a trait à la façon d’analyser la déclaration en question. Devrait-elle être examinée sous l’angle des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire ou selon la nouvelle approche fondée sur des principes que notre Cour a conçue dans l’arrêt *Khan* et d’autres arrêts subséquents? Cette question oblige, à son tour, à

traditional exceptions in light of and in relationship to the principled approach.

I wish to articulate clearly my position on the state of hearsay law after *Khan* and its progeny. First, I do not believe that *Khan* “prevails” over the traditional exceptions to the hearsay rule. The effect of Iacobucci J.’s analysis is to reduce these exceptions to mere reference points that provide little more than a convenient launching pad for the application of the principled approach to previously accepted exceptions to the hearsay rule. Second, I would not follow Iacobucci J.’s suggested approach because in my mind it impermissibly shifts responsibility from the trier of fact onto the judge. I believe that this framework directly contradicts the underlying essence of the principled approach and the thrust of hearsay reform in the common law world over the last 30 years. An overly strict view of hearsay is inconsistent with our desire to provide the trier of fact with more, rather than less, evidence. I of course recognize that some restrictions on the admissibility of evidence are nonetheless necessary, for both judges and juries.

I would adopt the following framework of analysis for hearsay statements. First, it must be determined whether the statement is hearsay. Second, the trial judge should determine whether the hearsay statement falls within an established exception to the hearsay rule. If it does, the evidence is admissible. Third, if the evidence does not fall within an established exception, the trial judge should determine whether it would still be admissible under the principled approach. Fourth, the trial judge maintains the limited residual discretion to exclude evidence where the risk of undue prejudice substantially exceeds the evidence’s probative value. Finally, once the statements are found admissible, it is for the trier of fact to weigh the evidence and make a determination as to the ultimate reliability of the hearsay evidence at issue.

déterminer la situation actuelle des exceptions traditionnelles eu égard et par rapport à la méthode fondée sur des principes.

Je tiens à exposer clairement mon point de vue sur l’état du droit en matière de ouï-dire à la suite de l’arrêt *Khan* et des arrêts qui en ont découlé. En premier lieu, je ne crois pas que l’arrêt *Khan* «l’emporte» sur les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. L’analyse du juge Iacobucci a pour effet de convertir ces exceptions en de simples points de repère qui servent tout au plus de point de départ commode à l’application de la méthode fondée sur des principes aux exceptions auparavant reconnues à la règle du ouï-dire. En deuxième lieu, je ne puis suivre la méthode proposée par le juge Iacobucci parce que, à mon avis, elle transfère de manière inacceptable la responsabilité du juge des faits au juge du droit. Ce cadre d’analyse contredit directement, à mon avis, l’essence même de la méthode fondée sur des principes ainsi que l’orientation générale de la réforme de la règle du ouï-dire que la common law a connue au cours des 30 dernières années. Une perception trop stricte du ouï-dire est incompatible avec notre volonté de fournir au juge des faits plus que moins d’éléments de preuve. Je reconnais évidemment que certaines restrictions relatives à l’admissibilité de la preuve sont néanmoins nécessaires pour les juges comme pour le jury.

J’adopterais le cadre d’analyse suivant en ce qui concerne les déclarations qui ressortent du ouï-dire. Premièrement, il y a lieu de déterminer si la déclaration est du ouï-dire. Deuxièmement, le juge du procès doit décider si la déclaration en question relève d’une exception reconnue à la règle du ouï-dire. Si oui, elle est admissible. Troisièmement, si la preuve ne relève pas d’une exception reconnue, le juge du procès doit déterminer si la déclaration est tout de même admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Quatrièmement, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel limité d’écarter une preuve lorsque le risque d’effet préjudiciable induit l’emporte substantiellement sur la valeur probante de la preuve. Finalement, dès que les déclarations sont jugées admissibles, il appartient au juge des faits

28

29

The Chief Justice essentially adopts this framework in para. 2 of her reasons.

d'apprécier la preuve présentée et de se prononcer ultimement sur la fiabilité de la preuve par oui-dire en cause. Le Juge en chef adopte essentiellement ce cadre d'analyse au deuxième paragraphe de ses motifs.

30 In addition, I would allow for the re-evaluation, in a proper case, of a traditional exception under the principled approach. That is to say, I believe that the principled approach may be applied to reconsider the reliability and necessity of the class of statements that are included in a categorical exception to the rule against hearsay. I would not countenance the case-by-case application of the principled approach to statements falling within accepted exceptions to the rule against hearsay. Individual cases may illuminate or illustrate the need to modify a particular traditional exception, but every piece of evidence that falls within a traditional exception should not be subjected to the principled approach and the concomitant *voir dire* that it may entail. To do so would unnecessarily complicate the trial process and sacrifice experience, certainty and predictability in the name of the vague and uncertain mantra of "principle".

(2) Hearsay Reform

Je permettrais en outre, dans les cas appropriés, la réévaluation d'une exception traditionnelle en fonction de la méthode fondée sur des principes. Autrement dit, je crois que la méthode fondée sur des principes peut servir à réexaminer la fiabilité et la nécessité de déclarations visées par une catégorie d'exceptions à la règle du oui-dire. Je ne favoriserais pas l'application cas par cas de la méthode fondée sur des principes aux déclarations relevant des exceptions reconnues à la règle du oui-dire. Chaque cas peut faire ressortir ou mettre en lumière la nécessité de modifier une exception traditionnelle particulière, mais il n'y a pas lieu d'assujettir chaque élément de preuve qui relève d'une exception traditionnelle à la méthode fondée sur des principes et au voir-dire concomitant qu'elle peut nécessiter. Cela aurait pour effet de compliquer inutilement le procès et de sacrifier l'expérience, la certitude et la prévisibilité au nom du mantra vague et incertain des «principes».

(2) La réforme de la règle du oui-dire

31 The rule against hearsay developed at the same time as the modern form of trial and is associated with a deep-seated distrust of the jury system: *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 510. It is premised on a belief that the jury will erroneously assess the probative value of evidence and the retention of the rule reflects continued suspicions about jury deliberations: J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 176. The rule against hearsay is "founded on a lack of faith in the capacity of the trier of fact properly to evaluate evidence of a statement": *Smith, supra*, at p. 935. The modern trend to reform the rules of evidence in general and the hearsay rules in particular constitutes a sharp break from this distrust of the jury. As the Law Reform Commission of Canada explained in its 1975 *Report on Evidence*, at p. 5:

La règle du oui-dire s'est développée en même temps que la forme moderne du procès, et elle est liée à une profonde méfiance à l'égard du système de jury: *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 510. Elle repose sur la conviction que le jury fera une appréciation erronée de la valeur probante de la preuve, et son maintien reflète la persistance de soupçons au sujet des délibérations du jury: J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 176. La règle qui interdit le oui-dire est «fondée sur un manque de confiance en la capacité du juge des faits d'apprécier comme il se doit la preuve d'une déclaration»: *Smith*, précité, à la p. 935. La tendance moderne à réformer les règles de preuve en général et les règles du oui-dire en particulier constitue un net rejet de cette méfiance à l'égard du jury. Ainsi que l'a expliqué la Commission de réforme du droit du Canada, aux pp. 5 et 6 de son *Rapport sur la preuve* publié en 1975:

... at least 95% of criminal cases in Canada are now tried by a judge alone, so there is no need for all the precautions about what is to be allowed in evidence now. Judges are experienced in weighing evidence and, in any event, they have to learn of disputed evidence to determine whether it is admissible or not. Even when there is a jury, the situation is profoundly different from the past. Jurors today are far more sophisticated and better educated than in the past. [Emphasis added.]

We have recognized these changes, commenting in *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 487, that “the recent trend in courts has been to remove barriers to the truth-seeking process”. This Court has taken a flexible approach to the rules of evidence, “reflect[ing] a keen sensibility to the need to receive evidence which has real probative force in the absence of overriding countervailing considerations”: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 623. In the specific context of hearsay evidence, Lamer C.J. speaking for a unanimous Court in *Smith, supra*, at p. 932, explained that “[t]he movement towards a flexible approach was motivated by the realization that, as a general rule, reliable evidence ought not to be excluded simply because it cannot be tested by cross-examination.” Our motivation in reforming the rules of evidence has been “a genuine attempt to bring the relevant and probative evidence before the trier of fact in order to foster the search for truth”: *Levogiannis, supra*, at p. 487. These principles must guide all of our evidentiary reform endeavours.

Our reform of the hearsay rules began in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, when we refused to follow the House of Lords’ position that the hearsay rule was frozen in time subject to reform only through the initiative of Parliament: see *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001. In *Ares*, at p. 624, we adopted the minority position of Lord Donovan in *Myers* that “[t]he common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds.” What is at issue in this appeal is whether *Khan* and its

... au moins 95 p. 100 des affaires criminelles étant instruites par un juge seul, cette attitude d’extrême circonspection vis-à-vis de la réception d’une preuve n’a plus sa raison d’être. Les juges ont l’habitude d’évaluer la preuve; de toute façon, ils doivent d’abord prendre connaissance de l’élément de preuve litigieux avant de se prononcer sur son admissibilité. Les choses ont changé même dans le cas d’un procès avec jury. De nos jours, les jurés sont beaucoup plus raffinés et plus instruits que dans le passé. [Je souligne.]

Nous avons reconnu ces changements en faisant remarquer, dans l’arrêt *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 487, que «les tribunaux tendent de plus en plus à écarter les obstacles à la découverte de la vérité». Notre Cour a adopté, à l’égard des règles de preuve, une attitude plus souple qui indique qu’elle est «particulièrement sensibl[e] à la nécessité de recevoir une preuve d’une valeur probante réelle en l’absence d’autres considérations dominantes»: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 623. Dans le contexte particulier de la preuve par oui-dire, le juge en chef Lamer, s’exprimant au nom de la Cour à l’unanimité dans l’arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, a expliqué que «[l]’évolution vers une conception souple est motivée par le fait qu’on s’est rendu compte qu’en règle générale la preuve qui est fiable ne devrait pas être exclue simplement parce qu’elle ne peut être vérifiée au moyen d’un contre-interrogatoire.» Notre motivation à réformer les règles de preuve a été de «véritablement tent[er] de faire en sorte que les éléments de preuve pertinents et probants soient présentés au juge des faits et ce, afin de favoriser la recherche de la vérité»: *Levogiannis*, précité, à la p. 487. Ces principes doivent guider tous nos efforts de réforme en matière de preuve.

Notre réforme des règles du oui-dire a débuté avec l’arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, où nous avons refusé d’adopter le point de vue de la Chambre des lords selon lequel la règle du oui-dire était figée dans le temps, sous réserve de réformes qui ne pouvaient émaner que du législateur: voir *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001. Dans *Ares*, à la p. 624, nous avons adopté le point de vue de lord Donovan, dissident dans l’arrêt *Myers*, selon lequel [TRADUCTION] «[c]e sont les juges qui façonnent la *common law* et il est toujours de leur compétence de l’adapter à

progeny have followed Lord Donovan's imperative to "adapt" the common law from time to time or whether this Court has embarked upon an entirely different course and revolutionized the law of hearsay in this country.

33 In *Khan, supra*, McLachlin J. (as she then was), writing for a unanimous Court, held that hearsay evidence of a child's statement on crimes committed against the child should be received, provided that the guarantees of necessity and reliability are met. The effect and reach of *Khan* were unclear to many with some commentators opining that the decision was analogous to *Ares, supra*, in creating a new categorical exception to the hearsay rule. See, e.g., D. Rowsell, "Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?" (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294, at p. 295. However, this interpretation of *Khan* was expressly disavowed by this Court in *Smith, supra*.

34 In *Smith*, at p. 932, Lamer C.J., speaking also for a unanimous Court, stated that "*Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it". At p. 930, he had said:

The principled basis of the hearsay rule, and its exceptions, was thus understood by commentators on the common law of evidence early in this century. The decision of this Court in *Khan*, therefore, should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories.

Later at p. 932, Lamer C.J. characterized *Khan* as signalling a departure "from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions" and moving towards "an approach governed by the

l'occasion de manière qu'elle serve l'intérêt de ceux qu'elle lie.» Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si l'arrêt *Khan*, précité, et les arrêts qui en découlent ont donné suite à l'invitation de lord Donovan d'«adapter» à l'occasion la common law, ou si notre Cour s'est engagée dans une voie entièrement différente et a révolutionné le droit de la preuve par oui-dire au pays.

Dans l'arrêt *Khan*, précité, Madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué, au nom de la Cour à l'unanimité, qu'il y a lieu de recevoir à titre de preuve par oui-dire une déclaration d'une enfant au sujet de crimes dont elle a été victime, pourvu que les garanties de nécessité et de fiabilité soient respectées. Pour plusieurs, l'effet et la portée de l'arrêt *Khan* n'étaient pas clairs, certains commentateurs allant jusqu'à exprimer l'avis que cet arrêt était analogue à l'arrêt *Ares*, précité, du fait qu'il créait une nouvelle catégorie d'exceptions à la règle du oui-dire. Voir par exemple D. Rowsell, «Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?» (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294, à la p. 295. Cette interprétation de l'arrêt *Khan* a toutefois été expressément rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Smith*, précité.

Dans *Smith*, à la p. 932, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour à l'unanimité, que «l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du oui-dire et ses exceptions». À la page 930, il avait dit:

Les commentateurs de la common law en matière de preuve comprenaient donc, au début du siècle, que la règle du oui-dire et ses exceptions étaient fondées sur des principes. L'arrêt *Khan* de notre Cour doit donc être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux.

Plus loin, à la p. 932, le juge en chef Lamer a signalé que l'arrêt *Khan* s'écarterait «d'une conception de la preuve par oui-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies», et représentait une

principles which underlie the rule and its exceptions alike”. Finally, at p. 933, Lamer C.J. stated that *Khan* “signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity.”

The next year, in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, this Court held that prior inconsistent statements may be admitted for the truth of their contents if they are necessary and reliable. The Court established an elaborate *voir dire* requirement which has spawned much commentary on how to show reliability and necessity. See R. J. Delisle, “B. (K.G.) and Its Progeny” (1998), 14 C.R. (5th) 75, at p. 75; P. M. McCrea, “Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*” (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199, at p. 208; D. A. R. Thompson, “The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle” (1995), 37 C.R. (4th) 282, at p. 284; J. Wood, “Hearsay — Necessity and Reliability” (1997), 20 *Prov. Judges J.* 5; A. Marin, “How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications” (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.

The attempts at explanation made in *Smith* and *B. (K.G.)* left open the question of where the traditional exceptions stood in the aftermath of *Khan* and its progeny. Courts and commentators remained uncertain over the application of the principled approach to the traditional categories.

(3) Relationship Between the Principled Approach and the Hearsay Exceptions

Iacobucci J. takes the position that the traditional hearsay exceptions should not automatically be applied without consideration of the principled approach. He states that in the event of a conflict

évolution vers «une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions». Enfin, à la p. 933, le juge en chef Lamer a affirmé que l’arrêt *Khan* «annon[çait] la fin de l’ancienne conception, fondée sur des catégories d’exceptions, de l’admission de la preuve par ouï-dire. L’admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.»

L’année suivante, dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, notre Cour a statué que des déclarations antérieures incompatibles peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu si elles sont nécessaires et fiables. Notre Cour a exigé un *voir-dire* élaboré, ce qui a engendré une foule de commentaires sur la façon d’établir la fiabilité et la nécessité. Voir R. J. Delisle, «B. (K.G.) and Its Progeny» (1998), 14 C.R. (5th) 75, à la p. 75; P. M. McCrea, «Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*» (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199, à la p. 208; D. A. R. Thompson, «The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle» (1995), 37 C.R. (4th) 282, à la p. 284; J. Wood, «Hearsay — Necessity and Reliability» (1997), 20 *Journal des juges provinciaux* 5; A. Marin, «How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications» (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.

Les tentatives d’explications dans les arrêts *Smith* et *B. (K.G.)* n’ont pas réglé la question des exceptions traditionnelles et de leur rôle à la suite de l’arrêt *Khan* et des arrêts qui en ont découlé. Les tribunaux et les commentateurs sont demeurés dans l’incertitude quant à l’application aux catégories traditionnelles de la méthode fondée sur des principes.

(3) La relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions à la règle du ouï-dire

Le juge Iacobucci est d’avis qu’il ne faut pas appliquer automatiquement les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire sans examiner la méthode fondée sur des principes. Il affirme que,

35

36

37

between the principled approach and the existing exceptions, “it is the principled approach that must prevail” (para. 155). I do not quarrel with this idea but I do take issue with what Iacobucci J. asserts that this entails. At bottom, I read Iacobucci J.’s approach as diminishing the role of the traditional exceptions in the hearsay analysis. I do not believe that such an approach is warranted either by our jurisprudence or by the underlying rationale of the principled approach.

en cas de conflit entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions existantes, «c’est la méthode fondée sur des principes qui doit l’emporter» (par. 155). Je n’ai rien contre cette idée, mais je suis en désaccord avec ce qu’elle entraîne selon le juge Iacobucci. En dernière analyse, je considère que l’approche du juge Iacobucci réduit le rôle des exceptions traditionnelles dans l’analyse du oui-dire. Je crois qu’une telle méthode n’est justifiée ni par notre jurisprudence ni par le raisonnement qui sous-tend la méthode fondée sur des principes.

38 It is possible to identify five different interpretations of *Khan* and its progeny: (1) *Khan* created a particular new exception to the rule against hearsay for child testimony; (2) *Khan* provides the basis for creating new categorical exceptions for necessary and reliable evidence; (3) *Khan* created a residual exception for necessary and reliable evidence, leaving the traditional exceptions intact; (4) *Khan* not only permits the admission of evidence which does not fall within the existing exceptions but allows courts to revisit a traditional exception to determine whether it can still be justified on the basis of necessity and reliability; (5) *Khan* abolishes the traditional exceptions and supplants them with the principled approach of necessity and reliability which are applied on a case-by-case basis. I will examine each possibility in turn.

Il est possible d’identifier cinq interprétations différentes de l’arrêt *Khan* et des arrêts qui en découlent: (1) l’arrêt *Khan* a créé une nouvelle exception particulière à la règle du oui-dire dans le cas du témoignage d’un enfant; (2) l’arrêt *Khan* justifie la création de nouvelles catégories d’exceptions applicables aux éléments de preuve nécessaires et fiables; (3) l’arrêt *Khan* a créé une exception résiduelle applicable à la preuve nécessaire et fiable tout en conservant intactes les exceptions traditionnelles; (4) l’arrêt *Khan* permet non seulement d’admettre la preuve qui ne relève pas des exceptions existantes, mais encore il donne aux tribunaux la latitude de réexaminer une exception traditionnelle pour déterminer si elle est toujours justifiable pour des raisons de nécessité et de fiabilité; (5) l’arrêt *Khan* abolit les exceptions traditionnelles et les remplace par l’approche fondée sur des principes, soit nécessité et fiabilité, qui sont appliqués cas par cas. Je vais examiner chacune de ces possibilités à tour de rôle.

39 The first interpretation of *Khan* can be dealt with quickly. The reading of *Khan* that argued that it created a narrow exception for children’s testimony was expressly disavowed by this Court in *Smith, supra*, at p. 932, and *B. (K.G.), supra*, at p. 798.

On peut disposer rapidement de la première interprétation de l’arrêt *Khan*. L’opinion selon laquelle l’arrêt *Khan* a créé une exception limitée dans le cas du témoignage d’un enfant a été expressément rejetée par notre Cour dans l’arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, et dans l’arrêt *B. (K.G.)*, précité, à la p. 798.

40 The second interpretation of *Khan* views “necessity” and “reliability” as the basis for creating new categorical exceptions. See Thompson, *supra*, at p. 284: “Despite the language of ‘principled flexibility’, two of the three cases so far have led to the creation of new *categorical* exceptions: child abuse hearsay in *Khan* and some prior inconsistent

Selon la deuxième interprétation de l’arrêt *Khan*, la «nécessité» et la «fiabilité» justifient la création de nouvelles catégories d’exceptions. Voir Thompson, *loc. cit.*, à la p. 284: [TRADUCTION] «Malgré le vocabulaire de «souplesse fondée sur des principes», deux des trois décisions ont jusqu’à maintenant entraîné la création de nouvelles

statements in *K.G.B.*” (emphasis in original). In *B. (K.G.)*, at p. 798, we similarly expressly repudiated this possibility: “the decisions in *Khan* and *Smith* established that Canadian courts will no longer carve out categorical ‘exceptions’”.

The third interpretation of *Khan* sees it as creating a new residual exception for “necessary” and “reliable” evidence that does not fall within the traditional categories. This was first expressed by M. T. MacCrimmon in “Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality” (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269, at p. 322, where she stated that *Khan* “created a residual exception to the hearsay rule similar to that in the Federal Rules of Evidence”. This interpretation is also adopted by Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 191. By far, this is the most widely accepted interpretation of *Khan*. See McCrea, *supra*, at p. 208; R. Prithipaul, “Observations on the Current Status of the Hearsay Rule” (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84, at p. 92; Thompson, *supra*, at p. 284; D. Oleskiw, “Recent Developments in the Law of Hearsay” (1994), 1 *Crown’s Newsletter* 37, at p. 38; M. B. Blok, “The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, “Hearsay Today, Gone Tomorrow”)” (1993), 51 *Advocate* 675, at p. 685; H. Stewart, “Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*” (1998), 3 *Can. Crim. L. Rev.* 61, at p. 64; L. Stuesser, “*R. v. B. (K.G.)*: Prior Inconsistent Statements as Truth” (1991), 5 *C.R.* (5th) 373, at p. 378.

The fourth possibility is that *Khan* permits the re-evaluation of the traditional exceptions on a categorical basis. This was suggested by Marc Rosenberg, before his appointment to the bench, in the article “*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes” (1993), 19 *C.R.* (4th) 69, at p. 71, where he said, “[m]oreover, I think that not only is it possible to admit evidence which

catégories d’exceptions: le oui-dire en matière de mauvais traitement d’enfants dans l’arrêt *Khan* et certaines déclarations antérieures incompatibles dans l’arrêt *K.G.B.*» (en italique dans l’original). Dans l’arrêt *B. (K.G.)*, à la p. 798, nous avons de la même façon expressément écarté cette possibilité: «les arrêts *Khan* et *Smith* ont établi que les tribunaux canadiens n’établiront plus de catégories d’«exceptions»».

La troisième interprétation de l’arrêt *Khan* y voit une nouvelle exception résiduelle applicable à la preuve «nécessaire» et «fiable» qui ne relève pas des catégories traditionnelles. Cette interprétation a été formulée pour la première fois par M. T. MacCrimmon dans «Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality» (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269, à la p. 322, où elle a écrit que l’arrêt *Khan* [TRADUCTION] «a créé une exception résiduelle à la règle du oui-dire, qui ressemble à celle qu’on trouve dans les *Federal Rules of Evidence*». Cette interprétation est aussi adoptée par Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 191. C’est de loin l’interprétation de l’arrêt *Khan* la plus largement acceptée. Voir McCrea, *loc. cit.*, à la p. 208; R. Prithipaul, «Observations on the Current Status of the Hearsay Rule» (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84, à la p. 92; Thompson, *loc. cit.*, à la p. 284; D. Oleskiw, «Recent Developments in the Law of Hearsay» (1994), 1 *Crown’s Newsletter* 37, à la p. 38; M. B. Blok, «The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, “Hearsay Today, Gone Tomorrow”)» (1993), 51 *Advocate* 675, à la p. 685; H. Stewart, «Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*» (1998), 3 *Rev. can. D.P.* 61, à la p. 64; L. Stuesser, «*R. v. B. (K.G.)*: Prior Inconsistent Statements as Truth» (1991), 5 *C.R.* (5th) 373, à la p. 378.

La quatrième possibilité est que l’arrêt *Khan* permet la réévaluation par catégorie des exceptions traditionnelles. C’est ce qu’avait proposé Marc Rosenberg avant d’être nommé juge, dans l’article intitulé «*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes» (1993), 19 *C.R.* (4th) 69, à la p. 71, où il a dit: [TRADUCTION] «[e]n outre, je pense que non seulement il est possible d’admettre

41

42

does not fall within the existing exceptions but it must also be open to the courts to revisit any established exception to determine whether that exception can still be justified on the basis of necessity and reliability.” For an application of this approach see Rowsell, *supra*, at pp. 304-8 (re-examining dying declarations and spontaneous declarations in light of *Khan*). Rosenberg explains the basis for his assertion as follows (at pp. 80-81):

... the reason which justifies an existing exception may in time be found to be wanting. The exceptions were created as the courts from time to time applied common sense and experience, but ideas which seemed reasonable in the 19th century may appear questionable in the late 20th century.

I would accept this approach as dictated by the tenets embodied in the principled approach. Yet, as I will explain below, I have a radically different conception than Iacobucci J. of what this entails.

43 The final possibility is that *Khan* and its progeny abolish the traditional exceptions and replace them with a case-by-case determination of reliability and necessity. That the passages previously quoted from *Smith*, *supra*, may provide this impression is explained by Professor Schiff in *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), vol. 1, at p. 660:

Upon even a careful reading of *Smith*, the court might appear to abolish the existing hearsay exceptions, leaving in their place the judge’s authority to admit any item of hearsay evidence shown to be “necessary” and “reliable” in the particular circumstances. The existing exceptions are nonetheless alive and well. . . .

In Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 193, the authors state that “[t]here is no suggestion in the cases that the court was countenancing the exclusion of hearsay which would be otherwise admitted through one of the recognized exceptions.” Furthermore, in *B. (K.G.)*, *supra*,

une preuve qui ne relève pas des exceptions existantes, mais encore qu’il doit être loisible aux tribunaux de réexaminer toute exception établie pour déterminer si elle est toujours justifiable pour des raisons de nécessité et de fiabilité.» Pour une application de ce point de vue, voir Rowsell, *loc. cit.*, aux pp. 304 à 308 (qui a réexaminé les déclarations de mourants et les déclarations spontanées à la lumière de l’arrêt *Khan*). Rosenberg explique ainsi le fondement de son affirmation (aux pp. 80 et 81):

[TRADUCTION] . . . la raison qui justifie l’existence d’une exception peut, à la longue, être jugée insuffisante. Les exceptions ont été créées au fur et à mesure que les tribunaux recouraient au bon sens et à l’expérience acquise, mais des idées qui semblaient raisonnables au XIX^e siècle peuvent paraître discutables à la fin du XX^e siècle.

J’accepte cette méthode comme étant dictée par les préceptes contenus dans la méthode fondée sur des principes. Cependant, comme je l’expliquerai plus loin, ma conception de ce que cela implique est complètement différente de celle du juge Iacobucci.

La dernière possibilité est que l’arrêt *Khan* et les arrêts qui en découlent abolissent les exceptions traditionnelles pour les remplacer par une détermination cas par cas de la fiabilité et de la nécessité. Dans *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), vol. 1, à la p. 660, le professeur Schiff explique ainsi le fait que les passages susmentionnés de l’arrêt *Smith*, précité, puissent donner cette impression:

[TRADUCTION] Si on lit attentivement l’arrêt *Smith*, la cour peut sembler abolir les exceptions existantes à la règle du oui-dire et leur substituer le pouvoir du juge d’admettre tout élément de preuve par oui-dire qui s’avère «nécessaire» et «fiable» dans les circonstances particulières de l’affaire. Il n’en demeure pas moins que les exceptions existantes se portent bien. . . .

Dans Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 193, les auteurs affirment que [TRADUCTION] «[l]a jurisprudence ne laisse aucunement entendre que la cour approuvait l’exclusion d’une preuve par oui-dire qui serait par ailleurs admise en vertu de l’une des exceptions reconnues.» De plus, dans

Lamer C.J. speaking for a majority of the Court, stated (at p. 798): “While the decisions in *Khan* and *Smith* established that Canadian courts will no longer carve out categorical ‘exceptions’, the new approach shares the same principled basis as the existing exceptions.” I take this statement as affirming the continued existence of the traditional exceptions while laying the groundwork for the application of the principled approach to new developments. See McCrea, *supra*, at p. 208. Moreover, we have admitted evidence based solely on the traditional exceptions in cases subsequent to *Khan*: see *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, at para. 28. In that case, with no discussion of the principled approach, we stated: “An admission against interest made by the accused is admissible as a recognized exception to the hearsay rule, provided that its probative value outweighs its prejudicial effect.”

I am able to find only a single author who proposes sweeping aside the existing exceptions in the name of the principled approach. However, that author is hardly complimentary in his assessment of this approach. In “The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration”, in W. Kaplan, J. Sack and M. Gunderson, eds., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*, 123, Professor D. M. Paciocco states (at p. 139):

In summary, the Supreme Court of Canada has rejected the traditional approach to identifying admissible hearsay. It has replaced it with an *ad hoc* or case-by-case assessment in which the admission of hearsay evidence is determined as a matter of judicial discretion, according to the general principles of “necessity” and “reliability.”

Most of the other commentators assert that the traditional categories have not been replaced by the principled approach. See McCrea, *supra*, at p. 208 (stating that “in *B. (K.G.)*, decided shortly after *Smith*, the Court clarified that the established hearsay exceptions remained very much intact”); Thompson, *supra*, at p. 284 (“*Smith* does not sweep away the existing exceptions”) and at p. 291

B. (K.G.), précité, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour à la majorité (à la p. 798): «Certes, les arrêts *Khan* et *Smith* ont établi que les tribunaux canadiens n’établiront plus de catégories d’«exceptions», mais la nouvelle analyse repose sur les mêmes principes que les exceptions existantes.» Selon moi, cet énoncé confirme le maintien des exceptions traditionnelles tout en préparant le terrain pour l’application de la méthode fondée sur des principes à de nouvelles situations. Voir McCrea, *loc. cit.*, à la p. 208. De plus, nous avons admis des éléments de preuve en vertu uniquement des exceptions traditionnelles dans des affaires subséquentes à l’arrêt *Khan*: voir *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, au par. 28. Dans cette affaire, sans analyser la méthode fondée sur des principes, nous avons affirmé: «Un aveu fait par l’accusé contre ses intérêts est admissible en vertu d’une exception reconnue à la règle du oui-dire, dans la mesure où sa valeur probante l’emporte sur son effet préjudiciable.»

Je n’ai pu trouver qu’un seul auteur qui propose d’écarter les exceptions existantes au nom de la méthode fondée sur des principes. Toutefois, cet auteur n’est guère élogieux dans l’évaluation qu’il fait de cette méthode. Dans «The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration», dans W. Kaplan, J. Sack et M. Gunderson, dir., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*, 123, le professeur D. M. Paciocco écrit (à la p. 139):

[TRADUCTION] En résumé, la Cour suprême du Canada a rejeté la méthode traditionnelle employée pour identifier la preuve par oui-dire admissible. Elle l’a remplacée par une évaluation spéciale ou cas par cas, dans laquelle l’admissibilité de la preuve par oui-dire est déterminée en fonction d’un pouvoir discrétionnaire judiciaire, selon les principes généraux de la «nécessité» et de la «fiabilité».

La plupart des autres commentateurs affirment que les catégories traditionnelles n’ont pas été remplacées par la méthode fondée sur des principes. Voir McCrea, *loc. cit.*, à la p. 208 (qui écrit que [TRADUCTION] «dans l’arrêt *B. (K.G.)*, rendu peu de temps après l’arrêt *Smith*, la Cour a précisé que les exceptions reconnues à la règle du oui-dire demeuraient à peu près intactes»); Thompson, *loc. cit.*, à

(“It is hard to believe that the real intent of *Smith* was to wipe out the whole structure of hearsay exceptions, constructed over the years by the common law.”); P. B. Carter, “Hearsay: Whether and Whither?” (1993), 109 *L.Q.R.* 573, at p. 579 (“*R. v. Smith* should be seen as supplementing and developing, rather than as totally replacing, the traditional framework of the common law”); Stewart, *supra*, at p. 64 (“Before reaching the principled approach, the Court must be satisfied that the statement is not admissible under any existing exception to the rule against hearsay.”); A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), at p. 169.

la p. 284 ([TRADUCTION] «L’arrêt *Smith* n’écarte pas les exceptions existantes») et à la p. 291 ([TRADUCTION] «Il est difficile de croire que le but véritable de l’arrêt *Smith* était d’anéantir tout le système des exceptions à la règle du oui-dire, établi au fil des ans par la common law.»); P. B. Carter, «Hearsay: Whether and Whither?» (1993), 109 *L.Q.R.* 573, à la p. 579 ([TRADUCTION] «l’arrêt *R. c. Smith* devrait être perçu comme complétant et expliquant le cadre traditionnel de la common law plutôt que comme le remplaçant totalement»); Stewart, *loc. cit.*, à la p. 64 ([TRADUCTION] «Avant de recourir à la méthode fondée sur des principes, la cour doit être convaincue que la déclaration n’est pas admissible en vertu d’une exception existante à la règle du oui-dire.»); A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), à la p. 169.

45 It is the duty of the courts to review common law rules and as recognized by the Law Reform Commission of Canada in its *Report on Evidence*, *supra*, at p. 69, the hearsay rule is the most characteristic rule of our system of judge-made rules of evidence. However, the duty to review the common law carries with it a corresponding responsibility to proceed prudently. This Court has limited changes in the common law to those which are “slow and incremental” rather than “major and far-reaching”: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760, *per* McLachlin J. This Court must restrict reforms to only “those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society”: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670, *per* Iacobucci J. The adoption of the principled approach in *Khan* was based on these calculations and, similarly, any extension of it must be evaluated in terms of the above considerations.

Il incombe aux tribunaux de réviser les règles de common law et, comme l’a reconnu la Commission de réforme du droit du Canada dans son *Rapport sur la preuve*, *op. cit.*, à la p. 78, la règle du oui-dire est la plus caractéristique de notre système de règles de preuve jurisprudentielles. Toutefois, le devoir de réviser la common law comporte la responsabilité correspondante d’agir avec prudence. Notre Cour a limité les modifications de la common law à celles qui se font «lentement et progressivement» plutôt qu’à celles qui modifient «sensiblement et profondément»: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à la p. 760, le juge McLachlin. Notre Cour doit limiter les réformes aux seuls «changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l’évolution et le dynamisme de la société»: *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 670, le juge Iacobucci. L’adoption de l’approche fondée sur des principes dans l’arrêt *Khan* se basait sur ces dicta et, partant, toute application de cette approche doit être évaluée en fonction des considérations susmentionnées.

46 I do not see the usurpation of the traditional exceptions by the principled approach as warranted under the current state of our law. After studying the issue for several years, the Law Reform Commission of Canada in its 1975 *Report on Evidence* concluded (at p. 5): “Many of the existing rules are

Selon moi, l’empiétement de la méthode fondée sur des principes sur les exceptions traditionnelles n’est pas justifié selon l’état actuel de notre droit. Après avoir étudié cette question pendant plusieurs années, la Commission de réforme du droit du Canada a conclu, à la p. 6 de son *Rapport sur la*

sound and well-tested, and have the advantage of being familiar to the profession. We would retain these.” Similarly, the Ontario Law Reform Commission in its 1976 *Report on the Law of Evidence* concluded (at p. 15): “In our view, the general exclusionary rule now in effect should be retained, together with the existing common law exceptions. The hearsay rule should, however, be relaxed by way of further, codified, exceptions.” Our jurisprudence has recognized the need to relax the hearsay rule to keep it in step with our changing society, specifically our greater appreciation of jurors’ abilities. However, I am not convinced that changes have occurred that are so substantial as to vitiate the general conclusions of these commissions which of course studied these issues in far greater detail than we can.

I find it persuasive that other common law jurisdictions that have studied the question have reached similar conclusions, retaining the traditional exceptions while relaxing the standards for admissibility under the hearsay rule. See, e.g., United Kingdom Law Commission, Consultation Paper No. 138, *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics* (1995), at pp. 145-59; Law Reform Commission of Ireland, “The Rule Against Hearsay”, in *Reports* (1979), vol. 2, 105, at pp. 201-9; *Evidence Act 1995*, 1995, No. 2, ss. 59-75 (Australia); *Federal Rules of Evidence*, Rules 801 et seq. (United States).

The reforms that Iacobucci J. proposes will have “major and far-reaching” effects on the common law and the trial process and therefore should be avoided: see *Watkins*, supra, at p. 760. Within Iacobucci J.’s approach, evidence that falls under a traditional exception would be doubly challenged. First, while according to Iacobucci J. evidence falling within a traditional exception is presumptively

preuve publié en 1975: «Beaucoup de règles existantes sont sages et ont subi l’épreuve du temps, en plus d’être bien connues de la profession juridique, ce qui n’est pas un mince avantage. Il n’est donc pas question de les éliminer.» La Commission de réforme du droit de l’Ontario a elle aussi conclu, à la p. 15 de son *Report on the Law of Evidence* publié en 1976: [TRADUCTION] «À notre avis, la règle d’exclusion générale présentement en vigueur devrait être maintenue, avec les exceptions de common law existantes. La règle du oui-dire devrait toutefois être assouplie par de nouvelles exceptions codifiées.» Notre jurisprudence a reconnu la nécessité d’assouplir la règle du oui-dire pour l’harmoniser avec l’évolution de notre société, particulièrement avec la plus grande considération que nous accordons à la capacité des jurés. Je ne suis toutefois pas convaincue qu’il y a eu des changements importants au point d’infirmier les conclusions générales de ces commissions qui ont évidemment étudié ces questions beaucoup plus en profondeur que nous sommes en mesure de le faire.

Le fait que d’autres ressorts de common law qui ont examiné la question soient arrivés à des conclusions similaires, à savoir maintenir les exceptions traditionnelles tout en assouplissant les normes d’admissibilité en vertu de la règle du oui-dire, m’apparaît persuasif. Voir, par exemple, United Kingdom Law Commission, Consultation Paper No. 138, *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics* (1995), aux pp. 145 à 159; Law Reform Commission of Ireland, «The Rule Against Hearsay», dans *Reports* (1979), vol. 2, 105, aux pp. 201 à 209; *Evidence Act 1995*, 1995, n° 2, art. 59 à 75 (Australie); *Federal Rules of Evidence*, règles 801 et suiv. (États-Unis).

Les réformes proposées par le juge Iacobucci auront pour effet de modifier «sensiblement et profondément» la common law et le procès, et il y a donc lieu de les éviter: voir *Watkins*, précité, à la p. 760. Selon l’approche préconisée par le juge Iacobucci, la preuve qui relève d’une exception traditionnelle serait doublement contestée. En premier lieu, même si, selon le juge Iacobucci, la

47

48

admissible (para. 212), it is open to revisit the exceptions themselves to re-interpret them in a manner consistent with the requirements of necessity and reliability (para. 213). Second, Iacobucci J. asserts that “[i]n some rare cases, it may also be possible under the particular circumstances of a case for evidence clearly falling within an otherwise valid exception nonetheless not to meet the principled approach’s requirement of necessity and reliability” (para. 214). I fear that this invitation will create further uncertainty in the law as lawyers being lawyers will be quick to claim that their case is the “rare” one of which Iacobucci J. speaks. Iacobucci J. does not specify how trial judges are to deal with these rare cases, stating that they will determine the procedure “whether by *voir dire* or otherwise” (para. 214), but I think it is safe to assume that trial judges will turn to the procedure familiar to them and mandated by our previous jurisprudence: the *voir dire* (see *B. (K.G.)*, *supra*).

preuve visée par une exception traditionnelle est présumée admissible (au par. 212), il sera possible de réexaminer les exceptions elles-mêmes pour les interpréter d’une manière conforme aux exigences de nécessité et de fiabilité (au par. 213). En deuxième lieu, le juge Iacobucci affirme qu’«[i]l se peut également que, dans de rares cas, des circonstances particulières fassent en sorte qu’une preuve manifestement visée par une exception par ailleurs valide ne satisfasse toutefois pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode fondée sur des principes» (par. 214). Je crains que cette invitation ne crée davantage d’incertitude dans le droit étant donné que les avocats ne manqueront sûrement pas de faire valoir que leur cas est l’un des «rares cas» dont parle le juge Iacobucci. Bien que ce dernier ne précise pas comment les juges du procès devront traiter ces rares cas et qu’il affirme simplement qu’ils établiront la procédure «par voir-dire ou autrement» (par. 214), je crois qu’on peut présumer que le juge du procès recourra à la procédure qui lui est familière et qui est prescrite par notre jurisprudence: le voir-dire (voir *B. (K.G.)*, précité).

49 In any event, *voir dire* or not, this approach would require an in-depth re-evaluation of the admissibility of evidence already found to fall within an exception to the hearsay rule. The *voir dire* is merely the most formal mode of conducting this inquiry. With or without a *voir dire*, the double analysis mandated in every case of hearsay evidence on this approach would inevitably and unnecessarily complicate and lengthen trials.

De toute façon, voir-dire ou pas, cette méthode exige une réévaluation en profondeur de l’admissibilité d’une preuve déjà jugée comme relevant d’une exception à la règle du oui-dire. Le voir-dire n’est que la façon la plus formelle de procéder à cet examen. Avec ou sans voir-dire, la double analyse prescrite par cette approche dans chaque cas où il y a une preuve par oui-dire compliquerait et allongerait inévitablement et inutilement le procès.

50 It is generally acknowledged that the principled approach will result in lengthening trials as litigation over the admissibility of evidence becomes more common. See Schiff, *supra*, at p. 661; Thompson, *supra*, at p. 295; Prithipaul, *supra*, at p. 92; Blok, *supra*, at p. 685. See also Rosenberg, “*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*”, *supra*, at p. 75. In adopting the principled approach to hearsay evidence not falling within an established exception, we have chosen this course in the name of the search for truth and because of confidence that juries will be able to

Il est généralement reconnu que la méthode fondée sur des principes aura pour effet d’allonger les procès alors que les litiges portant sur l’admissibilité de la preuve deviennent plus courants. Voir Schiff, *op. cit.*, à la p. 661; Thompson, *loc. cit.*, à la p. 295; Prithipaul, *loc. cit.*, à la p. 92; Blok, *loc. cit.*, à la p. 685. Voir aussi Rosenberg, «*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*», *loc. cit.*, à la p. 75. En adoptant l’approche fondée sur des principes pour aborder la preuve par oui-dire qui ne relève pas d’une exception reconnue, nous avons choisi cette voie par souci de

accurately weigh the quality of the evidence before them. However,

[t]aking away all of the rules and replacing them with necessity and reliability makes the role of the trial judge that much more difficult. . . . Trial judges simply do not have the luxury to spend hours, let alone days, pondering the reliability of a particular piece of evidence, an issue normally reserved to the fact-finding phase of the trial. What is required is a set of rules which can be applied to most situations. [Emphasis added.]

(M. Rosenberg, “Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules” (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421, at p. 487.)

I would conclude that the principled necessity-reliability analysis, while appropriate where hearsay evidence does not fall within an established exception to the hearsay rule, has not replaced and should not supplant the traditional exceptions to the hearsay rule. I am not persuaded by Iacobucci J.’s attempt to split the difference and hold that the principled approach applies to the evidence that falls within a traditional exception but that a *voir dire* may only sometimes be necessary. Either the principled approach applies to the traditional exceptions or it does not. If it does, then a *voir dire* is required to consider the admissibility of such evidence. See *B. (K.G.)*, *supra*. See also Thompson, *supra*, at p. 295 (“A *voir dire* is required, sometimes a complicated one under the residual exception.”). If the traditional exceptions endure, as I believe they should, then no *voir dire* is required.

The source of the disagreement between my colleague Iacobucci J. and me can be traced to variant understandings of threshold reliability inquiry under the principled approach. The traditional exceptions are built upon a determination that a

recherche de la vérité et en raison de notre confiance dans la capacité du jury d’évaluer exactement la qualité de la preuve qui leur est présentée. Toutefois,

[TRADUCTION] [l]’élimination de toutes les règles pour les remplacer par des critères de nécessité et de fiabilité complique d’autant plus la tâche du juge du procès. [. . .] Le juge du procès ne peut simplement pas se permettre de consacrer des heures, voire des jours, à méditer sur la fiabilité d’un élément de preuve particulier, question normalement réservée à la phase de constatation des faits du procès. Ce qu’il faut, c’est un ensemble de règles qui peuvent s’appliquer à la plupart des situations. [Je souligne.]

(M. Rosenberg, «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules» (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421, à la p. 487.)

Je conclus que l’analyse de la nécessité et de la fiabilité fondée sur des principes, bien qu’appropriée lorsque la preuve par ouï-dire ne relève pas d’une exception établie à la règle du ouï-dire, n’a pas remplacé et ne devrait pas supplanter les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. La tentative du juge Iacobucci de couper la poire en deux et de conclure que la méthode fondée sur des principes s’applique à la preuve qui relève d’une exception traditionnelle, mais qu’un *voir-dire* n’est peut-être nécessaire que dans certains cas ne me convainc pas. Ou bien la méthode fondée sur des principes s’applique aux exceptions traditionnelles, ou bien elle ne s’y applique pas. Si elle s’y applique, il faut tenir un *voir-dire* pour examiner si une telle preuve est admissible. Voir *B. (K.G.)*, précité. Voir également Thompson, *loc. cit.*, à la p. 295 ([TRADUCTION] «Il est nécessaire de tenir un *voir-dire*, parfois un *voir-dire* compliqué en vertu de l’exception résiduelle.»). Si les exceptions traditionnelles continuent de s’appliquer, ce qui devrait être le cas selon moi, aucun *voir-dire* n’est alors nécessaire.

Le désaccord entre mon collègue le juge Iacobucci et moi tient à des conceptions différentes de l’examen du seuil de fiabilité qui doit être effectué en vertu de la méthode fondée sur des principes. Les exceptions traditionnelles reposent sur

51

52

threshold of reliability is met in particular instances of hearsay statements. Reliability under the principled approach is similarly restricted to a threshold inquiry: *B. (K.G.)*, *supra*, at p. 787. In *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, this Court explained the nature of the reliability analysis (at para. 75):

The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The function of the trial judge is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement. More specifically, the judge must identify the specific hearsay dangers raised by the statement, and then determine whether the facts surrounding the utterance of the statement offer sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for those dangers. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact.

53

Although it may appear that the above pronouncement conflicts with certain statements made in *Khan*, *supra*, and *Smith*, *supra*, it is possible to reconcile the approaches taken in all of these cases. In *Khan*, although McLachlin J. spoke in terms of the complainant not having a reason to lie, in essence, the recognition there was that children of such a tender age do not have a reason to lie about sexual subjects. Moreover, it is almost impossible for a child of such a tender age to have knowledge about the functioning of male anatomy in that way, rendering statements made by people in that class inherently reliable. Similarly, in *Smith*, one can see how people who are in need of assistance generally, as a class of people, have no reason to lie when they say that they need help. It is certainly true that these facts were present in the individual cases in *Khan* and *Smith*, but the rule would be applicable to a larger class of persons.

54

Threshold reliability exists where there is a circumstantial guarantee of trustworthiness. It does not mean that the hearsay is true or even likely to be true, but rather it asks whether the circum-

une décision qu'un seuil de fiabilité est atteint dans le cas de certaines déclarations. L'appréciation de la fiabilité au sens de la méthode fondée sur des principes se limite elle aussi à un examen du seuil de fiabilité: *B. (K.G.)*, précité, à la p. 787. Dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, notre Cour a expliqué la nature de l'analyse de la fiabilité (au par. 75):

Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. La tâche du juge du procès se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d'indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration. Plus particulièrement, le juge doit cerner les dangers spécifiques du oui-dire auxquels donne lieu la déclaration et déterminer ensuite si les faits entourant cette déclaration offrent suffisamment de garanties circonstancielles de fiabilité pour contrebalancer ces dangers. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder.

Même si l'énoncé susmentionné peut sembler contredire certaines déclarations faites dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités, il est possible de concilier les approches adoptées dans chacun de ces arrêts. Dans l'arrêt *Khan*, même si Madame le juge McLachlin parlait de plaignant qui n'avait aucune raison de mentir, il y a été essentiellement reconnu que des enfants aussi jeunes n'ont aucune raison de mentir au sujet de questions sexuelles. De plus, il est pratiquement impossible qu'un enfant aussi jeune ait une telle connaissance du fonctionnement de l'anatomie masculine, ce qui rend intrinsèquement fiables les déclarations faites par des personnes de cette catégorie. De même, dans l'arrêt *Smith*, on peut voir pourquoi les gens qui ont généralement besoin d'aide, en tant que catégorie de personnes, n'ont aucune raison de mentir lorsqu'ils disent qu'ils ont besoin d'aide. Il est certainement vrai que ces faits étaient présents dans chacune des affaires *Khan* et *Smith*, mais la règle s'appliquerait à une catégorie plus vaste de personnes.

Un seuil de fiabilité est atteint lorsqu'il existe une garantie circonstancielle de fiabilité. Cela ne signifie pas que le oui-dire est véridique ou même susceptible de l'être, mais cela pose plutôt la ques-

stances are such that there is sufficient reliability for the hearsay to be properly assessed by the jury. The traditional hearsay exceptions are based on a determination of threshold reliability: *Smith, supra*, at pp. 929-30. These exceptions have historically been founded on truisms common to classes of people or common to circumstances applicable to all people. There is no reason why that should not continue to be the case.

I acknowledge that some of the existing exceptions may require fine tuning. It may be that society has changed in such a manner that the rationale for the exception no longer applies. And, there may be circumstances which could arise in an individual case which challenge the inherent reliability that underpins a hearsay exception. However, the court must differentiate between individual circumstances that go to the weight of the evidence (such as motive to lie or other extraneous circumstances unique to the individual) and circumstances that are properly considered at the threshold stage.

In re-evaluating a hearsay exception, the court must ask whether some reason exists to doubt that the rationale underlying the exception applies in certain circumstances. The scope of this inquiry is restricted; the court should not consider every possible permutation of indicators of reliability or unreliability. To do so would result in the excision of the categories and abolition of their utility. Rather, the questions should always be: Is there something wrong with the exception itself? Should the exception be inapplicable in some circumstances?

The only time when a court should entertain a challenge to an existing exception is where there are facts, generally applicable to a class of persons, which weaken the theoretical justification for the exception. If facts arise which demonstrate that within an exception, we no longer think that statements made by a particular class of persons are inherently reliable, then to a certain extent, the rationale for the exception has been displaced and the exception must be modified to exclude people in such circumstances. For example, it may be that

tion de savoir si les circonstances sont telles qu'il existe un niveau de fiabilité suffisant pour que le jury puisse apprécier adéquatement le oui-dire. Les catégories traditionnelles de oui-dire sont fondées sur une détermination du seuil de fiabilité: *Smith, précité*, aux pp. 929 et 930. Ces exceptions reposent sur des truismes communs à des catégories de personnes ou à des circonstances applicables à tous. Rien ne justifie qu'il n'en soit plus ainsi.

Je reconnais que certaines exceptions existantes peuvent avoir besoin d'être ajustées. Il se peut que la société ait évolué au point que l'exception n'a plus sa raison d'être. Il se peut aussi que des circonstances susceptibles de se présenter dans un cas particulier compromettent la fiabilité inhérente qui sous-tend une exception à la règle du oui-dire. La cour doit cependant différencier les circonstances particulières ayant une incidence sur le poids de la preuve (comme un motif de mentir ou d'autres circonstances étrangères propres à une personne) des circonstances qui doivent être examinées à l'étape de l'analyse du seuil de fiabilité.

Au moment de réévaluer une exception à la règle du oui-dire, la cour doit se demander s'il y a une raison de douter de l'application du raisonnement sous-jacent à l'exception dans certaines circonstances. La portée de cet examen est limitée; la cour ne devrait pas examiner chaque permutation possible des indices de fiabilité ou de non-fiabilité. Si elle le faisait, cela entraînerait la suppression des catégories qui deviendraient ainsi inutiles. Il faut plutôt continuer de poser les questions suivantes: L'exception elle-même pose-t-elle problème? L'exception devrait-elle être inapplicable dans certaines circonstances?

Une cour ne devrait examiner la contestation d'une exception existante qu'en présence de faits, généralement applicables à une catégorie de personnes, qui minent la justification théorique de l'exception. S'il y existe des faits qui démontrent que, dans le cas d'une exception, nous ne croyons plus que les déclarations d'une catégorie particulière de personnes soient intrinsèquement fiables, alors l'exception perd jusqu'à un certain point sa raison d'être et doit être modifiée de façon à exclure les gens qui se trouvent dans cette situa-

55

56

57

a court may wish to reconsider the dying declaration under certain circumstances such as when a dying person is under the influence of powerful drugs. Another exemption that may benefit from re-examination is the business records exception where the records are written by persons who are not disinterested parties. Both of these examples reflect particular circumstances under which reliability may be questioned for all people in such a situation. I believe that this approach will force the courts to reconsider the exceptions only where a problem exists with the theoretical foundation of the exception. Furthermore, having the courts remember the reasons for the rule will prove very beneficial. The problem with the exceptions was that they were thought to be “ossified judicially created categories” (*Smith, supra*, at p. 930), but this approach will foster a renewed understanding of the rationales underlying these categories.

tion. Par exemple, il se peut qu’une cour veuille réexaminer la déclaration d’un mourant dans le cas notamment où le mourant l’a faite alors qu’il était sous l’effet d’un médicament puissant. Une autre exception susceptible de bénéficier d’un réexamen est celle des dossiers d’entreprise établis par des personnes qui ne sont pas désintéressées. Ces deux exemples reflètent des circonstances particulières dans lesquelles la fiabilité de toutes les personnes en cause peut être mise en doute. Je crois que cette approche ne forcera les tribunaux à réexaminer une exception que si le fondement théorique de cette exception pose un problème. De plus, le fait d’obliger les tribunaux à se rappeler les raisons de la règle se révélera fort bénéfique. Le problème que posaient les exceptions émanait du fait qu’elles étaient considérées comme des «catégories sclérosées conçues par les tribunaux» (*Smith, précité*, à la p. 930), mais cette approche favorisera une meilleure compréhension des raisons qui sous-tendent ces catégories.

58 In sum, if one wishes to displace an exception, which is based on concepts of necessity and reliability, one will have to displace either necessity or the reliability upon which the exception is based. This can only be done where the circumstances would be generally applicable to a class of persons or in a particular circumstance faced by all persons.

Somme toute, pour pouvoir écarter une exception fondée sur les concepts de nécessité et de fiabilité, il faudra écarter la nécessité ou la fiabilité sur laquelle repose cette exception. Cela ne peut se faire que si les circonstances sont généralement applicables à une catégorie de personnes ou, dans un cas particulier, à tous.

59 In principle, the trial judge’s residual discretion to exclude admissible evidence where its prejudicial effect substantially outweighs its probative value (*Seaboyer, supra*, at p. 611) could, in appropriate circumstances, apply to evidence falling within an exception to the hearsay rule: see, e.g., *Hawkins, supra*, at para. 85. This point was not addressed in the Court of Appeal and was not argued before this Court and therefore I see no need to undertake an analysis of the issue.

En principe, le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d’écarter une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable l’emporte substantiellement sur sa valeur probante (*Seaboyer, précité*, à la p. 611) pourrait, dans des circonstances appropriées, s’appliquer à la preuve qui relève d’une exception à la règle du oui-dire: voir, par exemple, l’arrêt *Hawkins, précité*, au par. 85. Ce point n’a pas été abordé en Cour d’appel ni débattu devant notre Cour et je ne vois donc pas la nécessité d’entreprendre une analyse de cette question.

60 I would summarize my position in the following terms which I believe are largely consistent with the approach taken by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193, and *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514. First, *Khan* and its progeny permit hearsay evi-

Je résumerais ma position dans les termes suivants, qui, à mon avis, sont largement compatibles avec l’approche adoptée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans les arrêts *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193, et *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514. D’abord, quoique l’arrêt

dence to be admitted in new situations where necessary and where indicia of reliability are present, but did not abolish the traditional exceptions. Second, the traditional exceptions are largely consistent with the necessity-reliability criteria and so do not generally require revision. Finally, the traditional exceptions may be modified or supplemented as appropriate to conform to the principled approach (on this last point, see Rosenberg, “*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*”, *supra*, at p. 71). Trial judges should continue to apply the traditional exceptions to the hearsay rule.

(4) Admissibility of Cook’s Statement of Intention

(a) *Is the Statement Hearsay?*

No disagreement exists that the Crown sought to use Cook’s statement to Giesbrecht that he had to “go and do an Autopac scam with Robert” as proof of the truth of its contents. Accordingly, as Iacobucci J. explains in para. 165, it is hearsay.

(b) *The “Present Intentions” Exception to the Hearsay Rule*

The next question is whether the statement falls within a recognized exception to the rule against hearsay. All three judges in the Court of Appeal recognized that the statement fell squarely within the “present intentions” exception recognized by this Court in *Smith*, *supra*, at p. 925. Twaddle J.A., dissenting, would have excluded the statement not because it exceeded the confines of the “present intentions” exception but because he believed that the principled approach should be applied in this case. I disagree both with Iacobucci J.’s description of the “present intentions” exception and with his modification of the exception to comply with the principled approach. Furthermore, I do not

Khan et les arrêts qui en découlent permettent d’admettre une preuve par ouï-dire dans de nouvelles situations où cela est nécessaire et où il existe des indices de fiabilité, ils n’ont pas aboli les exceptions traditionnelles. Ensuite, les exceptions traditionnelles sont largement compatibles avec les critères de nécessité et de fiabilité, de sorte qu’elles n’ont généralement pas besoin d’être révisées. Enfin, les exceptions traditionnelles peuvent être modifiées ou complétées au besoin afin d’assurer la conformité avec la méthode fondée sur des principes (sur ce dernier point, voir Rosenberg, «*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*», *loc. cit.*, à la p. 71). Les juges du procès devraient continuer d’appliquer les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

(4) Admissibilité de la déclaration d’intention de Cook

a) *La déclaration est-elle du ouï-dire?*

Tous s’accordent pour dire que le ministère public a tenté d’utiliser la déclaration de Cook à Giesbrecht, qu’il devait [TRADUCTION] «aller frauder l’Autopac avec Robert», comme preuve de la véracité de son contenu. Par conséquent, comme l’explique le juge Iacobucci au par. 165, il s’agit de ouï-dire.

b) *L’exception des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire*

La question est maintenant de savoir si la déclaration relève d’une exception reconnue à la règle du ouï-dire. Les juges de la Cour d’appel ont tous trois retenu que la déclaration relevait nettement de l’exception des «intentions existantes» reconnue par notre Cour dans l’arrêt *Smith*, précité, à la p. 925. Le juge Twaddle, dissident, aurait écarté la déclaration non pas parce qu’elle excédait les confins de l’exception des «intentions existantes», mais parce qu’il croyait que la méthode fondée sur des principes devait être appliquée en l’espèce. Je ne souscris ni à la description que donne le juge Iacobucci de l’exception des «intentions existantes», ni à sa modification de l’exception en vue de respecter la méthode fondée sur des principes. Je ne suis pas d’accord non plus avec sa qualifica-

61

62

agree with his characterization of the so-called “joint act” rule under this exception.

tion de la règle dite de l’«acte accompli conjointement» dans le contexte de cette exception.

63

This Court recently examined the “present intentions” exception in detail in *Smith, supra*, where we recognized that an “exception to the hearsay rule arises when the declarant’s statement is adduced in order to demonstrate the intentions, or state of mind, of the declarant at the time when the statement was made” (p. 925). Drawing on Wigmore, Iacobucci J. would add the requirement that the statement “must appear to have been made in a natural manner and not under circumstances of suspicion” (para. 168). Let me be quite clear that this second requirement is a new addition to the common law exception. In the course of reviewing nearly eighty years of jurisprudence of the present intentions exception in this country, I have been able to unearth but a single reference to the Wigmore requirement of “circumstantial guarantee of trustworthiness”: see *R. v. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527 (B.C.C.A.), at p. 534. In *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.), at p. 338, Doherty J. (as he then was), while not mentioning Wigmore did however note in passing that “[i]t also appears that there is some circumstantial guarantee of trustworthiness attaching to these utterances as there is no suggestion that the deceased had reason to misrepresent her state of mind when she made these various statements to her sister and other close associates.” Neither of these cases provides any explanation, elaboration or application of the “circumstantial guarantee of trustworthiness” component. The clear weight of authority in this country examining the “present intentions” exception lacks any mention of this component: see, e.g., *Smith, supra*, *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (Ont. C.A.) (*per* Martin J.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1985] 1 S.C.R. x; *M. (L.N.) v. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194 (S.C.); *Neufeld v. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150 (Q.B.); *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (Man. C.A.); *R. v. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. v. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678 (C.A.); *R. v. Carriere* (1986), 40 Man. R. (2d) 150 (C.A.); *R. v. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277 (S.C.); *R. v.*

Notre Cour a récemment analysé en détail l’exception des «intentions existantes» dans l’arrêt *Smith*, précité, où elle a reconnu qu’une «exception à la règle du oui-dire s’applique lorsque la déclaration du déclarant est présentée pour démontrer ses intentions ou son état d’esprit au moment où il l’a faite» (p. 925). S’appuyant sur Wigmore, le juge Iacobucci ajouterait l’exigence selon laquelle la déclaration [TRADUCTION] «doit paraître avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses» (par. 168). J’aimerais préciser que cette deuxième exigence est un nouvel ajout à l’exception qui relève de la common law. Passant en revue quelque quatre-vingts années de jurisprudence canadienne relative à l’exception des intentions existantes, je n’ai pu déceler qu’un seul renvoi à l’exigence de Wigmore qu’il y ait «garantie circonstancielle de fiabilité»: voir *R. c. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527 (C.A.C.-B.), à la p. 534. Dans *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C. Ont.), à la p. 338, le juge Doherty (maintenant juge de la Cour d’appel) a fait remarquer en passant, sans toutefois mentionner Wigmore, [TRADUCTION] «[qu’u]ne certaine garantie circonstancielle de fiabilité semble se rattacher à ces déclarations vu que rien n’indique que la personne décédée avait des raisons de cacher son état d’esprit réel lorsqu’elle a fait ces diverses déclarations à sa sœur et à ses autres proches associés.» Aucune de ces décisions ne fournit une explication, des détails ou une application de l’élément «garantie circonstancielle de fiabilité». La grande majorité des décisions canadiennes dans lesquelles a été examinée l’exception des «intentions existantes» ne mentionne pas cet élément: voir, par exemple, *Smith*, précité; *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (C.A. Ont.) (le juge Martin), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1985] 1 R.C.S. x; *M. (L.N.) c. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194 (C.S.); *Neufeld c. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150 (B.R.); *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Man.); *R. c. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. c. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678 (C.A.); *R. c. Carriere*

Flemming (1980), 43 N.S.R. (2d) 249 (Co. Ct.); *R. v. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154 (Ont. C.A.); *Hildebrand v. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234 (S.C.); *R. v. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232 (Sask. C.A.); *R. v. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561 (S.C.A.D.); *R. v. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351 (C.A.); *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555 (B.C.S.C.); *Great West Uranium Mines Ltd. v. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307 (Sask. C.A.); *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1 (P.C.); *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (Sask. C.A.); *R. v. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555 (Alta. S.C.A.D.); *R. v. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th) 221 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1 (Nfld. C.A.); *Collins v. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215 (Nfld. U.F.C.); *R. v. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139 (B.C.C.A.); *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (Ont. H.C.), at pp. 754-55. Nor does the leading treatise in this country on evidence discuss the addition proposed by Iacobucci J.: see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at §§ 6.225-6.242. I do not see this addition as either necessary or desirable.

By interpreting “circumstances of suspicion” in a broad fashion (see paras. 177-79), Iacobucci J.’s approach neutralizes the utility of the exceptions which provide predictability and a certain degree of swiftness in our trial process. By requiring the negation of the possibility that the declarant was untruthful, Iacobucci J. creates an extremely high threshold for the introduction of previously acceptable hearsay evidence. The possibility of untruthfulness is inherent in every statement. Ascertaining truth is the fundamental task for the trier of fact, not for the trier of law determining threshold reliability.

In addition, by adding the requirement that a statement of intention not be made under circumstances of suspicion so as to conform with the principled approach, Iacobucci J. reveals the essential problem with his proposed mode of hearsay analysis. For if each exception is to incorporate a

(1986), 40 Man. R. (2d) 150 (C.A.); *R. c. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277 (C.S.); *R. c. Fleming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249 (C. cté); *R. c. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154 (C.A. Ont.); *Hildebrand c. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234 (C.S.); *R. c. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232 (C.A. Sask.); *R. c. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561 (C.S., Div. app.); *R. c. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351 (C.A.); *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555 (C.S.C.-B.); *Great West Uranium Mines Ltd. c. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307 (C.A. Sask.); *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1 (C.P.); *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (C.A. Sask.); *R. c. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555 (C.S. Alb., Div. app.); *R. c. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th) 221 (C. Ont. (Div. gén.)); *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1 (C.A.T.-N.); *Collins c. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215 (C.U.F.T.-N.); *R. c. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139 (C.A.C.-B.); *Home c. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (H.C. Ont.), aux pp. 754 et 755. Le principal traité sur la preuve dans notre pays n’aborde pas non plus l’ajout proposé par le juge Iacobucci: voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, aux §§ 6.225 à 6.242. Je considère que cet ajout n’est ni nécessaire ni souhaitable.

En donnant une interprétation large aux «circonstances douteuses» (voir les par. 177 à 179), le juge Iacobucci enlève toute utilité aux exceptions pour ce qui est d’assurer la prévisibilité et une certaine célérité dans nos procès. En exigeant que l’on écarte la possibilité que le déclarant ait menti, le juge Iacobucci impose un critère extrêmement exigeant pour la présentation d’une preuve par oui-dire auparavant admissible. La possibilité que l’on ait menti est inhérente à chaque déclaration. La découverte de la vérité incombe essentiellement au juge des faits et non pas au juge du droit qui établit le seuil de fiabilité.

De plus, en ajoutant l’exigence qu’une déclaration d’intention ne soit pas faite dans des circonstances douteuses de manière à ce qu’elle respecte la méthode fondée sur des principes, le juge Iacobucci révèle le problème essentiel que soulève le mode d’analyse du oui-dire qu’il propose. En

necessity and reliability component in examining each individual statement that comes under the exception, then the end result is the eradication of the exceptions themselves. I appreciate that under the approach proposed by Iacobucci J., the exceptions are supposed to continue to serve a useful role as, *inter alia*, “practical manifestations of the principled approach in concrete and meaningful form” (para. 205). However, once a trial judge is required to examine every hearsay statement in terms of reliability and necessity, I do not think that there is much left of the exceptions.

effet, les exceptions elles-mêmes finiront par disparaître s’il faut, dans chaque cas, analyser la nécessité et la fiabilité de chacune des déclarations visées par l’exception. Si je comprends bien, selon la méthode proposée par le juge Iacobucci, les exceptions sont censées conserver leur utilité à titre, notamment, de «manifestations pratiques sous forme concrète et utile de la méthode fondée sur des principes» (par. 205). Cependant, dès qu’un juge du procès est tenu d’examiner la fiabilité et la nécessité de chaque déclaration relatée, je ne pense pas qu’il reste grand-chose des exceptions.

66

Earlier, I explained my preferred mode of rationalizing the traditional exceptions with the principled approach. I will not repeat it except to say that I believe that the categories as a whole may be revisited and refined in light of the principled approach, but they are not supplanted by it. I see no reason to depart from the existing definition of this exception as outlined by Lamer C.J. in *Smith*, *supra*, and Martin J.A. in *Moore*, *supra*.

J’ai expliqué plus haut la méthode que je privilégie pour rationaliser les exceptions traditionnelles en fonction de la méthode fondée sur des principes. Je ne la répéterai pas, sauf pour dire que je crois que les catégories dans leur ensemble peuvent être réexaminées et précisées en fonction de la méthode fondée sur des principes, sans toutefois être remplacées par cette méthode. Je ne vois aucune raison de m’éloigner de la définition existante de cette exception formulée par le juge en chef Lamer dans *Smith*, précité, et par le juge Martin dans *Moore*, précité.

(c) *The “Joint Act” Rule and the “Present Intentions” Exception*

c) *La règle de l’«acte accompli conjointement» et l’exception des «intentions existantes»*

67

It is common cause that the “present intentions” exception may not be used to infer that a third party acted in accordance with the declarant’s stated intention. Doherty J. explained the permissible chain of inferences in *P. (R.)*, *supra*, at p. 343:

Il est généralement reconnu que l’exception des «intentions existantes» ne saurait servir à déduire qu’un tiers a donné suite à l’intention explicite de l’auteur de la déclaration. Le juge Doherty a expliqué la chaîne des déductions permises dans la décision *P. (R.)*, précitée, à la p. 343:

Evidence of the deceased’s state of mind may, in turn, be relevant as circumstantial evidence that the deceased subsequently acted in accordance with that avowed state of mind. When a deceased says, “I will go to Ottawa tomorrow”, the statement affords direct evidence of the state of mind — an intention to go to Ottawa tomorrow — and circumstantial evidence that the deceased in fact went to Ottawa on that day. If either the state of mind, or the fact to be inferred from the existence of the state of mind is relevant, the evidence is receivable subject to objections based on undue prejudice.

[TRADUCTION] La preuve de l’état d’esprit de la personne décédée peut, à son tour, être pertinente à titre de preuve circonstancielle que la personne décédée a par la suite agi conformément à cet état d’esprit exprimé. Lorsque la personne décédée a dit «J’irai à Ottawa demain», la déclaration fournit une preuve directe de l’état d’esprit — l’intention d’aller à Ottawa demain — et une preuve circonstancielle que la personne décédée est effectivement allée à Ottawa ce jour-là. Si l’état d’esprit ou le fait qui peut en être déduit est pertinent, la preuve est recevable sous réserve d’objections fondées sur un préjudice indu.

Later at p. 344, Doherty J. wrote: “The evidence is not, however, admissible . . . to show that persons other than the deceased acted in accordance with the deceased’s stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person.” Lamer C.J. adopted this statement of the joint act exception in *Smith*, *supra*, at pp. 926-27.

This exception simply recognizes basic principles of logic. As Professor R. J. Delisle explains in “*R. v. Smith: The Relevance of Hearsay*” (1991), 2 C.R. (4th) 260, at p. 264:

The statement of the declarant’s then state of mind should be received as evidence of that state of mind. . . . The next step in the chain — whether an inference should be drawn that the deceased acted in accordance with that state of mind, by himself, or jointly with another — presents a problem, not of hearsay, but of relevance and prejudicial value.

Doherty J. properly recognized this in *P. (R.)*, *supra*, at pp. 346-49.

Statements of intention may be admissible despite the fact that they refer to a joint act: see the leading cases of *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), at p. 296; *United States v. Pheaster*, 544 F.2d 353 (9th Cir. 1976), at pp. 374-80; *People v. Alcalde*, 148 P.2d 627 (Cal. 1944), at pp. 631-33. *Alcalde* presented a situation similar to the one before us: the deceased declarant had said that she “was going out with Frank” that evening. The California Supreme Court, over the dissent of Traynor J., held that the statement was admissible to show the decedent’s intent that evening. Generally, this sort of evidence is admissible as an indication of the declarant’s intention at the time he or she spoke. The inferences to be drawn from the evidence are for the jury, properly cautioned.

Plus loin, à la p. 344, le juge Doherty écrit: [TRADUCTION] «Toutefois, la preuve n’est pas admissible [. . .] pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d’un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble.» Le juge en chef Lamer a adopté cet énoncé de l’exception de l’acte accompli conjointement dans l’arrêt *Smith*, précité, aux pp. 926 et 927.

Cette exception ne fait que reconnaître des principes logiques de base. Comme l’explique le professeur R. J. Delisle dans «*R. v. Smith: The Relevance of Hearsay*» (1991), 2 C.R. (4th) 260, à la p. 264:

[TRADUCTION] La déclaration exprimant l’état d’esprit de son auteur à l’époque où il l’a faite devrait être admise comme preuve de cet état d’esprit. [. . .] La prochaine étape — à savoir s’il y a lieu de déduire que la personne décédée a donné suite à cet état d’esprit, seule ou avec d’autres — pose un problème non pas de oui-dire, mais de pertinence et d’effet préjudiciable.

Le juge Doherty a reconnu cela à bon droit dans la décision *P. (R.)*, précitée, aux pp. 346 à 349.

Les déclarations d’intention peuvent être admissibles même si elles font allusion à un acte accompli conjointement: voir les arrêts de principe *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), à la p. 296; *United States c. Pheaster*, 544 F.2d 353 (9th Cir. 1976), aux pp. 374 à 380; *People c. Alcalde*, 148 P.2d 627 (Cal. 1944), aux pp. 631 à 633. Dans *Alcalde*, la situation était analogue à celle dont nous sommes saisis: la victime ayant fait la déclaration avait dit qu’elle [TRADUCTION] «sortait avec Frank» ce soir-là. Malgré la dissidence du juge Traynor, la Cour suprême de la Californie a statué que cette déclaration était admissible pour démontrer l’intention de la victime ce soir-là. En général, ce genre de preuve est admissible à titre d’indication de l’intention qu’avait l’auteur de la déclaration au moment où il s’est exprimé. Il appartient au jury, après une mise en garde appropriée, d’utiliser la preuve pour faire les déductions qui s’imposent.

68

69

(d) *Use of Cook's Statement*

70

I do not believe that the trial judge erred in leaving Cook's statement of intention to the jury. "Properly cautioned by the trial judge, juries are perfectly capable of determining what weight ought to be attached to such evidence, and of drawing reasonable inferences therefrom" (*Smith, supra*, at p. 937). The trial judge told the jury that "[t]he Crown says that Ms. Giesbrecht's evidence is the second thread of evidence to link the accused, Robert Starr, with the deaths of Cook and Weselowski. Again, it is for you to decide whether the evidence of Cook's statement about the scam goes as far as the Crown would have you believe" (emphasis added). I do not believe that this instruction invited the jury to draw an impermissible inference against the appellant. In examining what the Crown "would have [the jury] believe", the Crown, referring to another statement not at issue here, explained "evidence of intention" as "What was the deceased thinking about just before his death?". The Crown continued:

The difference between the statement of intention by Mr. Cook to Young and the statement of intention by Mr. Cook to Giesbrecht is that Cook carried the Giesbrecht intention out, didn't he? He ended up in a car, say the prosecution, driving down a ditch, smashing it up outside of the Turski home. He travelled all that way. He had to have; he was found dead there, and the car that was smashed against the pole was the car that Starr had been in, in the Mohawk garage. So that expression of intention appears to have been carried out. . . .

I believe that the Crown was entitled to ask the jury to draw an inference that Cook in fact acted in accordance with his stated intention, even if that stated intention involved a joint act: see *P. (R.)*, *supra*. In this situation, circumstances of joint intention may be considered along with the other evidence in determining what the third party did. Thus, I do not believe that the Crown asked the jury to draw an impermissible inference nor do I

(d) *Utilisation de la déclaration de Cook*

Je ne crois pas que le juge du procès ait commis une erreur en soumettant la déclaration d'intention de Cook à l'appréciation du jury. «Le jury, à qui le juge du procès a fait la mise en garde appropriée, est parfaitement en mesure de déterminer le poids qu'il faut accorder à cette preuve et d'en tirer des conclusions raisonnables» (*Smith*, précité, à la p. 937). Le juge du procès a dit au jury que [TRADUCTION] «[l]e ministère public affirme que le témoignage de M^{me} Giesbrecht est le deuxième élément de preuve qui relie l'accusé Robert Starr au décès de Cook et à celui de Weselowski. La encore, il vous appartient de décider si la preuve de la déclaration de Cook au sujet de la fraude va aussi loin que le ministère public voudrait vous le faire croire» (je souligne). Je ne crois pas que cette directive invitait le jury à faire une déduction inacceptable au détriment de l'appelant. En examinant ce qu'il aurait voulu «faire croire» au jury, le ministère public a expliqué, au sujet d'une autre déclaration qui n'est pas en cause en l'espèce, que la «preuve de l'intention» consiste à se demander: [TRADUCTION] «Que pensait la victime juste avant de mourir?» Il a ajouté:

[TRADUCTION] La différence entre la déclaration d'intention que M. Cook a faite à Young et celle qu'il a faite à Giesbrecht est que Cook a donné suite à l'intention qu'il avait exprimée à Giesbrecht, n'est-ce pas? Il s'est retrouvé, affirme la poursuite, dans une automobile qu'il a conduite dans un fossé et bousillée à l'extérieur de la maison des Turski. Il a parcouru toute cette distance. Il devait l'avoir fait; il a été trouvé mort à cet endroit et la voiture qui a heurté le poteau était celle dans laquelle Starr avait pris place au garage Mohawk. Il semble donc avoir donné suite à cette expression d'intention. . . .

Je crois que le ministère public avait le droit de demander au jury de déduire que Cook a effectivement donné suite à son intention explicite, même si cette intention explicite visait un acte accompli conjointement: voir *P. (R.)*, précité. Dans ce cas, des circonstances d'intention commune peuvent être prises en considération avec les autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait. Selon moi, le ministère public n'a pas demandé au jury de faire une déduction inacceptable et je ne crois pas non plus que le juge du procès

believe that the trial judge erred in instructing the jury on this issue.

Accordingly, I would dismiss this ground of the appeal.

B. The Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification

On this issue, I agree with Monnin J.A.'s decision in the Court of Appeal that the trial judge may have committed an error by allowing the police officers to testify as to Ms. Ball's out-of-court identification of the appellant, but that any harm that such evidence may have caused was effectively negated by the trial judge's instructions to the jury. Therefore, I do not find it necessary to analyze this evidence under the "prior identification" exception or under the principled approach as my colleague Iacobucci J. does. I am convinced that the harm caused by the introduction of the evidence was minimal given other testimony that placed the murders. Any harm that may have been caused by the impugned evidence was nullified by the trial judge's instruction to the jury.

In the days immediately following the murders, RCMP Constables Madden and MacLeod visited the home of Cheryl and Daniel Ball, interviewing them on four occasions on three different days. Ms. Ball testified at trial that on the second visit, two days after the murder, the police showed her some photographs. She testified that her memory of seeing the photos was hazy and that she did not think she had recognized anyone in the photos. Regarding the RCMP's third visit on the same day as the second, Ms. Ball testified that she thought she had pointed to one of the three photographs shown to her and said that the person in the photo "looks kind of familiar". Ms. Ball met with the police a week later, but at trial she did not recall having said anything to them about any of the photos on that occasion. Ms. Ball did not testify at trial as to why the person in the photo shown to her on the second visit looked familiar or where she had seen the person. She was not asked whether

ait commis une erreur dans ses directives au jury sur ce point.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball

Sur ce point, je partage la décision du juge Monnin de la Cour d'appel qu'il se peut que le juge du procès ait commis une erreur en permettant aux policiers de témoigner au sujet de l'identification extrajudiciaire de l'appellant par Cheryl Ball, mais que tout préjudice que cette preuve peut avoir causé a effectivement été éliminé par les directives du juge du procès au jury. Par conséquent, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'analyser cette preuve en vertu de l'exception de l'«identification antérieure» ou de la méthode fondée sur des principes, comme le fait mon collègue le juge Iacobucci. Je suis persuadée que le préjudice causé par la présentation de cette preuve était minime compte tenu des autres témoignages selon lesquels l'appellant était à la station-service Mohawk avant les meurtres. Tout préjudice qui peut avoir été causé par la preuve attaquée a été éliminé par les directives du juge du procès au jury.

Au cours des jours qui ont suivi immédiatement les meurtres, les agents Madden et MacLeod de la GRC se sont rendus au domicile de Cheryl et Daniel Ball pour les interroger à quatre reprises en trois jours. Madame Ball a témoigné au procès que, lors de la deuxième visite, deux jours après les meurtres, les policiers lui ont montré des photographies. Elle a déclaré qu'elle se souvenait vaguement avoir vu les photos et qu'elle ne croyait pas avoir reconnu qui que ce soit sur celles-ci. En ce qui concerne la troisième visite de la GRC, qui a eu lieu le même jour que la deuxième, M^{me} Ball a témoigné qu'elle croyait avoir indiqué une des trois photographies qui lui avaient été montrées et avoir affirmé que la personne figurant sur cette photo [TRADUCTION] «[lui disait] quelque chose». Madame Ball a rencontré les policiers une semaine plus tard, mais elle ne se souvenait pas au procès de leur avoir dit quoi que ce soit au sujet des photos à cette occasion. Madame Ball n'a pas

71

72

73

she had seen the appellant on the night of the murder and she did not testify that she had done so. In fact, she did not mention the appellant in her testimony or identify him in court.

expliqué, au procès, pourquoi la personne figurant sur la photo qui lui avait été montrée lors de la deuxième visite lui disait quelque chose, ni où elle avait vu cette personne. On ne lui a pas demandé si elle avait vu l'appellant la nuit des meurtres et elle n'a pas témoigné qu'elle l'avait vu. En fait, elle n'a pas mentionné l'appellant dans son témoignage et ne l'a pas identifié en cour.

74 Constable Madden testified that on the second visit to her home, Ms. Ball told him and Constable MacLeod that she had seen a man talking to Cook at the Mohawk gas station. Constable Madden testified that Ms. Ball described the man she had seen as white, with glasses and short hair in a ponytail. She mentioned nothing about a goatee. Constable Madden testified that, at the time of the murders, the appellant had long hair that was not in a ponytail, was not wearing glasses, and had a goatee. To Constable Madden's knowledge, the appellant had never worn glasses. Constable Madden testified that Ms. Ball indicated that the man in Photo No. 3 looked like the man whom she had seen at the Mohawk gas station talking to Cook and who was "probably driving the other car". Photo No. 3 was a black and white photocopy of a photo of the appellant in which he had a moustache, no goatee, long hair, and no glasses.

L'agent Madden a témoigné que, lors de la deuxième visite au domicile de M^{me} Ball, celle-ci lui avait déclaré, en présence de l'agent MacLeod, avoir vu un homme parler à Cook à la station-service Mohawk. Il a témoigné que l'homme décrit par M^{me} Ball était blanc, portait des lunettes et avait les cheveux courts attachés en queue de cheval. Elle n'a pas parlé d'une barbiche. L'agent Madden a témoigné qu'à l'époque des meurtres l'appellant avait les cheveux longs et non attachés en queue de cheval, qu'il ne portait pas de lunettes et qu'il avait une barbiche. À sa connaissance, l'appellant n'avait jamais porté de lunettes. L'agent Madden a affirmé que M^{me} Ball avait indiqué que l'homme figurant sur la troisième photo ressemblait à l'homme qu'elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk et qui [TRADUCTION] «conduisait probablement l'autre automobile». La troisième photo était une photocopie en noir et blanc d'une photo de l'appellant qui avait les cheveux longs et une moustache mais pas de barbiche, et ne portait pas de lunettes.

75 Constable Madden further testified that when he and Constable MacLeod returned to the Ball residence one week later, Ms. Ball picked out the same photograph of the appellant that she had identified on the previous occasion, from amongst a set of eight photographs. None of the other photos had been included among the three shown to her the week before. Ms. Ball was not asked whether her previous selection of the same photo influenced her selection of it one week later.

L'agent Madden a en outre témoigné que lorsque lui et l'agent MacLeod sont retournés à la résidence des Ball une semaine plus tard, M^{me} Ball a choisi la même photographie de l'appellant qu'elle avait indiquée précédemment, parmi une série de huit photographies. Aucune des autres photos ne figurait parmi les trois qui lui avaient été montrées la semaine précédente. On n'a pas demandé à M^{me} Ball si le choix de photo qu'elle avait fait antérieurement avait influencé son choix une semaine plus tard.

76 The dissent in the Court of Appeal and Iacobucci J. in his reasons assert that Constable Madden's testimony of Ms. Ball's out-of-court identification was important because it placed the appellant in St. Norbert, whereas without Ms.

Dans les motifs dissidents rédigés en Cour d'appel et dans les motifs du juge Iacobucci, on affirme que le témoignage de l'agent Madden au sujet de l'identification extrajudiciaire par M^{me} Ball était important parce qu'il situait l'appellant à

Ball's identification the appellant was last seen "halfway across the city from where the crime occurred". Both Twaddle J.A. and Iacobucci J. are of the opinion that this piece of evidence might have been the "last straw", allowing the Crown to meet its onus. With respect, I cannot agree.

Constable Madden testified that Ms. Ball had stated that the appellant "was the one that she saw at the Mohawk Station and that he was probably driving the other car" (emphasis added). According to Twaddle J.A. and Iacobucci J., this second half of the sentence may suggest that Ms. Ball identified the appellant in St. Norbert where the murders took place, rather than at the Mohawk gas station. I do not believe that the evidence supports such an interpretation. After Constable Madden made the above statement in his testimony, the trial judge asked for a clarification:

THE COURT: I'm sorry, Mr. Dangerfield would you have Constable Madden repeat the words that Mrs. Ball said. "He is the one I saw at the Mohawk" is that what you said?

THE WITNESS: She felt that he was the one at the Mohawk Station.

THE COURT: Yes.

THE WITNESS: And she described him.

THE COURT: Yes.

THE WITNESS: And felt he was the one there that had been talking to Bo Cook and that had been driving the car.

A few questions later, on direct examination, Constable Madden again returned to the specifics of Ms. Ball's identification of the appellant:

Q All right. You put this before Mrs. Ball. What did she say on that occasion?

A Without any hesitation at all, she pointed at photo number 5.

Q Did she say anything?

A And said: That was the one at the Mohawk.

St. Norbert, tandis que, si on fait abstraction de l'identification par M^{me} Ball, l'appellant a été aperçu pour la dernière fois [TRADUCTION] «à mi-chemin entre le lieu du crime et l'autre bout de la ville». Les juges Twaddle et Iacobucci estiment tous les deux qu'il se pourrait que cet élément de preuve ait été ce qui en fin de compte avait permis au ministère public de s'acquitter de son obligation. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis.

L'agent Madden a témoigné que M^{me} Ball avait dit que l'appellant [TRADUCTION] «était la personne qu'elle avait aperçue à la station-service Mohawk et qu'il conduisait probablement l'autre automobile» (je souligne). Selon les juges Twaddle et Iacobucci, cette deuxième moitié de phrase peut laisser entendre que M^{me} Ball a reconnu l'appellant à St. Norbert où les meurtres ont eu lieu, plutôt qu'à la station-service Mohawk. Je ne crois pas que la preuve étaye cette interprétation. Après que l'agent Madden eut fait la déclaration susmentionnée dans son témoignage, le juge du procès a demandé des éclaircissements:

[TRADUCTION]

LA COUR: Excusez-moi, M^e Dangerfield, pourriez-vous demander à l'agent Madden de répéter ce que M^{me} Ball a dit. «C'est lui que j'ai aperçu à la station-service Mohawk», est-ce bien ce que vous avez dit?

LE TÉMOIN: Elle avait l'impression que c'était lui qui était à la station-service Mohawk.

LA COUR: Oui.

LE TÉMOIN: Et elle l'a décrit.

LA COUR: Oui.

LE TÉMOIN: Et elle avait l'impression que c'était lui qui avait parlé à Bo Cook et qui avait conduit l'automobile.

Plus tard, au cours de l'interrogatoire principal, l'agent Madden a donné d'autres détails au sujet de l'identification de l'appellant par M^{me} Ball:

[TRADUCTION]

Q D'accord. Vous avez montré cela à M^{me} Ball. Qu'a-t-elle dit à ce moment-là?

R Sans hésiter, elle a indiqué la cinquième photo.

Q A-t-elle dit quelque chose?

R Et elle a dit: C'était celui qui était à la station-service Mohawk.

The appellant's trial counsel clearly understood Constable Madden to be testifying that Ms. Ball identified the appellant as seeing him at the Mohawk gas station. On cross-examination, counsel for the appellant asked the following regarding Ms. Ball's out-of-court identification:

Q So did you say to Mrs. Ball, you also saw the picture from the first time, are you sure that the fellow you saw at the Mohawk is photograph 5 and you're not just repeating what you say on August 23rd?

A No, we did not.

The cross-examination on this point continued:

Q And even when she picked somebody out, she wasn't sure that was the person. She was telling you this person looks like?

A She says: I believe this is the one at the Mohawk.

Q Did you ask her if she was positive?

A She gave a description. I did not ask her if you are absolutely positive. She said: I think that's the one at the Mohawk.

. . . .

Q When she gave you the description of the person at the Mohawk, did she tell you that that person had a goatee?

A No, sir.

Q She told you that she thought the person in the photograph was wearing glasses — pardon me — the person at the Mohawk was wearing glasses?

A She said she [*sic*] was white, light coloured hair.

In the course of Constable Madden's testimony, he did not make a single reference to St. Norbert; neither did Crown counsel nor counsel for the appellant. Furthermore, Constable MacLeod's testimony similarly lacks any reference to St. Norbert:

L'avocat de l'appellant au procès a clairement compris que l'agent Madden témoignait que M^{me} Ball avait identifié l'appellant comme étant la personne qu'elle avait aperçue à la station-service Mohawk. Au cours du contre-interrogatoire, l'avocat de l'appellant a posé la question suivante au sujet de l'identification extrajudiciaire par M^{me} Ball:

[TRADUCTION]

Q Alors avez-vous dit à M^{me} Ball, vous avez aussi vu la photo la première fois, êtes-vous certaine que la personne que vous avez aperçue à la station-service Mohawk est sur la cinquième photographie et vous ne faites pas que répéter ce que vous avez dit le 23 août?

R Non, nous n'avons pas dit cela.

Le contre-interrogatoire sur ce point s'est poursuivi ainsi:

[TRADUCTION]

Q Et même lorsqu'elle a choisi quelqu'un, elle n'était pas sûre que c'était cette personne. Elle vous a dit à qui ressemblait cette personne?

R Elle a dit: Je crois que c'est la personne qui était à la station-service Mohawk.

Q Lui avez-vous demandé si elle en était certaine?

R Elle a donné une description. Je ne lui ai pas demandé si elle était absolument certaine. Elle a dit: Je crois que c'est la personne qui était à la station-service Mohawk.

. . . .

Q Lorsqu'elle vous a décrit la personne qui était à la station-service Mohawk, vous a-t-elle dit que cette personne avait une barbiche?

R Non, monsieur.

Q Elle vous a dit qu'elle pensait que la personne sur la photographie portait des lunettes — pardonnez-moi — la personne qui était à la station-service Mohawk portait des lunettes?

R Elle a dit qu'elle était de race blanche, avec des cheveux clairs.

Au cours de son témoignage, l'agent Madden n'a pas mentionné une seule fois St. Norbert, pas plus que ne l'a fait le substitut du procureur général ou l'avocat de l'appellant. L'agent MacLeod n'a pas mentionné, lui non plus, St. Norbert dans son témoignage:

Q And what did Mrs. Ball say, if anything, on seeing them this time?

A She pointed to one photograph and she identified that person as being at the Mohawk Station on the night that they were there.

Q I see. Is that all she said about him that you recall?

A She said it was him, it was the same guy.

Q I see. She mentioned the name Cook in this connection?

A Yes, she mentioned that this person had been talking to Bernard Cook.

In light of the above testimony, I cannot agree with my colleague Iacobucci J.'s assertion that there were two distinct elements to Constable Madden's testimony: namely, being at the Mohawk station and "probably" being in the other car in St. Norbert. Nor do I accept his assertion in para. 228 that the jury could have "easily" taken the reference to the "other car" to refer "not to . . . the Mohawk station, but to the second car seen in St. Norbert when the Balls last saw Cook and Weselowski alive". In light of the above testimony, I find it stretches credulity to assert that the jury could have taken Constable Madden's testimony to refer to Ms. Ball placing the appellant in St. Norbert. Moreover, I do not see how these seven obscure words — "he was probably driving the other car" — subsequently clarified on no less than eight occasions, could have constituted the "last straw" that allowed the Crown to meet its onus. Additionally, Ms. Ball's own limited testimony directly contradicts the inference that Constable Madden was referring to Ms. Ball seeing the appellant in St. Norbert. Ms. Ball testified in court that when she was dropped off in St. Norbert she saw a small car next to the car in which she had been riding but that she could not see if anyone was in the car. In a discussion outside the presence of the jury, the court reiterated that Ms. Ball had just testified that she did not see anyone in the car that was alongside the car in which she had been a passenger. Given that Ms. Ball testified clearly that she did not see the driver of the car in St. Norbert, I do not see how the jury could have drawn a con-

[TRANSDUCTION]

Q Et qu'est-ce que M^{me} Ball a dit, à supposer qu'elle ait dit quelque chose, lorsqu'elle les a vues cette fois?

R Elle a indiqué une photographie et a dit que la personne qui y figurait était à la station-service Mohawk la nuit où ils y étaient.

Q Je vois. Est-ce là tout ce qu'elle a dit à son sujet d'après vous?

R Elle a dit que c'était lui, que c'était le même gars.

Q Je vois. Elle a mentionné le nom de Cook à cet égard?

R Oui, elle a mentionné que cette personne avait parlé à Bernard Cook.

Compte tenu du témoignage susmentionné, je ne puis souscrire à l'affirmation de mon collègue le juge Iacobucci que le témoignage de l'agent Madden comportait deux éléments distincts, à savoir, se trouver à la station-service Mohawk et «probablement» dans l'autre automobile à St. Norbert. Je ne puis non plus souscrire à son affirmation, au par. 228, que le jury aurait pu «facilement» considérer que la mention de l'«autre automobile» concernait «non pas [...] la station-service Mohawk, mais la deuxième automobile aperçue à St. Norbert quand les Ball ont vu pour la dernière fois Cook et Weselowski vivants». À la lumière du témoignage susmentionné, je pense qu'il est exagéré d'affirmer que le jury aurait pu déduire du témoignage de l'agent Madden que M^{me} Ball situait l'appelant à St. Norbert. De plus, je ne vois pas comment ces six mots obscurs — «il conduisait probablement l'autre automobile» —, qui ont subséquentement été clarifiés à au moins huit reprises, auraient pu constituer ce qui en fin de compte avait permis au ministère public de s'acquitter de son obligation. En outre, le témoignage limité de M^{me} Ball contredit directement la déduction que l'agent Madden renvoyait au fait que M^{me} Ball avait aperçu l'appelant à St. Norbert. Madame Ball a témoigné au procès que lorsqu'elle est descendue de la voiture à St. Norbert, elle a aperçu une petite automobile près de celle qui l'avait ramenée, mais qu'elle n'a pas pu voir si quelqu'un y prenait place. Dans un échange en l'absence du jury, la cour a répété que M^{me} Ball venait de témoigner qu'elle n'avait aperçu personne dans l'automobile

trary inference from Constable Madden's testimony.

qui se trouvait à côté de celle dont elle était descendue. Puisque M^{me} Ball a clairement témoigné qu'elle n'avait pas vu le conducteur de l'automobile à St. Norbert, je ne vois pas comment le jury aurait pu déduire le contraire du témoignage de l'agent Madden.

79

Furthermore, no harm was done by Constable Madden's testimony because Jodie Giesbrecht's testimony also placed the appellant at the Mohawk station and also saw the appellant sitting in a car at the station. Moreover, any conceivable prejudice that might have been suffered by the appellant was cured by the trial judge's cautionary instruction to the jury. On this issue, he instructed the jury as follows:

De plus, aucun préjudice n'a été causé par le témoignage de l'agent Madden puisque, dans son témoignage, Jodie Giesbrecht a elle aussi situé l'appelant à la station-service Mohawk et déclaré y avoir aperçu l'appelant dans une automobile. En outre, tout préjudice théorique que l'appelant aurait pu subir a été corrigé par la mise en garde du juge du procès au jury. À ce sujet, il a dit au jury:

I think it is of some significance that Cheryl Ball was not asked if the reason she could identify the individual in photo number 5 of Exhibit 11 was because she had seen a photo, that is, photo number 3 in Exhibit 10, a week before. I think it is significant that photo number 3 in Exhibit 10 is the only one, the only photograph of the three people in Exhibit 10 repeated in Exhibit 11. It is significant, I think, that she was not told that the description she gave of the man she saw talking to Cook did not in fact fit the description of the man in photograph number 3 of Exhibit 10. It is significant, I think, as well that, in court, she did not mention Starr by name and that she was not asked to identify nor did she identify the accused, Starr, in the dock as being the man she saw at the Mohawk station. I would tell you, then, that the identification evidence of Mrs. Ball is, to say the least, extremely frail, and I would express the opinion that it does not link the accused, Starr, to the deaths of either Weselowski or Cook. However, it is for you to decide the value of her evidence.

[TRADUCTION] Je pense qu'il est révélateur dans une certaine mesure qu'on n'ait pas demandé à Cheryl Ball si la raison pour laquelle elle pouvait identifier la personne sur la photo numéro 5 de la pièce 11 était qu'elle avait vu une photo, c'est-à-dire la photo numéro 3 de la pièce 10, la semaine précédente. Je pense qu'il est significatif que la photo numéro 3 de la pièce 10 soit la seule, la seule photographie des trois personnes dans la pièce 10 que l'on retrouve également dans la pièce 11. Il est significatif, je pense, qu'on ne lui ait pas dit que la description qu'elle a donnée de l'homme qu'elle avait vu parler à Cook ne correspondait pas, en fait, à la description de l'homme figurant sur la photographie numéro 3 de la pièce 10. Je pense également qu'il est révélateur qu'en cour elle n'ait pas désigné Starr par son nom, qu'on ne lui ait pas demandé d'identifier l'accusé Starr au banc des accusés et qu'elle ne l'ait pas identifié comme étant l'homme qu'elle avait aperçu à la station-service Mohawk. Je vous dirais donc que la preuve d'identification de M^{me} Ball est, le moins qu'on puisse dire, extrêmement fragile, et j'exprimerais l'opinion qu'elle ne relie l'accusé Starr ni au décès de Weselowski ni à celui de Cook. Cependant, il vous appartient de juger de la valeur de son témoignage.

Even the appellant's own counsel characterized the introduction of the constables' testimony as much ado about not very much. Rather than characterize this evidence as the "last straw" as Twaddle J.A. did in the Court of Appeal, the appellant's counsel conceded that the case did not rise and fall with the constables' testimony.

Même l'avocat de l'appelant a qualifié de tempête dans un verre d'eau la présentation du témoignage des agents. Au lieu de considérer cette preuve comme étant ce qui en fin de compte a fait la différence, comme l'avait fait le juge Twaddle de la Cour d'appel, l'avocat de l'appelant a reconnu que l'issue de l'affaire ne dépendait pas du témoignage des agents.

In sum, given the trial judge's admonition to the jury and the appellant's admission of the marginal role that the identification evidence played, I cannot say that there is a reasonable possibility that the verdict would have been different if the alleged error had not been made. I would dismiss this ground of the appellant's appeal.

C. *The Adequacy of the Instruction to the Jury on Reasonable Doubt*

(1) *The Decisions in Lifchus and Bisson*

As Iacobucci J. ably describes, our recent decisions in *Lifchus*, *supra*, and *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306, provide the framework for a review of a trial judge's charge to the jury on reasonable doubt. I wish to emphasize the following points regarding these decisions.

In *Lifchus*, at para. 22, this Court held that the expression "beyond a reasonable doubt" must be explained to a jury. In four different manners, Cory J. articulated guidelines for how trial judges should go about explaining this concept to a jury. First, he discussed what should be avoided (at paras. 23-26). Second, Cory J. explained what should be included in the definition of reasonable doubt (at paras. 27-35). Third, Cory J. provided a summary of what the definition "should and should not contain" (at paras. 36 and 37). Iacobucci J. reproduces this list of principles in paras. 231 and 232 of his reasons. Finally, Cory J. offered a suggested charge for trial judges to use in explaining the concept of reasonable doubt to a jury (at para. 39).

Several matters are noteworthy about Cory J.'s reasons in *Lifchus* as set out above. First, in grappling with the issue of whether reasonable doubt must be explained to a jury, Cory J. acknowledged the confusing nature of this term and implicitly recognized the challenge facing trial judges in articulating it to a jury.

Somme toute, compte tenu de la mise en garde du juge du procès au jury et de la reconnaissance par l'appellant du rôle secondaire joué par la preuve d'identification, je ne saurais dire qu'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eut été différent si l'erreur alléguée n'avait pas été commise. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel de l'appellant.

C. *Le caractère suffisant de la directive au jury sur le doute raisonnable*

(1) *Les arrêts Lifchus et Bisson*

Comme le décrit fort bien le juge Iacobucci, nos arrêts récents *Lifchus*, précité, et *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306, établissent un cadre d'analyse de l'exposé du juge du procès au jury sur le doute raisonnable. Je tiens à souligner les points suivants en ce qui a trait à ces arrêts.

Dans *Lifchus*, au par. 22, notre Cour a statué que l'expression «hors de tout doute raisonnable» doit être expliquée au jury. Le juge Cory a formulé, de quatre manières différentes, des lignes directrices sur la façon dont le juge du procès devrait s'y prendre pour expliquer ce concept à un jury. En premier lieu, il a analysé ce qui devrait être évité (aux par. 23 à 26). En deuxième lieu, le juge Cory a expliqué ce que devrait comporter la définition du doute raisonnable (aux par. 27 à 35). En troisième lieu, il a fait un résumé de ce que la définition «devrait et ne devrait pas contenir» (aux par. 36 et 37). Le juge Iacobucci reproduit cette liste de principes aux par. 231 et 232 de ses motifs. Enfin, le juge Cory a proposé un modèle d'exposé que pourraient suivre les juges du procès appelés à expliquer le concept du doute raisonnable à un jury (au par. 39).

Plusieurs points méritent d'être relevés au sujet des motifs susmentionnés du juge Cory dans l'arrêt *Lifchus*. Premièrement, en débattant la question de savoir si le doute raisonnable doit être expliqué à un jury, le juge Cory a remarqué combien cette expression est déroutante et il a reconnu implicitement le défi que doit relever le juge du procès appelé à l'expliquer au jury.

80

81

82

83

84 Second, I believe it is notable that in articulating how the expression “reasonable doubt” should be explained to the jury, Cory J. generally employed the words “should” and “should not” rather than the imperative “must” and “must not”: *Lifchus*, *supra*, at paras. 23, 26, 28, 29, 31, 33, 35, 36 and 37. I cannot believe that Cory J. intended to use “should” and “must” interchangeably so as to make his list of items that “should be avoided” equivalent to a list of items that are prohibited and the inclusion of which automatically constitutes reversible error. I find support for this position in Cory J.’s statement that the equation of the term “moral certainty” with “reasonable doubt” in a trial judge’s charge to the jury “although not necessarily fatal to a charge on reasonable doubt, should be avoided” (para. 25 (emphasis added)).

85 Third, Cory J. stated expressly that “[a]ny form of instruction that complied with the applicable principles and avoided the pitfalls referred to would be satisfactory” (para. 40). He did not view his suggested charge as a “magic incantation that needs to be repeated word for word” (para. 40).

86 Fourth, and most importantly, Cory J. expressly stated that “an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error” (para. 41). He reiterated this Court’s statement in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 758, that the verdict ought not be disturbed “if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply”. Cory J. explained that “[o]n the other hand, if the charge as a whole gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, then as a general rule the verdict will have to be set aside and a new trial directed” (para. 41).

87 Two further annotations to *Lifchus* are necessary. *Lifchus*, at para. 27, emphasized the need for the trial judge to link the standard of proof beyond a reasonable doubt to

Deuxièmement, il faut souligner que, pour décrire comment l’expression «doute raisonnable» devrait être expliquée au jury, le juge Cory a généralement employé les mots «devrait» et «ne devrait pas» au lieu des mots «doit» et «ne doit pas»: *Lifchus*, précité, aux par. 23, 26, 28, 29, 31, 33, 35, 36 et 37. Il m’est difficile de croire que le juge Cory a entendu employer les mots «devrait» et «doit» indifféremment de façon à assimiler sa liste de ce qui «devrai[t] être évit[é]» à une liste de ce qui est interdit et dont l’inclusion constitue automatiquement une erreur donnant ouverture à révision. Mon point de vue à ce sujet est étayé par l’affirmation du juge Cory que le fait d’assimiler la «certitude morale» au «doute raisonnable» dans l’exposé du juge du procès au jury, bien qu’il «ne soit pas nécessairement fata[l] à la validité d’un exposé sur le doute raisonnable [. . .] devrait être évit[é]» (par. 25 (je souligne)).

Troisièmement, le juge Cory a précisé que «[t]oute autre forme de directives qui respecterait les principes applicables et éviterait les écueils mentionnés précédemment conviendrait» (par. 40). Il ne percevait pas l’exposé qu’il proposait comme «une formule magique qui doit être reprise mot pour mot» (par. 40).

Quatrièmement, et qui plus est, le juge Cory a expressément dit qu’«il est possible qu’une erreur dans les directives sur la norme de preuve ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision» (par. 41). Il a réitéré l’énoncé de notre Cour dans l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758, selon lequel le verdict n’a pas à être changé «si l’exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s’appliquent». Le juge Cory a expliqué que «[p]ar contre, si l’exposé, considéré dans son ensemble, soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable, alors, en règle générale, le verdict doit être annulé et un nouveau procès doit être ordonné» (par. 41).

Deux autres remarques s’imposent concernant l’arrêt *Lifchus*. Dans cet arrêt, au par. 27, on a souligné la nécessité que le juge du procès lie la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable

that basic premise which is fundamental to all criminal trials: the presumption of innocence. The two concepts are forever as closely linked as Romeo with Juliet or Oberon with Titania and they must be presented together as a unit . . . Jurors must be reminded that the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused committed the crime rests with the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused.

In addition, Cory J. stated that jurors “must be advised that the Crown is not required to prove its case to an absolute certainty since such an unrealistically high standard could seldom be achieved” (para. 31).

Bisson, supra, applied the *Lifchus* principles to the problems that arise when examples are given to illustrate the phrase “beyond a reasonable doubt”. In *Bisson*, the trial judge’s charge ran afoul of *Lifchus* because it contained numerous misstatements. First, the charge stated that a reasonable doubt consists of [TRANSLATION] “a degree of certainty which you use every day, in your important activities, whether at work, at home or in your leisure activities. It is a degree of certainty which you employ, which you have used since you reached the age of reason, without perhaps having dissected it as we are doing at present” (para. 3). Under *Lifchus*, at paras. 23-24, such a statement was clearly wrong. Second, this misstatement was compounded rather than cured by looking at the charge as a whole: *Bisson*, at para. 9. The charge proceeded to provide an example of the steps taken in order to determine the level of oil in an automobile (at paras. 3 and 4). The charge then reiterated its earlier error, stating, [TRANSLATION] “the degree of certainty that is required before concluding that someone is guilty of something, is exactly the same degree of certainty, certainty beyond a reasonable doubt, as the degree of certainty you use in important activities in your life. Reasonable doubt is no more than that, it is no less than that” (para. 4).

Cory J. discussed the problems that examples may create, noting that the example used seemed to suggest to jurors that they can apply the same

au principe fondamental de tous les procès pénaux: la présomption d’innocence. Ces deux concepts sont pour toujours intimement liés l’un à l’autre, comme Roméo et Juliette ou Oberon et Titania, et ils doivent être présentés comme formant un tout. [. . .] Il faut rappeler aux jurés que le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé a commis le crime incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu’il ne se déplace jamais sur les épaules de l’accusé.

Le juge Cory a ajouté qu’«il faut [. . .] informer [les jurés] que le ministère public n’est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue, étant donné qu’une norme aussi déraisonnablement élevée pourrait rarement être respectée» (par. 31).

Dans l’arrêt *Bisson*, précité, les principes de l’arrêt *Lifchus* ont été appliqués aux problèmes qui se posent lorsque des exemples sont proposés pour illustrer l’expression «hors de tout doute raisonnable». Dans l’affaire *Bisson*, l’exposé du juge du procès allait à l’encontre de l’arrêt *Lifchus* parce qu’il comportait de nombreuses inexactitudes. Premièrement, on y affirmait qu’un doute raisonnable «est un degré de certitude que vous utilisez chaque jour, dans vos activités importantes, que ce soit au travail, à la maison ou dans vos loisirs. C’est un degré de certitude que vous employez, que vous avez utilisé depuis que vous avez l’âge de raison, sans peut-être en avoir fait la dissection comme on le fait présentement» (par. 3). Selon l’arrêt *Lifchus*, aux par. 23 et 24, un tel énoncé était clairement erroné. Deuxièmement, cette inexactitude était aggravée plutôt que corrigée lorsqu’on examinait l’exposé dans son ensemble: *Bisson*, au par. 9. On y donnait un exemple des étapes à suivre pour vérifier le niveau d’huile d’une automobile (aux par. 3 et 4). On y répétait l’erreur qui y avait déjà été commise, en affirmant: «le degré de certitude que l’on exige avant de conclure que quelqu’un est coupable de quelque chose, c’est exactement le même degré de certitude, la certitude hors de tout doute raisonnable que le degré de certitude que vous utilisez dans les activités importantes de votre vie. Le doute raisonnable c’est pas plus que ça, c’est pas moins que ça» (par. 4).

Le juge Cory a analysé les problèmes que des exemples peuvent créer, soulignant que l’exemple utilisé laisse entendre aux jurés que, pour statuer

standard they would use in everyday, routine decisions to the determination of guilt beyond a reasonable doubt (at para. 7). The trial judge in *Bisson* erred in providing an example because it invited the jurors to apply a standard of proof significantly lower than the standard to which the prosecution must be held in a criminal case (at para. 8). Cory J. then noted that an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error if the charge when read as a whole does not give rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof (at para. 9). Looking at the instructions in their entirety, the Court concluded that a reasonable likelihood existed that the jury misapprehended the correct standard of proof (at para. 10).

sur la culpabilité hors de tout doute raisonnable, ils peuvent appliquer la même norme que celle qu'ils utiliseraient pour prendre des décisions dans la vie de tous les jours (au par. 7). Dans l'affaire *Bisson*, le juge du procès a commis une erreur en donnant un exemple, du fait qu'on y invitait les jurés à appliquer une norme de preuve sensiblement moins élevée que la norme que la poursuite est tenue d'appliquer en matière criminelle (au par. 8). Le juge Cory a ensuite fait remarquer qu'une erreur dans les directives sur la norme de preuve pouvait ne pas constituer une erreur donnant ouverture à révision si l'exposé, considéré dans son ensemble, ne soulève aucune probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable (au par. 9). Après avoir examiné les directives dans leur ensemble, la Cour a conclu qu'il existait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable (au par. 10).

90 I believe that these are the relevant principles to apply in considering the propriety of a charge to the jury on proof beyond a reasonable doubt.

Je crois que ce sont là les principes qui doivent être appliqués lorsqu'il s'agit d'examiner la justesse d'un exposé au jury sur la preuve hors de tout doute raisonnable.

(2) The Adequacy of the Reasonable Doubt Charge in This Case

(2) Le caractère suffisant de l'exposé sur le doute raisonnable en l'espèce

91 In determining the adequacy of the reasonable doubt charge in this case, I find the reasons of Sharpe J.A. in the recent case of *R. v. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182 (C.A.), particularly helpful because the charge in that case was strikingly similar to the one at issue before us. I would adopt Sharpe J.A.'s holding, at p. 194, that "[w]hile trial judges are now expected to follow the *Lifchus* model charge, failure to do so in cases tried before *Lifchus*, *supra*, does not constitute reversible error if the charge conveys to the jury the special meaning attached to reasonable doubt".

Pour déterminer le caractère suffisant de l'exposé sur le doute raisonnable en l'espèce, je considère que les motifs du juge Sharpe dans l'arrêt récent *R. c. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182 (C.A.), sont particulièrement utiles parce que l'exposé qui avait été fait dans cette affaire ressemblait remarquablement à celui dont nous avons été saisis en l'espèce. Je souscris à la conclusion du juge Sharpe, à la p. 194, que [TRADUCTION] «[b]ien que les juges du procès soient désormais censés suivre le modèle d'exposé de l'arrêt *Lifchus*, l'omission de le faire dans des affaires entendues avant l'arrêt *Lifchus*, précité, ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision, si l'exposé transmet au jury le sens particulier qui est prêté au doute raisonnable».

92 Despite not having the benefit of this Court's decision in *Lifchus*, the trial judge included most of the suggested elements in his charge to the jury.

Bien qu'il n'ait pas bénéficié de la décision de notre Cour dans l'affaire *Lifchus*, le juge du procès a inclus la plupart des éléments proposés dans son

I agree with the conclusion of the Court of Appeal that the charge met the key requirements of *Lifchus* and that the flaws in the charge do not vitiate it. For reference, I will set out the impugned portion of the charge below:

It is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the burden of proof on the Crown is only to prove the guilt of the accused beyond reasonable doubt. What, then, is proof beyond a reasonable doubt?

The words “reasonable doubt” are used in their everyday, ordinary sense and not as a legal term having some special connotation. The words have no magic meaning that is peculiar to the law. A reasonable doubt is an honest, fair doubt, based upon reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous one resting on speculation or guess rather than upon the evidence you heard in this courtroom.

So you can see, the words “reasonable doubt” are ordinary words we use in our everyday language. So if you can say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has met the onus upon it. If you cannot say those words — if you cannot say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has not met the onus on it, and the accused is entitled to have your doubt resolved in his favour.

It is clear from the above selection that, like in *Tombran, supra*, the trial judge succeeded, without the benefit of our decision in *Lifchus*, in complying with most of its guidelines. This portion of the charge instructed the jurors that a reasonable doubt must not be an imaginary or frivolous doubt (*Lifchus*, at para. 31); that it is a doubt based upon reason and common sense (*Lifchus*, at para. 30); that it must be based on the evidence that the jurors heard in the courtroom (*Lifchus*, at para. 30); and that the Crown is not required to prove its case to absolute certainty (*Lifchus*, at para. 31). This portion of the charge did not equate proof beyond a reasonable doubt to proof to a moral certainty (*Lifchus*, at paras. 25 and 37); nor did it instruct jurors that they might convict if they were “sure” that the accused was guilty (*Lifchus*, at para. 37);

exposé au jury. Je souscris à la conclusion de la Cour d’appel que l’exposé satisfaisait aux exigences fondamentales de l’arrêt *Lifchus* et que ses lacunes ne l’invalident pas. Pour en faciliter la consultation, je reproduis la partie contestée de l’exposé qui a été fait:

[TRADUCTION] Il est rarement possible d’établir quelque chose avec une certitude absolue, de sorte que le ministère public n’a qu’à établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. En quoi consiste donc la preuve hors de tout doute raisonnable?

L’expression «doute raisonnable» est utilisée dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas en tant qu’expression juridique ayant une connotation particulière. Cette expression n’a aucun sens magique propre au droit. Un doute raisonnable est un doute sincère et légitime qui est fondé sur la raison et le bon sens. C’est un doute réel et non pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions plutôt que sur les témoignages que vous avez entendus dans cette salle d’audience.

Vous pouvez ainsi constater que les mots «doute raisonnable» sont des mots ordinaires que nous utilisons dans la vie de tous les jours. Donc, si vous pouvez dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public s’est acquitté de l’obligation qui lui incombait. Si vous ne pouvez pas prononcer ces mots — si vous ne pouvez pas dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public ne s’est pas acquitté de l’obligation qui lui incombait et tout doute doit être tranché en faveur de l’accusé.

Il ressort clairement de l’extrait qui précède que, comme cela avait été le cas dans l’affaire *Tombran*, précité, le juge du procès a réussi, sans avoir eu le bénéfice de notre arrêt *Lifchus*, à en respecter la plupart des lignes directrices. Cette partie de l’exposé indiquait aux jurés qu’un doute raisonnable ne doit pas être imaginaire ou frivole (*Lifchus*, au par. 31), que c’est un doute fondé sur la raison et le bon sens (*Lifchus*, au par. 30), qu’il doit reposer sur la preuve que les jurés ont entendue dans la salle d’audience (*Lifchus*, au par. 30), et que le ministère public n’est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue (*Lifchus*, au par. 31). Cette partie de l’exposé n’a pas assimilé la preuve hors de tout doute raisonnable à une preuve correspondant à la certitude morale (*Lifchus*, aux par. 25 et 37), pas plus qu’elle n’a

nor did it invite jurors to apply the same standard of proof that they apply to important decisions in their own lives (*Lifchus*, at para. 37; *Bisson*, *supra*). Elsewhere in his charge, the trial judge exhorted the jury to put any feelings of prejudice or sympathy out of their minds (*Lifchus*, at paras. 31 and 36).

indiqué aux jurés qu'ils pourraient déclarer l'accusé coupable s'ils étaient «sûrs» de sa culpabilité (*Lifchus*, au par. 37) ou invité les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu'ils utilisent pour prendre des décisions importantes dans leur propre vie (*Lifchus*, au par. 37; *Bisson*, précité). Ailleurs dans son exposé, le juge du procès a incité les jurés à se libérer l'esprit de tout préjugé ou de toute sympathie (*Lifchus*, aux par. 31 et 36).

94 The trial judge's charge, however, was not flawless. Specifically, we must examine the effect of the trial judge's misstatement that the words "reasonable doubt" are used in their everyday, ordinary sense and have no special legal meaning. It is asserted that this flaw in the charge, together with the failure of the trial judge to state expressly that the Crown was required to do more than prove the appellant's guilt on a balance of probabilities, constitutes reversible error. With respect, I cannot agree.

L'exposé du juge du procès n'était toutefois pas sans lacunes. Plus précisément, il nous faut examiner l'effet de l'assertion inexacte du juge du procès que les mots «doute raisonnable» sont utilisés dans leur sens ordinaire de tous les jours et n'ont pas de sens juridique particulier. On affirme que cette lacune dans l'exposé, conjuguée à l'omission du juge du procès de préciser que le ministère public était tenu de faire plus qu'établir la culpabilité de l'appelant selon la prépondérance des probabilités, constitue une erreur donnant ouverture à révision. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

95 The verdict ought not to be disturbed because the charge, "when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply": *W. (D.)*, *supra*, at p. 758; *Lifchus*, at para. 41. While the judge told the jury that the words "reasonable doubt" had no special meaning, this was a harmless error because he proceeded to give them all the legal information they required. The jury knew the accused was presumed innocent, they knew the standard of proof was very high — a standard just below absolute certainty — and they knew that they could not convict on a balance of probabilities. Cory J.'s objection to the "no special meaning" instruction in *Lifchus* was founded on the danger that the jury might judge on the basis of their everyday affairs: see *Bisson*, *supra*. This danger was obviated in this case by the trial judge's instruction. Therefore, the charge as a whole does not give rise to the reasonable

Le verdict n'a pas à être cassé puisque l'exposé, «considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas avoir mal compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent»: *W. (D.)*, précité, à la p. 758; *Lifchus*, au par. 41. Même si le juge du procès a dit aux jurés que les mots «doute raisonnable» n'ont aucun sens particulier, il s'agit d'une erreur inoffensive puisqu'il leur a ensuite fourni tous les renseignements juridiques dont ils avaient besoin. Le jury savait que l'accusé était présumé innocent, il savait que la norme de preuve était très élevée — une norme juste au-dessous de la certitude absolue — et il savait qu'il ne pouvait pas conclure à la culpabilité selon la prépondérance des probabilités. L'objection du juge Cory concernant la directive sur l'absence de sens juridique particulier, donnée dans l'arrêt *Lifchus*, était fondée sur le risque que les membres du jury portent un jugement comme ils le font dans leur vie de tous les jours: voir *Bisson*, précité. En l'espèce, la directive du juge du procès a paré à ce risque. Par conséquent, l'exposé dans son ensemble ne soulève aucune probabilité raisonnable que le

likelihood that the jury misapprehended the standard of proof: *Lifchus, supra*.

What is essential is that the charge communicate clearly to the jury that they cannot find the accused guilty on a balance of probabilities. I believe that the charge did this. The opening sentence of the charge clearly implies that proof beyond a reasonable doubt is just one notch lower than absolute certainty; it is the highest level of proof that can be humanly achieved. This negates any suggestion that proof on a balance of probabilities might suffice. “[R]eading the charge as a whole, this jury could not have been left with any doubt that the burden was on the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt rather than on a mere balance of probabilities”: *Tombran, supra*, at p. 194.

Moreover, the charge complied with *Lifchus*’s first principle that it must be made clear to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably linked to the presumption of innocence and that this burden never shifts to the accused: *Lifchus*, at para. 27. The relevant portion of the trial judge’s charge on this point is:

Let me first emphasize the presumption of innocence. Simply put, the accused is presumed to be innocent and he continues to be and remain innocent unless and until the Crown has satisfied you beyond reasonable doubt of his guilt. This presumption remains with the accused and for his benefit from the beginning of the case until the end of the case. The onus of proving guilt rests upon the Crown from the beginning to the end of the case and it never shifts. There is no burden whatsoever on the accused to prove his innocence. The Crown must prove beyond a reasonable doubt that an accused person is guilty of the offence or offences with which he is charged before he can be convicted.

In light of the trial judge’s compliance with the bulk of the principles enunciated in *Lifchus*, I am loath to find that the charge was automatically viti-

jury ait mal compris la norme de preuve: *Lifchus*, précité.

L’essentiel, c’est que l’exposé indique clairement au jury qu’il ne peut pas conclure à la culpabilité de l’accusé selon la prépondérance des probabilités. Je crois que l’exposé l’a clairement fait. La première phrase de l’exposé implique clairement que la preuve hors de tout doute raisonnable se situe juste au-dessous de la certitude absolue; c’est la norme de preuve la plus élevée qu’il est humainement possible d’atteindre. Cela écarte toute idée qu’une preuve selon la prépondérance des probabilités pourrait suffire. [TRADUCTION] «[S]i on lit l’exposé dans son ensemble, le jury ne pouvait pas douter qu’il incombait au ministère public de prouver chaque élément de l’infraction hors de tout doute raisonnable plutôt que selon la simple prépondérance des probabilités»: *Tombran*, précité, à la p. 194.

De plus, l’exposé a respecté le premier principe de l’arrêt *Lifchus* selon lequel il faut indiquer clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d’innocence et que ce fardeau ne se déplace jamais sur les épaules de l’accusé: *Lifchus*, au par. 27. La partie pertinente de l’exposé du juge du procès sur ce point est la suivante:

[TRADUCTION] J’aimerais d’abord souligner la présomption d’innocence. Tout simplement, l’accusé est présumé innocent et continue de l’être tant et aussi longtemps que le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité. L’accusé bénéficie de cette présomption du début jusqu’à la fin de l’affaire. Le fardeau de prouver la culpabilité incombe au ministère public du début à la fin de l’affaire, et ce fardeau ne se déplace jamais. L’accusé n’a absolument aucune obligation de prouver son innocence. Pour que la personne accusée puisse être déclarée coupable, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable qu’elle est coupable de l’infraction ou des infractions qui lui sont reprochées.

Compte tenu du fait que le juge du procès a respecté la plupart des principes énoncés dans l’arrêt *Lifchus*, j’hésite à conclure que l’exposé était auto-

96

97

98

ated by the failure to include a specific item mentioned in *Lifchus* or by the inclusion of an improper item. To do so would contravene our holding that “an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error”: *Lifchus*, at para. 41.

matiquement invalidé par l’omission d’inclure un élément particulier mentionné dans l’arrêt *Lifchus* ou par l’inclusion d’un élément inapproprié. Une telle conclusion irait à l’encontre de notre décision qu’«il est possible qu’une erreur dans les directives sur la norme de preuve ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision»: *Lifchus*, au par. 41.

99 Jurors are sophisticated persons who are instructed to listen to and follow the entirety of the judge’s charge to them. We must assume that they do so. It would ill behoove a reviewing court to do exactly what the jury is commanded not to do and isolate a phrase or a small section of the charge, ignoring the whole of it. I do not believe that is what Cory J. intended in *Lifchus*. Rather, he was attempting to provide guidance to trial judges in the extremely difficult task of articulating what is proof beyond a reasonable doubt and communicating this standard to the jury.

Les jurés sont des personnes averties qui sont chargées d’écouter et de suivre tout l’exposé que leur fait le juge. Nous devons présumer qu’ils le font. Un tribunal d’examen serait mal venu de faire exactement ce qu’on interdit à un jury de faire, et d’isoler une expression ou une petite partie de l’exposé sans tenir compte de l’ensemble de cet exposé. Je ne crois pas que c’est ce que le juge Cory envisageait dans *Lifchus*. Il tentait plutôt de guider les juges du procès dans la tâche extrêmement ardue qui leur incombe d’expliquer clairement ce qu’est la preuve hors de tout doute raisonnable et de communiquer cette norme au jury.

100 *Lifchus* should be viewed as a broad template for trial judges to assist them in their difficult task. Cory J.’s suggestions provide a touchstone for comparison for courts in reviewing jury charges. However, reviewing courts must resist the temptation to use the *Lifchus* suggestions as a mandatory checklist. The tendency to do so is natural and understandable as it would make the task of reviewing a jury charge far easier. However, a jury charge is not a multiple choice exam that can be marked by a computer. Rather, it is akin to a work of literature that must be studied in its entirety in order to evaluate it as a whole.

L’arrêt *Lifchus* devrait être perçu comme un modèle général destiné à aider les juges du procès à s’acquitter de leur tâche difficile. Les propositions du juge Cory fournissent un élément de comparaison au tribunal qui examine un exposé au jury. Le tribunal qui procède à un tel examen doit toutefois résister à la tentation d’utiliser les propositions de l’arrêt *Lifchus* comme une liste de contrôle obligatoire. Il s’agit là d’une tendance naturelle et compréhensible puisque cela faciliterait grandement l’examen d’un exposé au jury. Cependant, un exposé au jury n’est pas un test à choix multiples susceptible d’être corrigé par ordinateur. Il s’apparente plutôt à une œuvre littéraire qu’il faut étudier en entier dans le but de l’évaluer dans son ensemble.

101 Examining the charge in its entirety, I do not find that a reasonable likelihood existed that the jury misapprehended the correct standard of proof. Accordingly, I would dismiss this ground of appeal.

Après avoir examiné l’exposé en entier, je conclus qu’il n’y avait aucune probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter ce moyen d’appel.

III. Disposition

I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction and Summary

The appellant, Robert Starr, was convicted at trial before a judge and jury of two counts of first degree murder. He had been accused of killing Bernard (Bo) Cook and Darlene Weselowski by shooting them by the side of a provincial highway on the outskirts of Winnipeg in the early morning hours of August 21, 1994.

This appeal was originally taken as of right from the decision of the Manitoba Court of Appeal, dismissing the appellant's appeal from the two convictions. Twaddle J.A. dissented in the Court of Appeal on two distinct hearsay issues and on the sufficiency of the trial judge's charge to the jury on the issue of reasonable doubt, which are the issues that form the basis for this appeal. Twaddle J.A. would have allowed the appeal and ordered a new trial. On November 9, 1999, the Court ordered a re-hearing of the appeal, and, by letter dated November 18, 1999, invited submissions on the application of the "principled approach" to the traditional hearsay exceptions, and on the scope of the common law exception for statements of present intention.

As a general matter, I agree with the lucid reasons of Twaddle J.A., and with the remedy he proposed. However, because this case raises important issues regarding the admissibility of hearsay evidence, including, in particular, the question of whether exceptions to the hearsay rule must conform to the principled approach to hearsay admis-

III. Dispositif

Je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction et résumé

À son procès devant un juge et un jury, l'appelant Robert Starr a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Il avait été accusé d'avoir tué Bernard (Bo) Cook et Darlene Weselowski en les abattant sur l'accotement d'une route provinciale aux abords de Winnipeg, aux petites heures du matin, le 21 août 1994.

Il s'agit d'un pourvoi qui, au départ, a été formé de plein droit contre l'arrêt dans lequel la Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel que l'appelant avait interjeté contre les deux déclarations de culpabilité. En Cour d'appel, le juge Twaddle a exprimé une dissidence relativement à deux questions différentes en matière de oui-dire et au caractère suffisant de l'exposé du juge du procès au jury sur la question du doute raisonnable, lesquelles questions constituent le fondement du présent pourvoi. Le juge Twaddle aurait accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le 9 novembre 1999, la Cour a ordonné la tenue d'une nouvelle audition du pourvoi et, dans une lettre datée du 18 novembre 1999, elle a invité les parties à lui présenter des observations sur l'application de la «méthode fondée sur des principes» aux exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire et sur la portée de l'exception de common law relative aux déclarations d'intention existante.

De façon générale, je souscris aux motifs clairs du juge Twaddle et à la réparation qu'il propose. Je vais cependant exposer mes motifs en détail, étant donné que la présente affaire soulève des questions importantes au sujet de l'admissibilité de la preuve par oui-dire, notamment la question de savoir si les exceptions à la règle du oui-dire doivent être con-

102

103

104

105

sibility adopted by this Court in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and subsequent cases, I will set out my reasons in some detail. The appeal also provides a useful opportunity to comment upon the proper application of the principles set out by this Court in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, regarding the appropriate manner of instructing a jury on reasonable doubt. This is particularly important in light of the frequency with which this issue has arisen of late, particularly in *R. v. Russell*, S.C.C., No. 26699 (heard November 5, 1999), *R. v. Beauchamp*, S.C.C., No. 27075 (heard December 8, 1999), and *R. v. Avetysan*, S.C.C., No. 27279 (heard January 28, 2000).*

formes à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oui-dire, que notre Cour a adoptée dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et d'autres arrêts subséquents. Le présent pourvoi fournit également une occasion utile de faire des observations sur la bonne façon d'appliquer les principes que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, relativement à la manière appropriée de donner au jury des directives sur le doute raisonnable. Cela est particulièrement important compte tenu de la fréquence à laquelle cette question a été soulevée dernièrement, notamment dans les affaires *R. c. Russell*, C.S.C., n° 26699 (entendue le 5 novembre 1999), *R. c. Beauchamp*, C.S.C., n° 27075 (entendue le 8 décembre 1999), et *R. c. Avetysan*, C.S.C., n° 27279 (entendue le 28 janvier 2000)*.

106

In the result, I conclude that the Court of Appeal erred in admitting the statement in question under the “present intentions” exception to the hearsay rule. However, *Khan*, *supra*, and subsequent cases have established that hearsay that does not fit within a traditional exception may nonetheless be admissible if it meets the twin criteria of reliability and necessity. This case therefore requires that we determine the admissibility of evidence under the principled approach, and more particularly, the interaction between the principled approach and the traditional exceptions. In so doing, I conclude that hearsay that does fit within a traditional hearsay exception, as currently understood, may still be inadmissible if it is not sufficiently reliable and necessary. The traditional exception must therefore yield to comply with the principled approach.

En définitive, je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en admettant la déclaration en question en vertu de l'exception des «intentions existantes» à la règle du oui-dire. Cependant, l'arrêt *Khan*, précité, et d'autres arrêts subséquents ont établi que la preuve par oui-dire qui ne relève pas d'une exception traditionnelle peut néanmoins être admissible si elle satisfait aux deux critères de la fiabilité et de la nécessité. La présente affaire nous oblige donc à déterminer l'admissibilité de la preuve selon la méthode fondée sur des principes et, plus particulièrement, la nature de l'interaction de cette méthode et des exceptions traditionnelles. Ce faisant, je conclus que la preuve par oui-dire qui relève effectivement d'une exception traditionnelle à la règle du oui-dire, dans son sens actuel, peut néanmoins être inadmissible si elle n'est pas suffisamment fiable et nécessaire. L'exception traditionnelle doit donc céder le pas afin d'assurer la conformité avec la méthode fondée sur des principes.

107

With respect to the jury instructions on the phrase “beyond a reasonable doubt”, as set out in *Lifchus*, *supra*, an instruction like the one in this case, which fails to explain that the beyond a reasonable doubt standard has special legal signifi-

Quant aux directives au jury sur l'expression «hors de tout doute raisonnable», qui ont été énoncées dans l'arrêt *Lifchus*, précité, une directive comme celle dont il est question en l'espèce ne satisfait pas à la norme de l'arrêt *Lifchus* étant

**R. v. Russell*, 2000 SCC 55, *R. v. Beauchamp*, 2000 SCC 54, and *R. v. Avetysan*, 2000 SCC 56, were released November 10, 2000.

**R. c. Russell*, 2000 CSC 55, *R. c. Beauchamp*, 2000 CSC 54, et *R. c. Avetysan*, 2000 CSC 56, ont été rendus le 10 novembre 2000.

cance and requires a significantly higher quantum of proof than the balance of probabilities, will not satisfy the *Lifchus* standard.

II. Factual Background

Bernard Cook and Darlene Weselowski were drinking with the appellant at the Westbrook Hotel in the north end of Winnipeg during the late evening and early morning of August 20-21, 1994. Cook had been released from prison the previous day. A witness, Janet Daly, testified that at around 1:50 a.m., the appellant stood up and told Cook: "If we are going to get this done, we better get this done now." Cook, Weselowski, and the appellant then left the hotel.

Cook and Weselowski parted ways with the appellant. Outside, Cook and Weselowski offered a couple named Cheryl and Daniel Ball a ride home in Weselowski's station wagon to the Balls' residence in St. Norbert, a 20 to 30 minute drive away. Cook and Weselowski were intoxicated. Cook's blood-alcohol content at the time of his death, around 3:00 a.m., was .250. Weselowski's was .140. By Cheryl Ball's account at trial, the Balls were also "really, really drunk".

Weselowski drove, and the group first stopped at an adjacent Mohawk gas station, where Jodie Giesbrecht, a sometime girlfriend of Cook, approached the station wagon and had a conversation with Cook. During the conversation, Giesbrecht observed a car beside the Mohawk gas station, and saw the appellant in the car. She could not determine whether anyone else was in the car with the appellant. A day or two later, Giesbrecht saw a picture in the newspaper of what she believed was the car in which she had seen the appellant. The car had been found at the scene of the murder. After seeing the picture, Giesbrecht phoned the police and told them she had seen the car on the

donné qu'on n'y explique pas que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a un sens juridique particulier et requiert un degré de preuve beaucoup plus élevé que la prépondérance des probabilités.

II. Les faits

Bernard Cook et Darlene Weselowski prenaient un verre avec l'appellant à l'hôtel Westbrook, dans le secteur nord de Winnipeg, à la fin de la soirée du 20 août 1994 et aux petites heures du matin du 21 août. Cook était sorti de prison la veille. Un témoin, Janet Daly, a affirmé que, vers 1 h 50, l'appellant s'était levé et avait dit à Cook: [TRADUCTION] «Si nous devons le faire, il vaut mieux le faire maintenant.» Cook, Weselowski et l'appellant ont alors quitté l'hôtel.

Cook et Weselowski se sont séparés de l'appellant. À l'extérieur, Cook et Weselowski ont offert au couple Cheryl et Daniel Ball de les raccompagner chez eux, à St. Norbert, dans la familiale de Weselowski, ce qui représentait un trajet de 20 à 30 minutes. Cook et Weselowski étaient ivres. Au moment de son décès, vers 3 h, le taux d'alcoolémie de Cook était de 0,250. Celui de Weselowski était de 0,140. Selon le récit de Cheryl Ball au procès, les Ball étaient aussi [TRADUCTION] «vraiment, vraiment ivres».

Weselowski a pris le volant et le groupe a fait un premier arrêt à la station-service Mohawk voisine, où Jodie Giesbrecht, qui fréquentait Cook à l'occasion, s'est approchée de la familiale et s'est entretenue avec Cook. Pendant cette conversation, Giesbrecht a remarqué la présence d'une automobile à côté de la station-service Mohawk et a aperçu l'appellant à l'intérieur de celle-ci. Elle n'a pas pu voir si l'appellant était en compagnie de quelqu'un d'autre dans l'automobile. Le lendemain ou le surlendemain, Giesbrecht a cru reconnaître, sur une photo dans le journal, l'automobile dans laquelle elle avait aperçu l'appellant. Cette automobile avait été découverte sur les lieux du meurtre. Après avoir vu la photo, Giesbrecht a téléphoné à la police pour l'informer que, pendant la nuit du 20 au 21 août 1994, elle avait aperçu l'automobile en

108

109

110

night of August 20-21, 1994 at the Mohawk gas station, with the appellant in it.

question à la station-service Mohawk et que l'appelant s'y trouvait.

111 Giesbrecht had spent part of the previous evening with Cook, just after his release from prison. She had been sitting with Cook and the appellant at the Westbrook Hotel about 45 minutes before Cook left the hotel with Weselowski. Giesbrecht testified that she attempted to avoid being seen by Cook as she approached the car, because she did not want Cook "to take off on me while he was with Darlene [Weselowski]". In their discussion beside the station wagon, Cook told Giesbrecht that he was driving the Balls home with Weselowski. Giesbrecht became angry with Cook because he was out with Weselowski rather than her, and she walked away from the car. Cook got out of the car and followed Giesbrecht into a laneway, where they had a further conversation. Giesbrecht asked Cook why he would not come home with her. According to Giesbrecht, Cook replied that he had to "go and do an Autopac scam with Robert". Giesbrecht understood "Robert" to be the appellant. Cook said he was to receive \$500 for his involvement in wrecking a car for insurance purposes. Giesbrecht testified that it was strange for Cook to discuss business matters like this with her.

Giesbrecht avait passé une partie de la soirée précédente avec Cook, juste après sa sortie de prison. Elle était assise avec Cook et l'appelant à l'hôtel Westbrook depuis environ 45 minutes lorsque Cook a quitté l'hôtel avec Weselowski. Giesbrecht a témoigné qu'elle avait tenté d'éviter que Cook la voie pendant qu'elle s'approchait de l'automobile, parce qu'elle ne voulait pas qu'il la [TRADUCTION] «fuie alors qu'il se trouvait avec Darlene [Weselowski]». Au cours de leur discussion à côté de la familiale, Cook a dit à Giesbrecht qu'il raccompagnait les Ball chez eux avec Weselowski. Giesbrecht s'est mise en colère contre Cook parce qu'il était en compagnie de Weselowski au lieu d'être avec elle, et s'est éloignée de l'automobile. Cook est descendu de l'auto et a suivi Giesbrecht dans une ruelle, où ils ont eu une autre conversation. Giesbrecht a demandé à Cook pourquoi il ne la raccompagnerait pas chez elle. Selon Giesbrecht, Cook a répondu qu'il devait [TRADUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert». Giesbrecht a compris que «Robert» était l'appelant. Cook a dit qu'il toucherait 500 \$ pour aider à envoyer une automobile à la ferraille à des fins d'assurance. Giesbrecht a témoigné que Cook n'avait pas coutume de discuter d'affaires de ce genre avec elle.

112 At trial, the defence unsuccessfully sought to exclude as hearsay Giesbrecht's testimony regarding Cook's stated intent to participate in an Autopac scam with the appellant.

Au procès, la défense a tenté en vain de faire écarter, en tant que oui-dire, le témoignage de Giesbrecht au sujet de l'intention explicite de Cook de participer à une fraude de l'Autopac avec l'appelant.

113 Weselowski, Cook, and the Balls drove to Le Maire Street in St. Norbert, where the Balls got out of the car. Shortly after exiting the station wagon, Cheryl Ball looked back and observed a smaller car alongside the station wagon. Cheryl Ball had seen the smaller car follow them as they turned onto Le Maire Street. She could not recall the colour or make of the smaller car. She could not see how many people were in the smaller car. She could not hear any voices coming from either of

Weselowski, Cook, et les Ball se sont rendus sur la rue Le Maire à St. Norbert, où les Ball sont sortis de l'automobile. Peu après être descendue de la familiale, Cheryl Ball s'est retournée et a remarqué la présence d'une petite automobile à côté de la familiale. Cheryl Ball s'était aperçue que cette automobile les suivait au moment où ils s'engageaient sur la rue Le Maire. Elle ne pouvait se rappeler ni la couleur ni la marque de cette automobile. Elle a été incapable de voir combien de

the two cars. Cheryl Ball then turned away and continued to walk home with her husband.

Around 3:00 a.m., Albert and Darlene Turski were awakened by their dog barking and by the sound of spinning tires outside their bedroom window. The Turskis lived on a farm bordering on provincial highway 247, several kilometres from where the Balls had been dropped off.

Albert Turski testified that he looked out the window and saw on the road the lights of two cars. One car seemed to be larger than the other, judging by the sound of its engine. He could not see the vehicles clearly, other than their lights. The road was 50 to 75 yards away. The smaller car was driving along a ditch and its tires sounded like they were spinning in the grass. The larger car approached the smaller car but did not come right up to it. The smaller car got stuck but then emerged from the ditch. The lights on the larger car turned off. Albert Turski heard mumbling from people talking for about 10 to 15 seconds. He could not determine whether it was two people talking, or more than two. He then heard two “pops”, and about five seconds later the smaller car drove across the road into the ditch again and back out, weaving, while the larger car turned its lights on and drove off down the highway at a normal speed. Albert Turski went back to bed.

Darlene Turski’s testimony was largely similar to that of her husband. However, she heard the mumbling of people talking for what she considered to be one or two minutes, and she testified that the talking sounded as though it involved “more than two” people. Right after the conversation ended, she heard two “pops”. About fifteen seconds later, she said, the two cars pulled away and she and her husband lay back down in bed. Albert fell asleep immediately, but Darlene Turski stayed awake for a period of time. She then heard

personnes y prenaient place. Elle n’a entendu aucune voix provenant de l’une ou l’autre des deux automobiles. Cheryl Ball s’est alors retournée et a continué de marcher en direction de son domicile avec son époux.

Vers 3 h, Albert et Darlene Turski ont été réveillés par les jappements de leur chien et par des crissements de pneus à l’extérieur vis-à-vis la fenêtre de leur chambre à coucher. Les Turski vivaient dans une ferme longeant la route provinciale 247, à plusieurs kilomètres de l’endroit où les Ball avaient été déposés.

Albert Turski a témoigné qu’il avait regardé par la fenêtre et qu’il avait aperçu sur la route les feux de deux automobiles. L’une d’elles semblait plus grosse que l’autre, à en juger par le bruit de son moteur. Il n’a pas pu voir les véhicules clairement, à l’exception de leurs feux. La route se trouvait de 50 à 75 verges plus loin. La petite automobile longeait un fossé et semblait patiner sur l’herbe d’après le bruit de ses pneus. La grosse automobile s’est approchée de la petite sans toutefois se rendre tout à fait à sa hauteur. La petite automobile s’est embourbée, mais a réussi à s’extirper du fossé. Les feux de la grosse automobile se sont éteints. Albert Turski a entendu des gens marmonner pendant 10 à 15 secondes. Il n’a pas pu déterminer s’il y avait seulement deux personnes qui parlaient ou si elles étaient plus nombreuses. Il a alors entendu deux bruits secs et, environ cinq secondes plus tard, la petite automobile a traversé la route pour se retrouver de nouveau dans le fossé et en ressortir en zig-zaguant, tandis que la grosse voiture allumait ses feux et reprenait la route à une vitesse normale. Albert Turski est retourné au lit.

Le témoignage de Darlene Turski correspondait en grande partie à celui de son époux. Elle a toutefois entendu des gens marmonner pendant une à deux minutes selon elle, et elle a témoigné que le bruit de la conversation semblait indiquer qu’il y avait [TRADUCTION] «plus que deux» personnes. Dès que la conversation eut pris fin, elle a entendu deux bruits secs. Elle a raconté qu’environ quinze secondes plus tard les deux automobiles avaient repris la route et qu’elle et son époux étaient retournés au lit. Albert s’est aussitôt rendormi,

114

115

116

more “pops” in a fast series, which sounded as if they were further away from the house.

mais Darlene Turski est restée éveillée pendant un certain temps. Elle a ensuite entendu d'autres bruits secs qui se sont succédé rapidement et qui semblaient provenir d'un endroit plus éloigné de la maison.

117 At 4:26 a.m., a young couple drove by the Tur-skis' house on provincial highway 247 and discovered the body of Darlene Weselowski on the side of road outside the house, and the body of Bernard Cook lying 400 metres up the road. Weselowski had been shot twice in the head. Cook had been shot three times in the head and three times in the chest. Both victims had been shot with the same 9mm Glock semi-automatic pistol. A damaged car was found driven into a telephone pole in the ditch near Cook's body.

À 4 h 26, un jeune couple, qui circulait sur la route provinciale 247 près de la maison des Turski, a découvert le corps de Darlene Weselowski sur l'accotement de la route à l'extérieur de la maison, ainsi que le corps de Bernard Cook qui gisait 400 mètres plus loin le long de la route. Weselowski avait reçu deux coups de feu à la tête. Cook avait reçu trois coups de feu à la tête et trois à la poitrine. Les deux victimes avaient été abattues au moyen du même pistolet semi-automatique 9mm Glock. Une automobile endommagée, qui avait embouti un poteau téléphonique, a été retrouvée dans le fossé près du corps de Cook.

118 Four days later, on August 25, 1994, the Weselowski station wagon was found parked on Buchanan Street, a block and a half from the home of the appellant's brother William on Risbey Street. There were blood spatters all over the front passenger side of the car, and several shell casings were found in the car. The blood was determined to be Cook's. Some of the appellant's scalp hairs were found on the floor of the driver's side of the vehicle.

Quatre jours plus tard, soit le 25 août 1994, la familiale de Weselowski a été retrouvée stationnée sur la rue Buchanan, à un coin de rue et demi de la rue Risbey où demeure William, le frère de l'appellant. Il y avait du sang partout du côté du passager à l'avant de l'automobile, et plusieurs douilles ont été trouvées dans celle-ci. Il a été établi que le sang était celui de Cook. Des cheveux de l'appelant ont été trouvés sur le plancher du côté du conducteur du véhicule.

119 On August 22, 1994, the day after the murders, the appellant and his common law wife Shelley Letexier checked into a room at the Downs Hotel. After they left the hotel at 3:28 a.m. on August 25, 1994, they drove to the home of the appellant's brother, William, on Risbey Street. After their departure, a leather jacket in good condition was found in a dumpster at the back of the hotel. A search of the appellant's home resulted in the seizure of a purchase receipt from the Sidney I. Robinson store for 9mm ammunition capable of being loaded into a 9mm Glock semi-automatic pistol such as that which killed Weselowski and Cook. Store records from the purchase bore the appellant's name.

Le lendemain des meurtres, soit le 22 août 1994, l'appelant et sa conjointe de fait, Shelley Letexier, ont loué une chambre à l'hôtel Downs. Après avoir quitté l'hôtel à 3 h 28, le 25 août 1994, ils se sont rendus en voiture au domicile de William, le frère de l'appelant, sur la rue Risbey. Après leur départ, un blouson de cuir en bon état a été trouvé dans une benne à l'arrière de l'hôtel. Une perquisition au domicile de l'appelant a permis de saisir un reçu d'achat du magasin Sidney I. Robinson pour des munitions de calibre 9mm pouvant convenir à un pistolet semi-automatique 9mm Glock comme celui qui a été utilisé pour tuer Weselowski et Cook. L'achat avait été fait au nom de l'appelant, selon les registres du magasin.

120 RCMP Constables Patrick Madden and Harvey MacLeod paid three visits to the home of Cheryl

Les agents Patrick Madden et Harvey MacLeod de la GRC se sont rendus trois fois au domicile de

and Daniel Ball after the murders. Cheryl Ball testified that on the second visit, on August 23, 1994, the police showed her some photographs. At trial, she had a hazy memory of seeing the photos, and testified that she did not think she had recognized anyone in the photos. The police left, but then Daniel Ball called the police back into the house, and Cheryl Ball met with the police again. She testified at trial that she thought she pointed to one of the three photographs shown to her and said that the person in the photo “looks kind of familiar”. She met with the police again on August 30, 1994, but did not recall at trial having said anything to police about any of the photos at that time. Cheryl Ball did not testify at trial as to why the person in the photo shown to her on August 23, 1994 looked familiar, or where she had seen the person. She was not asked whether she had seen the appellant on the night of the murders, and she did not testify that she had done so. She did not mention the appellant in her testimony, or identify the appellant in court. She did testify, however, that nothing she said in her conversations with police was untrue.

Daniel Ball had less recollection of his meetings with police in August 1994. He could not remember at trial whether he was shown any of the photos that police later testified he was shown when they met with him. He did not recall having identified anyone in the pictures as being familiar.

Constable Madden testified that on August 23, 1994, Cheryl Ball told him and Constable MacLeod that she had seen a man talking to Cook at the Mohawk gas station. The man she had seen was white, had short hair in a ponytail, and wore glasses. She did not mention him having a goatee. Madden testified that, at the time of the murders, the appellant had long hair that was not in a ponytail, was not wearing glasses, and wore a goatee. To Madden’s knowledge, the appellant had never worn glasses. Madden testified that after Daniel Ball beckoned him and MacLeod back into

Cheryl et Daniel Ball après les meurtres. Cheryl Ball a témoigné que, lors de la deuxième visite, le 23 août 1994, les policiers lui avaient montré certaines photographies. Au procès, elle se souvenait vaguement avoir vu les photos et elle a témoigné qu’elle ne croyait pas avoir reconnu qui que ce soit sur celles-ci. Les policiers sont partis, mais Daniel Ball les a alors fait revenir à la maison et Cheryl Ball les a rencontrés de nouveau. Elle a témoigné au procès qu’elle croyait avoir indiqué une des trois photographies qui lui avaient été montrées et avoir affirmé que la personne figurant sur cette photo [TRADUCTION] «[lui disait] quelque chose». Elle a rencontré une fois de plus les policiers le 30 août 1994, mais au procès, elle ne se souvenait pas leur avoir dit quoi que ce soit au sujet des photos à ce moment-là. Cheryl Ball n’a pas expliqué, au procès, pourquoi la personne figurant sur la photo qui lui avait été montrée le 23 août 1994 lui disait quelque chose, ni où elle avait vu cette personne. On ne lui a pas demandé si elle avait vu l’appellant la nuit des meurtres et elle n’a pas témoigné qu’elle l’avait vu. Elle n’a pas mentionné l’appellant dans son témoignage et ne l’a pas identifié en cour. Elle a toutefois témoigné que rien de ce qu’elle avait dit aux policiers n’était faux.

Daniel Ball se souvenait moins des rencontres qu’il avait eues avec les policiers en août 1994. Il a été incapable de se rappeler au procès si on lui avait montré les photos qui, d’après le témoignage ultérieur des policiers, lui auraient été montrées lorsqu’ils l’ont rencontré. Il ne se souvenait pas avoir affirmé qu’une personne figurant sur les photos lui disait quelque chose.

L’agent Madden a témoigné que, le 23 août 1994, Cheryl Ball lui avait déclaré, en présence de l’agent MacLeod, avoir vu un homme parler à Cook à la station-service Mohawk. L’homme qu’elle avait aperçu était blanc, avait les cheveux courts attachés en queue de cheval, et portait des lunettes. Elle n’a pas mentionné qu’il avait une barbiche. Madden a témoigné qu’à l’époque des meurtres l’appellant avait les cheveux longs, sans queue de cheval, et une barbiche et ne portait pas de lunettes. À sa connaissance, l’appellant n’avait jamais porté de lunettes. Madden a affirmé

121

122

the house to speak to Cheryl Ball on August 23, Cheryl Ball indicated that the man in Photo No. 3 looked like the man whom she had seen at the Mohawk gas station talking to Cook and who was also “probably driving the other car”. Photo No. 3 was a photo of the appellant, in which he wore a moustache, no goatee, long hair, and no glasses. The photograph was a black and white photocopy.

qu’après que Daniel Ball leur eut fait signe, à lui et à MacLeod, de revenir à la maison pour parler à Cheryl Ball, le 23 août, cette dernière avait indiqué que l’homme figurant sur la troisième photo ressemblait à l’homme qu’elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk et qui, de plus, [TRANSDUCTION] «conduisait probablement l’autre automobile». La troisième photo était une photo de l’appelant qui avait les cheveux longs et une moustache mais pas de barbiche, et ne portait pas de lunettes. Cette photographie était une photocopie en noir et blanc.

123 Madden testified that he and MacLeod returned to the Ball residence on August 30, 1994 and, in separate interviews, showed Cheryl and Daniel Ball a set of eight photographs. Photo No. 5 was the same photo of the appellant that had been included in photocopied form as Photo No. 3 on August 23, 1994. None of the other photos had been included among the three photos shown to the Balls on August 23rd. According to Madden, Cheryl and Daniel Ball separately picked Photo No. 5 as being the person from the gas station, although Daniel Ball told them that he may have picked that photo because he had seen the same photo on August 23. Cheryl Ball was not asked whether her previous selection of the same photo on August 23 had influenced her selection on August 30.

Madden a témoigné que lui et MacLeod étaient retournés à la résidence des Ball le 30 août 1994 et qu’en les interrogeant séparément ils avaient montré à Cheryl et à Daniel Ball une série de huit photographies. La cinquième photo était la même photo de l’appelant qui avait été incluse sous forme de photocopie comme étant la troisième photo le 23 août 1994. Aucune des autres photos ne figurait parmi les trois qui avaient été montrées aux Ball le 23 août. Selon Madden, Cheryl et Daniel Ball ont chacun de leur côté choisi la cinquième photo comme représentant la personne aperçue à la station-service, quoique Daniel Ball leur ait dit qu’il pouvait avoir choisi cette photo parce c’était celle qu’il avait vue le 23 août. On n’a pas demandé à Cheryl Ball si le choix de photo qu’elle avait déjà fait le 23 août avait influencé son choix le 30 août.

124 Madden’s testimony to the effect that Cheryl Ball identified the appellant as having spoken to Cook at the Mohawk gas station, as well as MacLeod’s testimony to the same effect, constitute a second group of statements that the defence unsuccessfully sought to have excluded as hearsay at trial.

Le témoignage de Madden, selon lequel Cheryl Ball avait identifié l’appelant comme étant la personne qui avait parlé à Cook à la station-service Mohawk, et le témoignage de MacLeod dans le même sens constituent un deuxième groupe de déclarations que la défense a vainement tenté de faire écarter en tant que ouï-dire au procès.

125 Police intercepted private communications involving the appellant and his common law wife, Shelley Letexier, who were recorded making several statements that were relied upon to some degree at trial by both the Crown and the defence. On the tapes, the appellant is heard making statements to Letexier which the Crown argued were consistent with his having been in a stolen car that followed Cook, Weselowski and the Balls up to

Les policiers ont intercepté des communications privées au cours desquelles l’appelant et sa conjointe de fait, Shelley Letexier, ont fait plusieurs déclarations que le ministère public et la défense ont invoquées dans une certaine mesure au procès. Dans les enregistrements, on entend l’appelant faire à Letexier des déclarations qui, selon le ministère public, pouvaient laisser croire qu’il s’était trouvé dans une automobile volée qui avait

the point that the Balls were dropped off in St. Norbert, and with his having thrown a leather jacket into the dumpster at the Downs Hotel. However, the appellant was also recorded stating to Letexier that he “never killed anyone”, and Letexier was recorded stating that the appellant and unspecified others were stupid to have followed a car: “Oh well you guys are so fuckin’ stupid. You got fuckin’ witnesses seen you guys, seen you behind that car. It should ah, been called off right away when there were four people.”

Several other witnesses testified at trial, including Cecil Starr, a cousin of the appellant and a friend of Cook’s, who testified that, about ten days after the murders, the appellant confessed to having killed Cook and Weselowski. Cecil Starr said that the confession occurred at the apartment of Dwight Bamlett, and that Cecil Starr had subsequently attended a party on a reserve where several people, including Cecil’s brother, Mervin Starr, as well as Dwight Bamlett, were discussing the confession.

Several defence witnesses, including Cecil Starr’s sister Audrey Malcolm, testified that Cecil Starr was a habitual liar, and that his story of the appellant’s alleged confession was false. Malcolm stated that Cecil Starr had since told her that he had not seen the appellant for over two years, and that the appellant had never confessed. Mervin Starr testified that he had never been at a party of the type described by Cecil. Dwight Bamlett testified that Cecil Starr and the appellant had never been present together in his apartment, and that he had never been at a party on a reserve of the type described by Cecil. Former Staff Sergeant Savage of the RCMP testified that he had interviewed Cecil Starr shortly before trial, and that Cecil had denied ever having said that the appellant confessed to him, and had said he could not remember any party on the reserve.

suivi Cook, Weselowski et les Ball jusqu’à ce que les Ball aient été déposés à St. Norbert, et qu’il avait jeté un blouson de cuir dans la benne de l’hôtel Downs. Toutefois, on pouvait également y entendre l’appellant dire à Letexier qu’il n’avait [TRADUCTION] «jamais tué qui que ce soit», et Letexier déclarer que l’appellant et d’autres personnes dont l’identité n’était pas précisée avaient été stupides de suivre une voiture: [TRADUCTION] «Et bien, vous les gars, vous êtes si stupides. Il y a des foutus témoins qui vous ont vus, les gars, qui vous ont vus derrière cette automobile. Cela, euh, aurait dû être annulé à partir du moment où il y avait quatre personnes.»

Plusieurs autres témoins ont déposé au procès, dont Cecil Starr, un cousin de l’appellant et un ami de Cook, qui a affirmé qu’une dizaine de jours après les meurtres l’appellant avait avoué avoir tué Cook et Weselowski. Cecil Starr a dit que l’aveu avait été fait à l’appartement de Dwight Bamlett et qu’il avait par la suite participé à une fête dans une réserve où plusieurs personnes, y compris le frère de Cecil, Mervin Starr, de même que Dwight Bamlett, avaient discuté de cet aveu.

126

Plusieurs témoins de la défense, dont la sœur de Cecil Starr, Audrey Malcolm, ont témoigné que Cecil Starr était un menteur invétéré et que son récit concernant le prétendu aveu de l’appellant était faux. Malcolm a affirmé que Cecil Starr lui avait dit, depuis lors, qu’il n’avait pas vu l’appellant depuis plus de deux ans et que l’appellant n’avait jamais rien avoué. Mervin Starr a témoigné qu’il ne s’était jamais rendu à une fête du genre décrit par Cecil. Dwight Bamlett a témoigné que Cecil Starr et l’appellant ne s’étaient jamais trouvés ensemble dans son appartement et qu’il ne s’était jamais rendu dans une réserve pour y participer à une fête du genre décrit par Cecil. L’ex-sergent d’état-major Savage de la GRC a témoigné qu’il avait interrogé Cecil Starr peu de temps avant le procès, et que Cecil avait nié avoir déjà déclaré que l’appellant lui avait fait un aveu, tout en se disant incapable de se souvenir d’une fête dans la réserve.

127

- 128 Finally, the trial judge called Constable Robert Young of the Winnipeg police to testify regarding his interactions with Cook on August 20, 1994, several hours before the murders. Young testified that Cook was the “sergeant at arms” of the Manitoba Warriors gang, meaning he was the person responsible for all of the gang’s criminal matters. Young stated that he and Cook had had meetings previous to August 20, 1994, at which Cook had expressed his desire to dissociate himself from the Manitoba Warriors. Young stated that he met with Cook on August 20, 1994 at about 6:00 p.m. Cook told Young about a break-in that had occurred earlier that day at the Sidney I. Robinson store, in which guns had been stolen. Cook said that he was to meet with members of the Los Bravos gang later that night at the Westbrook Hotel to purchase some of these guns, and that he had been told by Joseph Flett, the President of the Manitoba Warriors, to wear his gang colours. Cook expressed a concern as to why he was being asked to wear gang colours. Cook told Young that if he purchased guns he would turn one over to Young, and that he would alert Young of success in the purchase by calling Young at around 1:00 a.m. Young never received the anticipated telephone call from Cook. When Cook’s body was found, he was wearing the gang colours of the Manitoba Warriors.
- Enfin, le juge du procès a demandé à l’agent Robert Young de la police de Winnipeg de témoigner au sujet des rapports qu’il avait eus avec Cook le 20 août 1994, plusieurs heures avant les meurtres. Young a témoigné que Cook était le «sergent d’armes» de la bande des Warriors du Manitoba, en ce sens qu’il était la personne chargée de toutes les affaires criminelles de la bande. Young a déclaré que lui et Cook avaient eu des rencontres avant le 20 août 1994, et que Cook avait alors exprimé la volonté de se dissocier des Warriors du Manitoba. Young a dit qu’il avait rencontré Cook le 20 août 1994, vers 18 h. Cook a informé Young qu’une introduction par effraction avait eu lieu plus tôt dans la journée au magasin Sidney I. Robinson et que des armes à feu y avaient été dérobées. Cook a dit qu’il devait rencontrer des membres de la bande Los Bravos à l’hôtel Westbrook, plus tard dans la soirée, pour acheter certaines de ces armes à feu et que Joseph Flett, le président des Warriors du Manitoba, lui avait demandé de porter les couleurs de sa bande. Cook s’est dit tracassé par la raison pour laquelle on lui demandait de porter les couleurs de sa bande. Cook a déclaré à Young que, s’il achetait des armes à feu, il lui en remettrait une et lui confirmerait l’achat en l’appelant vers 1 h. Young n’a jamais reçu l’appel qu’il attendait de Cook. Lorsque le corps de Cook a été trouvé, il portait les couleurs des Warriors du Manitoba.
- 129 The theory of the Crown at trial was that the killing of Cook was a gang-related execution perpetrated by the appellant. Weselowski was an unfortunate witness who was killed simply because she was in the wrong place at the wrong time. The theory was that the appellant had used an Autopac scam as a pretext to get Cook out into the countryside. Outside the Turskis’ home, Cook got into the smaller car and drove it into the ditch, hitting telephone poles in an effort to damage the car. The appellant shot Weselowski twice in the head, then drove Weselowski’s station wagon up the road to where Cook had stopped the smaller car in the ditch. When Cook entered the station wagon on the passenger side, the appellant shot him from the driver’s seat three times in the head and three times in the chest. He then pushed Cook’s body
- La thèse du ministère public au procès était que Cook avait été exécuté par l’appelant en raison de son appartenance à une bande. Weselowski était un témoin malchanceux qui a été tué simplement parce qu’il se trouvait à la mauvaise place au mauvais moment. Selon cette thèse, l’appelant s’était servi de la fraude de l’Autopac comme prétexte pour entraîner Cook à la campagne. À l’extérieur du domicile des Turski, Cook est monté dans la petite automobile et l’a conduite dans le fossé, heurtant des poteaux téléphoniques en vue de l’endommager. L’appelant a tiré Weselowski à la tête à deux reprises, et a ensuite conduit la familiale de cette dernière jusqu’à l’endroit où Cook avait arrêté la petite automobile dans le fossé. Lorsque Cook a pris place dans la familiale du côté du passager, l’appelant a fait feu sur lui à partir du siège

out of the vehicle and drove away, parking near his brother's house, where the appellant abandoned the station wagon.

The defence theory focussed on the issue of identity. The defence argued that the circumstantial evidence adduced by the Crown had failed to prove that the appellant actually shot the victims, and had failed to dispel the real possibility that other gang-related individuals were the killers.

III. Judicial History

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*

(1) Ruling and jury instructions on Cook's statement of intention

The Crown brought an application at trial to permit Jodie Giesbrecht to testify that Cook had told her, *inter alia*, that he had to "go and do an Autopac scam with Robert". The Crown sought to have this testimony admitted as evidence of Cook's state of mind on the evening of the murder and of his intention to go with the appellant to perpetrate a car insurance scam. The defence objected on the basis that the evidence was hearsay if used to prove that the appellant acted in accordance with Cook's stated intention, and that its admission would be more prejudicial than probative because the jury would likely draw such an impermissible inference.

The trial judge did not hold a *voir dire* as part of the Crown motion. Hirschfield J. found that Giesbrecht's anticipated testimony regarding the Autopac scam was admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule. Hirschfield J. found that the prejudicial effect of the admission of the evidence was that Cook's alleged statement implicated the appellant in the commission of insurance fraud. The trial

du conducteur, l'atteignant à la tête à trois reprises et la poitrine à trois reprises également. Il a ensuite poussé le corps de Cook hors du véhicule et a quitté les lieux pour ensuite aller stationner la familiale près de la maison de son frère, où il l'a abandonnée.

La thèse de la défense était axée sur la question de l'identité. La défense a prétendu que les éléments de preuve circonstancielle présentés par le ministère public n'établissaient pas que l'appellant avait effectivement fait feu sur les victimes et n'écartaient pas la possibilité réelle que les meurtriers aient été d'autres personnes liées à une bande.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

(1) La décision et les directives au jury relativement à la déclaration d'intention de Cook

Au procès, le ministère public a demandé que Jodie Giesbrecht soit autorisée à témoigner que Cook lui avait dit, notamment, qu'il devait [TRADUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert». Le ministère public a cherché à faire admettre ce témoignage en tant que preuve de l'état d'esprit de Cook le soir du meurtre et de son intention d'aller commettre une fraude d'assurance-automobile avec l'appellant. La défense s'y est opposée pour le motif que cette preuve serait du oui-dire si elle était utilisée pour établir que l'appellant a agi conformément à l'intention explicite de Cook, et que son admission serait plus préjudiciable que probante parce que le jury ferait probablement une telle déduction inacceptable.

Le juge du procès n'a pas tenu de voir-dire dans le cadre de la requête du ministère public. Le juge Hirschfield a conclu que le témoignage prévu de Giesbrecht au sujet de la fraude de l'Autopac était admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire. Le juge Hirschfield a décidé que l'effet préjudiciable de l'admission de ce témoignage était que la déclaration présumée de Cook impliquait l'appe-

130

131

132

judge noted that, in this regard, the words said to have been spoken by Cook “would be as prejudicial as against the deceased as they are against the [appellant]”. Hirschfield J. concluded that, in light of the other evidence that the Crown anticipated calling in order to link the appellant to the murders, the probative value of Giesbrecht’s testimony outweighed any prejudicial effect.

133 In his subsequent instructions to the jury regarding the use to be made of Giesbrecht’s testimony regarding Cook’s statements to her on the night of the murders, Hirschfield J. told the jury that it was for them to decide whether Cook’s statement about the scam linked the appellant with the deaths of Cook and Weselowski.

(2) Ruling and jury instructions on Cheryl Ball’s out-of-court identification

134 A *voir dire* was held to determine the admissibility of the testimony of Constables Madden and MacLeod regarding Cheryl Ball’s alleged identification of the appellant as being a person she had seen talking to Cook at the Mohawk gas station. Madden and MacLeod both testified. The Crown argued it was entitled to adduce the statements of the two officers, notwithstanding the fact that Cheryl Ball had not testified at trial as to having seen a man talking to Cook at the gas station, or to having identified that man in one of the photographs presented to her by police. The Crown relied upon the prior identification exception to the hearsay rule. The defence argued that the use of hearsay evidence to establish a prior out-of-court identification of the accused by a witness is permissible only where the witness acknowledges in court having made the prior identification. Although the record is not entirely clear on this point, Hirschfield J. appears to have accepted the Crown’s submissions. He ruled Madden and MacLeod’s anticipated evidence admissible.

lant dans la perpétration d’une fraude en matière d’assurance. Le juge du procès a fait remarquer à cet égard que les paroles qu’aurait prononcées Cook [TRADUCTION] «seraient aussi préjudiciables à la personne décédée qu’elles le sont pour [l’appellant]». Le juge Hirschfield a conclu que, à la lumière des autres témoignages que le ministère public prévoyait présenter afin de relier l’appellant aux meurtres, la valeur probante du témoignage de Giesbrecht l’emportait sur tout effet préjudiciable.

Dans les directives qu’il a par la suite données au jury au sujet de l’utilisation qui devrait être faite du témoignage de Giesbrecht concernant les déclarations que Cook lui avait faites la nuit des meurtres, le juge Hirschfield a dit aux jurés qu’il leur appartenait de décider si la déclaration de Cook au sujet de la fraude reliait l’appellant au décès de Cook et à celui de Weselowski.

(2) La décision et les directives au jury relativement à l’identification extrajudiciaire par Cheryl Ball

Un *voir-dire* a été tenu pour déterminer l’admissibilité du témoignage des agents Madden et MacLeod au sujet de la présumée identification par Cheryl Ball de l’appellant comme étant la personne qu’elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk. Madden et MacLeod ont témoigné tous les deux. Le ministère public a prétendu qu’il avait le droit de présenter les déclarations des deux agents malgré le fait que Cheryl Ball n’avait pas témoigné au procès qu’elle avait vu un homme s’entretenir avec Cook à la station-service ou qu’elle avait identifié cet homme sur l’une des photographies que lui avaient montrées les policiers. Le ministère public a invoqué l’exception de l’identification antérieure à la règle du *oui-dire*. La défense a fait valoir que l’utilisation de la preuve par *oui-dire* pour établir l’identification antérieure extrajudiciaire de l’accusé par un témoin n’est acceptable que si le témoin reconnaît en cour avoir effectué cette identification antérieure. Bien que le dossier ne soit pas tout à fait clair sur ce point, le juge Hirschfield paraît avoir retenu les arguments du ministère public. Il a décidé que le témoignage prévu de Madden et MacLeod était admissible.

In his instructions to the jury, Hirschfield J. reviewed the out-of-court identification evidence said to have been provided by Cheryl Ball to Constables Madden and MacLeod. The trial judge concluded his instructions with a caution that Cheryl Ball's identification evidence was "extremely frail" and, in his view, did not link the appellant to the deaths of Cook and Weselowski. However, Hirschfield J. left it to the jury to decide the value of Ball's evidence on this point.

(3) Charge to the jury on reasonable doubt

In his instructions to the jury, Hirschfield J. explained that the appellant was presumed to be innocent and that the onus was on the Crown to prove the appellant's guilt beyond a reasonable doubt. He then defined the reasonable doubt standard in the following terms:

It is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the burden of proof on the Crown is only to prove the guilt of the accused beyond reasonable doubt. What, then, is proof beyond a reasonable doubt?

The words "reasonable doubt" are used in their everyday, ordinary sense and not as a legal term having some special connotation. The words have no magic meaning that is peculiar to the law. A reasonable doubt is an honest, fair doubt, based upon reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous one resting on speculation or guess rather than upon the evidence you heard in this courtroom.

So you can see, the words "reasonable doubt" are ordinary words we use in our everyday language. So if you can say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has met the onus upon it. If you cannot say those words — if you cannot say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has not met the onus on it, and the accused is entitled to have your doubt resolved in his favour.

No further definition of the reasonable doubt standard was provided. The trial judge went on to explain that the jury might be left with a reasona-

Dans ses directives au jury, le juge Hirschfield a examiné la preuve d'identification extrajudiciaire qui, disait-on, avait été fournie par Cheryl Ball aux agents Madden et MacLeod. Le juge du procès a terminé ses directives par une mise en garde selon laquelle la preuve d'identification de Cheryl Ball était [TRADUCTION] «extrêmement fragile» et, à son avis, ne reliait l'appelant ni au décès de Cook ni à celui de Weselowski. Cependant, le juge Hirschfield a laissé au jury le soin de déterminer la valeur de la preuve de Ball à ce sujet.

(3) L'exposé au jury sur le doute raisonnable

Dans ses directives au jury, le juge Hirschfield a expliqué que l'appelant était présumé innocent et qu'il incombait au ministère public d'en établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il a ensuite défini la norme du doute raisonnable de la façon suivante:

[TRADUCTION] Il est rarement possible d'établir quelque chose avec une certitude absolue, de sorte que le ministère public n'a qu'à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. En quoi consiste donc la preuve hors de tout doute raisonnable?

L'expression «doute raisonnable» est utilisée dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas en tant qu'expression juridique ayant une connotation particulière. Cette expression n'a aucun sens magique propre au droit. Un doute raisonnable est un doute sincère et légitime qui est fondé sur la raison et le bon sens. C'est un doute réel et non pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions plutôt que sur les témoignages que vous avez entendus dans cette salle d'audience.

Vous pouvez ainsi constater que les mots «doute raisonnable» sont des mots ordinaires que nous utilisons dans la vie de tous les jours. Donc, si vous pouvez dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait. Si vous ne pouvez pas prononcer ces mots — si vous ne pouvez pas dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait et tout doute doit être tranché en faveur de l'accusé.

Aucune autre définition de la norme du doute raisonnable n'a été donnée. Le juge du procès a ensuite expliqué que le jury pourrait avoir un doute

135

136

ble doubt unless it rejected as untrue some or all of the evidence, if any, that favoured the appellant.

raisonnable à moins qu'il ne conclue à la fausseté d'une partie ou de la totalité des témoignages qui pourraient être favorables à l'appelant.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1998), 123 C.C.C. (3d) 145

B. *Cour d'appel du Manitoba* (1998), 123 C.C.C. (3d) 145

(1) Monnin J.A., Kroft J.A. concurring

(1) Le juge Monnin (avec l'appui du juge Kroft)

(a) *Admissibility of Cook's Statement of Intention*

a) *Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook*

137

Monnin J.A. found that Giesbrecht's testimony that Cook told her he was going to do an Autopac scam with the appellant was hearsay, but was nonetheless admissible. While he did cite the decision of this Court in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, Monnin J.A. primarily relied upon the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule, to the effect that, where the intention or state of mind of an out-of-court declarant is relevant to a fact in issue, evidence that would otherwise be hearsay is admissible to prove the declarant's intention or state of mind. Monnin J.A. endorsed the trial judge's ruling, stating that Cook's alleged statement to Giesbrecht was admissible to demonstrate Cook's state of mind at the time, and to demonstrate that Cook acted in accordance with his "stated intention or plan" (p. 158). Monnin J.A. also found that the probative value of Cook's statement outweighed any prejudicial effect.

Le juge Monnin a conclu que le témoignage de Giesbrecht, selon lequel Cook lui avait dit qu'il allait frauder l'Autopac avec l'appelant, était du oui-dire, mais qu'il était néanmoins admissible. Bien qu'il ait cité l'arrêt de notre Cour *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, le juge Monnin s'est fondé avant tout sur l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire, qui prévoit que, lorsque la question de l'intention ou de l'état d'esprit de l'auteur d'une déclaration extrajudiciaire est pertinente relativement au fait en cause, la preuve qui constituerait par ailleurs du oui-dire est admissible pour établir l'intention ou l'état d'esprit de l'auteur de cette déclaration. Le juge Monnin a souscrit à la décision du juge du procès en disant que la déclaration que Cook aurait faite à Giesbrecht était admissible pour établir l'état d'esprit de Cook à ce moment-là et pour démontrer que Cook avait agi conformément à son [TRADUCTION] «intention ou projet explicite» (p. 158). Le juge Monnin a également conclu que la valeur probante de la déclaration de Cook l'emportait sur tout effet préjudiciable.

(b) *Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification*

b) *Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball*

138

Monnin J.A. found that the trial judge may have committed an error in permitting the Crown to adduce evidence through Constables Madden and MacLeod that Cheryl Ball had identified the appellant as a person she had seen talking to Cook at the Mohawk gas station. However, Monnin J.A. held

Le juge Monnin a décidé qu'il se pouvait que le juge du procès ait commis une erreur en permettant au ministère public de présenter, par l'entremise des agents Madden et MacLeod, la preuve que Cheryl Ball avait identifié l'appelant comme étant une personne qu'elle avait vu parler à Cook à la

that the trial judge's cautionary instruction regarding the frailty of the identification evidence "effectively negated any harm that such evidence might have caused" (p. 159). He stated that the appellant's case was not one that "turned on the issue of identification" (p. 159), and that there was ample other evidence that the jury could have relied upon to arrive at a guilty verdict. Citing *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, as establishing the applicable test for confirming a guilty verdict in the face of an error in law, Monnin J.A. stated that he was satisfied that, even if the evidence of Madden and MacLeod had been excluded, a properly instructed jury would have reached the same verdict.

(c) *The Instruction on Reasonable Doubt*

Monnin J.A. stated that the trial judge's charge to the jury, considered as a whole, was more than fair and balanced, and if anything favoured the appellant. On the issue of reasonable doubt, Monnin J.A. held that the trial judge's charge to the jury met the requirements set out by this Court in *Lifchus*, *supra*, both in its actual language and in overall tone. In particular, Monnin J.A. found that the trial judge had explained the link between the reasonable doubt standard and the presumption of innocence, the requirement that the Crown must prove more than mere probability of guilt, and the principle that a reasonable doubt is based on reason and common sense, logically founded upon the evidence or lack of evidence. Monnin J.A. noted that, while the trial judge might have erred in stating that the words "reasonable doubt" should be understood in their everyday ordinary sense, any such error was remedied by the fact that the trial judge went significantly further than had the trial judge in *Lifchus*, offering "interpretive assistance" and linking the concept of reasonable doubt to the evidence.

station-service Mohawk. Le juge Monnin a cependant conclu que la mise en garde du juge du procès relativement à la fragilité de la preuve d'identification [TRADUCTION] «a effectivement éliminé tout préjudice que cette preuve pouvait avoir causé» (p. 159). Il a déclaré que la preuve de l'appellant ne [TRADUCTION] «reposait [pas] sur la question de l'identification» (p. 159) et qu'il y avait beaucoup d'autres éléments de preuve sur lesquels le jury aurait pu s'appuyer pour prononcer un verdict de culpabilité. Indiquant que l'arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, avait établi le critère applicable pour confirmer un verdict de culpabilité en présence d'une erreur de droit, le juge Monnin a affirmé qu'il était convaincu que, même si le témoignage de Madden et de MacLeod avait été écarté, un jury ayant reçu des directives appropriées aurait rendu le même verdict.

c) *La directive sur le doute raisonnable*

Le juge Monnin a dit que, dans l'ensemble, l'exposé du juge au jury était plus qu'équitable et équilibré, et qu'il était plutôt favorable à l'appellant. En ce qui concerne la question du doute raisonnable, le juge Monnin a décidé que l'exposé du juge au jury satisfaisait aux exigences énoncées par notre Cour dans l'arrêt *Lifchus*, précité, tant sur le plan de sa formulation même que sur celui de son ton général. En particulier, le juge Monnin a conclu que le juge du procès avait expliqué le lien entre la norme du doute raisonnable et la présomption d'innocence, entre l'exigence que le ministère public établisse plus qu'une simple probabilité de culpabilité et le principe voulant qu'un doute raisonnable soit fondé sur la raison et le bon sens et qu'il découle logiquement de la preuve ou de l'absence de preuve. Le juge Monnin a fait remarquer que, même s'il se pouvait que le juge du procès ait commis une erreur en disant qu'il fallait donner à l'expression «doute raisonnable» son sens ordinaire de tous les jours, cette erreur avait été corrigée par le fait qu'il était allé beaucoup plus loin que le juge du procès dans *Lifchus* en offrant une [TRADUCTION] «aide en matière d'interprétation» et en liant la notion du doute raisonnable à la preuve.

(2) *Twaddle J.A., dissenting*(a) *Admissibility of Cook's Statement of Intention*

140

Twaddle J.A. stated that four questions arose from the trial judge's admission of Giesbrecht's evidence for the purpose of showing Cook's intention or state of mind on the night of the murders, namely: (1) whether a statement that is adduced to prove the intention or state of mind of a deceased person should be considered for admission under a categorized exception to the hearsay rule, or only under the principled approach to the admission of hearsay evidence enunciated in *Khan, supra*, and subsequent cases; (2) whether Cook's statement was in fact properly admitted for the purpose of illustrating Cook's state of mind or intention; (3) whether the statement would have been admissible on the basis of necessity and reliability alone, pursuant to the principles established in *Khan, supra*, and subsequent cases; and (4) whether the jury was properly instructed as to the limits of the statement's use.

141

With respect to the issue of whether the principled approach to the admissibility of hearsay should be understood as having made the exceptions to the hearsay rule irrelevant, Twaddle J.A. stated that, in *Smith, supra*, this Court made it "very clear that the new approach was to be preferred" (p. 166). Nonetheless, Twaddle J.A. noted that, even in *Smith*, this Court analysed first whether statements of the deceased were admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule, and then analysed whether they were admissible using the necessity and reliability approach. Twaddle J.A. stated that this bifurcated approach was likely taken because the trial judgment in *Smith* was rendered prior to *Khan, supra*. He stated that the appropriate test for the trial judge to have applied in the appellant's case was likely the necessity and reliability test alone. However, in light of *Smith* and the trial judge's focus on the "state of mind"

(2) *Le juge Twaddle, dissident*a) *Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook*

Le juge Twaddle a affirmé que l'admission par le juge du procès du témoignage de Giesbrecht aux fins de démontrer l'intention ou l'état d'esprit de Cook la nuit des meurtres soulevait quatre questions: 1) celle de savoir s'il y a lieu d'examiner la possibilité d'admettre une déclaration présentée en vue d'établir l'intention ou l'état d'esprit d'une personne décédée, en vertu d'une catégorie d'exceptions à la règle du ouï-dire ou seulement en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admission de la preuve par ouï-dire qui a été énoncée dans l'arrêt *Khan*, précité, et d'autres arrêts subséquents, 2) celle de savoir si la déclaration de Cook a effectivement été admise à bon droit dans le but d'illustrer l'état d'esprit ou l'intention de Cook, 3) celle de savoir si la déclaration aurait été admissible uniquement pour des raisons de nécessité et de fiabilité, conformément aux principes établis dans l'arrêt *Khan*, précité, et d'autres arrêts subséquents, et 4) celle de savoir si le jury a reçu des directives appropriées au sujet de l'utilisation limitée qui pourrait être faite de la déclaration.

Quant à savoir s'il y a lieu de considérer que la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire a rendu inutiles les exceptions à la règle du ouï-dire, le juge Twaddle a affirmé que, dans l'arrêt *Smith*, précité, notre Cour avait indiqué [TRADUCTION] «très clairement qu'il fallait choisir la nouvelle méthode» (p. 166). Néanmoins, le juge Twaddle a fait remarquer que, même dans *Smith*, notre Cour s'était d'abord demandé si les déclarations de la personne décédée étaient admissibles en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du ouï-dire, et ensuite si elles étaient admissibles selon la méthode de la nécessité et de la fiabilité. Le juge Twaddle a dit que cette méthode à deux volets avait vraisemblablement été adoptée parce que le jugement de première instance dans *Smith* avait précédé l'arrêt *Khan*, précité. Il a dit que le seul critère qu'aurait dû appliquer le juge du procès dans le cas de l'appellant

exception, Twaddle J.A. dealt with both approaches to the admissibility of Giesbrecht's testimony.

Twaddle J.A. stated that it was generally accepted that evidence of a statement made by a person who has since died is admissible to prove the state of mind or present intentions of the deceased at the time of making the statement. The controversy, Twaddle J.A. noted, is over the impermissible uses to which such *ante mortem* statements might be put by the trier of fact. In particular, there is a concern that evidence regarding the state of mind of the deceased might be misused by the trier of fact to infer the state of mind, character, or subsequent actions of the accused rather than the declarant. Twaddle J.A. stated that this concern over impermissible uses of the evidence was relevant in determining whether the probative value of the hearsay statement outweighs its prejudicial effect upon the accused, relying in this regard upon the judgment of Doherty J. (as he then was) in *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.), which was cited with approval by this Court in *Smith, supra*.

Twaddle J.A. stated that the trial judge had erred in finding that the probative value of Cook's statement to Giesbrecht outweighed its prejudicial effect. Part of the error, Twaddle J.A. explained, stemmed from the trial judge's finding that the relevant prejudice that would be suffered by the appellant if the statement was admitted was only that the jury might be inflamed by information suggesting he was inclined to commit a criminal act such as insurance fraud. Rather, Twaddle J.A. found, the prejudice was the more serious problem that the jury may have used evidence of Cook's state of mind to infer the appellant's state of mind and the appellant's subsequent course of conduct, i.e., that the appellant did in fact meet with

était probablement celui de la nécessité et de la fiabilité. Cependant, à la lumière de l'arrêt *Smith* et de l'accent mis par le juge du procès sur l'exception de l'«état d'esprit», le juge Twaddle a examiné les deux façons d'aborder l'admissibilité du témoignage de Giesbrecht.

Le juge Twaddle a affirmé qu'il était généralement accepté que la preuve d'une déclaration faite par une personne subséquemment décédée était admissible pour établir l'état d'esprit ou les intentions de cette personne au moment où elle a fait sa déclaration. Le juge Twaddle a souligné que la controverse porte sur les utilisations inacceptables que le juge des faits pourrait faire de ces déclarations *ante mortem*. On craint notamment que le juge des faits ne fasse mauvais usage de la preuve relative à l'état d'esprit de la personne décédée pour déduire l'état d'esprit, le tempérament ou les actes ultérieurs de l'accusé plutôt que ceux de l'auteur de la déclaration. Le juge Twaddle a dit que cette crainte relative aux utilisations inacceptables de la preuve était pertinente pour déterminer si la valeur probante de la déclaration relatée l'emporte sur son effet préjudiciable sur l'accusé, s'appuyant à cet égard sur le jugement rendu par le juge Doherty (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario) dans *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C. Ont.), que notre Cour a cité en l'approuvant dans l'arrêt *Smith*, précité.

Le juge Twaddle a dit que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que la valeur probante de la déclaration de Cook à Giesbrecht l'emportait sur son effet préjudiciable. Le juge Twaddle a expliqué que cette erreur découlait en partie de la conclusion du juge du procès que le seul préjudice pertinent que l'appelant subirait si la déclaration était admise était la possibilité que le jury soit indigné par des renseignements indiquant que l'appelant était enclin à commettre un acte criminel comme une fraude en matière d'assurance. Selon le juge Twaddle, le préjudice découlait plutôt du problème plus grave posé par la possibilité que le jury ait utilisé la preuve de l'état d'esprit de Cook pour déduire l'état d'esprit et la ligne de conduite ultérieure de l'appelant, autrement dit pour déduire que l'appelant avait effectivement rencon-

142

143

Cook later that night on the side of provincial highway 247.

tré Cook plus tard cette nuit-là sur l'accotement de la route provinciale 247.

144 Twaddle J.A. held further that the trial judge had erred, after finding that Giesbrecht's testimony was admissible pursuant to the "state of mind" exception, in not then holding a *voir dire* to determine the reliability of Cook's statement, in accordance with the principled approach to hearsay admissibility set out in *Khan* and *Smith*. Twaddle J.A. found that Giesbrecht's evidence was equally inadmissible on this basis. He reviewed several factors indicating that Cook's statement was unreliable, including especially Cook's strong motive to lie to Giesbrecht about his intentions on the night of the murders.

Le juge Twaddle a également décidé que, après avoir conclu que le témoignage de Giesbrecht était admissible en vertu de l'exception de l'«état d'esprit», le juge du procès avait commis une erreur en ne tenant pas de voir-dire pour déterminer la fiabilité de la déclaration de Cook, conformément à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oui-dire, qui a été énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Le juge Twaddle a conclu que le témoignage de Giesbrecht était tout aussi inadmissible pour ce motif. Il a examiné plusieurs éléments indiquant que la déclaration de Cook n'était pas fiable, en particulier les fortes raisons que Cook avait de mentir à Giesbrecht au sujet de ses intentions la nuit des meurtres.

145 Finally, Twaddle J.A. held that the trial judge had erred in his instruction to the jury regarding the permissible use of Cook's statement. Twaddle J.A. noted that, rather than caution the jury against using Cook's statement in order to prove the appellant's state of mind and subsequent actions, as he ought to have done, the trial judge in fact invited the jury to draw this impermissible inference if they felt the evidence warranted it. Twaddle J.A. held that Cook's statement to Giesbrecht was inadmissible on any basis, and that the statement's admission, particularly with an erroneous instruction to the jury regarding its permissible use, constituted reversible error.

Enfin, le juge Twaddle a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans sa directive au jury sur l'utilisation acceptable de la déclaration de Cook. Le juge Twaddle a souligné qu'au lieu de mettre le jury en garde contre l'utilisation de la déclaration de Cook pour établir l'état d'esprit de l'appelant et ses actes ultérieurs, comme il aurait dû le faire, le juge du procès avait en réalité invité le jury à tirer cette conclusion inacceptable si jamais il estimait qu'elle était justifiée par la preuve. Le juge Twaddle a statué que la déclaration de Cook à Giesbrecht était inadmissible quel que ce soit le motif invoqué, et que l'admission de la déclaration, d'autant plus qu'elle était accompagnée d'une directive erronée au jury à l'égard de l'utilisation qui pourrait en être faite, constituait une erreur donnant ouverture à révision.

(b) *Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification*

b) *Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball*

146 Twaddle J.A. characterized this issue as whether a police officer's evidence of an out-of-court identification of the accused by a witness is admissible where the witness does not testify as to whether she made the identification in question. Twaddle J.A. felt that it was important to consider this question, notwithstanding the Crown's concession on appeal that the identification evidence might have been inadmissible, because he did not agree that

Le juge Twaddle a décrit cette question comme étant de savoir si le témoignage d'un policier qui porte sur l'identification extrajudiciaire de l'accusé par un témoin est admissible lorsque ce témoin ne dépose pas au sujet de la question de savoir s'il a procédé à l'identification en cause. Bien que le ministère public ait reconnu en appel qu'il se pouvait que la preuve d'identification soit inadmissible, le juge Twaddle a estimé qu'il était important

the trial judge's cautionary instruction to the jury regarding the frailty of the identification evidence was sufficient to dispel the possibility of a miscarriage of justice.

Twaddle J.A. noted that the more common fact scenario is where a witness testifies that he or she recalls having made a previous identification of the accused, but is unable to repeat the identification in court or to recall who was identified. He stated that the law is fairly clear that, in such circumstances, a police officer may be permitted to testify simply as to the specific photograph or person pinpointed by the witness on that previous occasion: *R. v. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481 (Ont. C.A.). After reviewing some of the relevant jurisprudence, Twaddle J.A. distinguished the appellant's case from cases such as *Tat*. He stated that, where a witness does not acknowledge having made a prior identification, there is a problem because it is no longer the eyewitness implicating the accused, but the police. There is no way to test whether, in fact, the eyewitness ever implicated the accused, because there is no testimony on point.

Twaddle J.A. stated that, given the inherent frailty of identification evidence in any event, it would take exceptional circumstances for identification evidence introduced as hearsay to be sufficiently reliable to be admissible under the principled approach to hearsay admissibility. He did not find such exceptional circumstances to exist in the appellant's case.

Moving on to consider whether this ground of appeal could nonetheless be dismissed on the basis that the trial judge's cautionary instruction to the jury negated any miscarriage of justice, Twaddle J.A. held that the jury verdict might reasonably have been different if the two officers had not been permitted to testify on the alleged identification by Cheryl Ball. He stated that Ball's identification of the appellant was important because it placed the appellant in St. Norbert, whereas without Ball's identification the appellant was last seen "halfway across the city from where the crime occurred"

d'examiner cette question parce qu'il n'était pas d'accord pour dire que la mise en garde du juge du procès au jury au sujet de la fragilité de la preuve d'identification était suffisante pour écarter la possibilité d'erreur judiciaire.

Le juge Twaddle a fait remarquer que le scénario le plus courant est celui où un témoin dit qu'il se souvient avoir identifié antérieurement l'accusé, mais est incapable de l'identifier de nouveau en cour ou de se rappeler qui il a identifié. Il a affirmé que le droit est assez clair en pareil cas: on peut permettre à un policier de déposer uniquement au sujet de la photographie ou de la personne indiquée antérieurement par le témoin: *R. c. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Ont.). Après avoir examiné certains arrêts pertinents, le juge Twaddle a établi une distinction entre le cas de l'appelant et des affaires comme *Tat*. Il a affirmé que, lorsqu'un témoin ne reconnaît pas avoir effectué une identification antérieure, il en résulte un problème parce que c'est non plus le témoin oculaire mais plutôt la police qui implique l'accusé. Il n'y a aucun moyen de vérifier si, en fait, le témoin oculaire a déjà impliqué l'accusé, en raison de l'absence de témoignage à cet égard.

Le juge Twaddle a dit qu'en raison de la fragilité inhérente de la preuve d'identification il faudrait de toute manière des circonstances exceptionnelles pour qu'une preuve d'identification présentée par ouï-dire soit suffisamment fiable pour être admissible selon la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. Il a conclu à l'absence de telles circonstances exceptionnelles dans le cas de l'appelant.

Passant ensuite à la question de savoir si ce moyen d'appel pouvait néanmoins être rejeté pour le motif que la mise en garde du juge du procès au jury avait annulé toute erreur judiciaire qui pouvait avoir été commise, le juge Twaddle a conclu que le verdict rendu par le jury aurait pu raisonnablement être différent si les deux policiers n'avaient pas été autorisés à témoigner au sujet de la présumée identification par Cheryl Ball. Il a affirmé que l'identification de l'appelant par Ball était importante parce qu'elle situait l'appelant à St. Norbert, tandis que, si on fait abstraction de l'identification par

147

148

149

(p. 176). Although the trial judge cautioned the jury as to the frailty of the evidence, he also left it to the jury to decide whether to accept the identification evidence. Twaddle J.A. found that there was a reasonable possibility that the jury would not have convicted the appellant if Ball had not identified the appellant as the driver of the car that followed Cook and Weselowski to St. Norbert. This piece of evidence might have been the “last straw”, he said, allowing the Crown to meet its onus.

(c) *The Instruction on Reasonable Doubt*

150 Twaddle J.A. stated that there is a problem in instructing a jury, as the trial judge did in this case, that the word “reasonable” in the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is to be understood in its everyday, ordinary meaning. By this understanding, he said, the term “reasonable doubt” would mean that even a legitimate doubt would not stand in the way of conviction if the doubt was only moderate, or only made guilt probable. Twaddle J.A. referred on this point to the reasons of this Court in *Lifchus*, *supra*, where Cory J. stated that, while a jury should be told that absolute certainty is not required in order to convict, the jury should also be told that something more than mere probability of guilt is required for a conviction.

151 Twaddle J.A. stated that an omission to instruct the jury that a probability of guilt is not a sufficient basis upon which to convict, when the jury is instructed that absolute certainty of guilt is not required, will ordinarily be a fatal error justifying a new trial. He found that the requirement to instruct the jury that “beyond a reasonable doubt” means something more than “proof on the balance of probabilities” is particularly acute where, as in the appellant’s case, the trial judge tells the jury that the words “reasonable doubt” are to be understood in their ordinary, everyday meaning and not as having a special connotation in the criminal law

Ball, l’appelant avait été aperçu pour la dernière fois [TRADUCTION] «à mi-chemin entre le lieu du crime et l’autre bout de la ville» (p. 176). Même si le juge du procès a mis le jury en garde contre la fragilité de la preuve, il lui a quand même laissé le soin de décider d’accepter ou non la preuve d’identification. Le juge Twaddle a conclu qu’il y avait une possibilité raisonnable que le jury n’ait pas déclaré l’appelant coupable si Ball ne l’avait pas identifié comme étant le conducteur de l’automobile qui avait suivi Cook et Weselowski jusqu’à St. Norbert. Cet élément de preuve pouvait, selon lui, avoir été ce qui en fin de compte avait permis au ministère public de s’acquitter de son obligation.

c) *La directive sur le doute raisonnable*

Le juge Twaddle a affirmé qu’il est problématique de dire à un jury, comme l’a fait le juge du procès en l’espèce, que le mot «raisonnable», dans la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable qui s’applique en matière criminelle, doit être pris dans son sens ordinaire de tous les jours. Selon cette interprétation, a-t-il dit, l’expression «doute raisonnable» signifierait que même un doute légitime n’empêcherait pas une déclaration de culpabilité si le doute était seulement modéré ou s’il ne faisait que rendre probable la culpabilité. À ce propos, le juge Twaddle a renvoyé aux motifs de notre Cour dans *Lifchus*, précité, où le juge Cory a affirmé que, même si on doit dire à un jury que la certitude absolue n’est pas requise pour rendre un verdict de culpabilité, on doit aussi lui dire qu’il faut plus qu’une simple probabilité de culpabilité pour le faire.

Le juge Twaddle a affirmé que l’omission de préciser au jury que la probabilité de culpabilité n’est pas un motif suffisant pour prononcer une déclaration de culpabilité, lorsqu’on lui dit que la certitude absolue de culpabilité n’est pas requise, constitue ordinairement une erreur fatale qui justifie la tenue d’un nouveau procès. Il a conclu que l’exigence d’informer le jury que l’expression «hors de tout doute raisonnable» signifie plus qu’une «preuve selon la prépondérance des probabilités» est particulièrement cruciale lorsque, comme dans le cas de l’appelant, le juge du procès dit au jury que l’expression «doute raisonnable»

context. Following *Lifchus, supra*, Twaddle J.A. held that a review of the trial judge's charge to the jury as a whole in this case gave rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, such that a new trial was required.

IV. Issues

Three issues of law are presented by this appeal:

1. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in law in affirming the trial judge's decision to admit Jodie Giesbrecht's testimony regarding a statement of intention made by the deceased Bernard Cook?
2. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in law in affirming the trial judge's decision to admit the testimony of Constables Madden and MacLeod regarding an out-of-court identification made by Cheryl Ball?
3. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in law in finding that the trial judge had explained the concept of reasonable doubt to the jury in an adequate manner?

V. Analysis

A. *The Hearsay Issues*

(1) Introduction

The law of hearsay in Canada and throughout the common law world has long been governed by a strict exclusionary rule relaxed by a complex array of exceptions. Recently, as noted in *Smith, supra*, at p. 932, this Court has moved in a new direction by adopting a principled approach to hearsay "governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike". According to this approach, hearsay evidence may be admissible, notwithstanding the inapplicability of the categorical exceptions on the facts of the case, pro-

doit être prise dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas être considérée comme ayant une connotation particulière dans le contexte du droit criminel. Suivant l'arrêt *Lifchus*, précité, le juge Twaddle a conclu que l'examen de l'ensemble de l'exposé du juge du procès au jury en l'espèce engendrait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable, de sorte qu'un nouveau procès était requis.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions de droit:

1. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en confirmant la décision du juge du procès d'admettre le témoignage de Jodie Giesbrecht concernant la déclaration d'intention de feu Bernard Cook?
2. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en confirmant la décision du juge du procès d'admettre le témoignage des agents Madden et MacLeod concernant l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball?
3. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le juge du procès avait suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable?

V. Analyse

A. *Les questions relatives au oui-dire*

(1) Introduction

Le droit de la preuve par oui-dire au Canada et dans les ressorts de common law a longtemps été régi par une règle d'exclusion stricte tempérée par une série complexe d'exceptions. Récemment, comme on l'a souligné dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, notre Cour a changé d'orientation en adoptant une façon fondée sur des principes d'aborder le oui-dire, qui est «régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions». Selon cette méthode, la preuve par oui-dire peut être admissible malgré l'inapplicabilité des

152

153

vided the criteria of necessity and reliability set out in *Khan* are met.

154 The majority in the Court of Appeal below was of the view that hearsay evidence should be admissible either where the evidence falls within a traditional hearsay exception, or where the evidence is admissible using the principled approach developed in *Khan* and *Smith*. Twaddle J.A., dissenting, held that the principled approach must prevail in determining hearsay admissibility, and that the fact that the evidence in the particular case fell within a traditional hearsay exception was insufficient standing alone to determine its admissibility.

155 My approach in these reasons is as follows. First of all, and with respect for the contrary view, I am of the opinion that the Court of Appeal erred in finding that Cook's statement to Giesbrecht fit within the present intentions exception to the hearsay rule. I reach this conclusion for two reasons: the statement was made under circumstances of suspicion, and it was used to prove the intentions of someone other than the declarant. Having so concluded, it is necessary to ask whether the statement was admissible under the principled approach, as enunciated in *Khan, supra*, and *Smith, supra*. I conclude that it was not, much for the same reasons that it does not fall within the present intentions exception. Answering this question also raises issues respecting the interaction between the principled approach and the existing exceptions. I conclude that in the event of a conflict between the two, it is the principled approach that must prevail. The governing principles for hearsay admissibility must be reliability and necessity.

156 I begin my analysis with a brief discussion of the nature and purpose of hearsay evidence, which I hope will be helpful in defining the precise hearsay issues in the appeal, and the problem posed for the trial process by hearsay evidence more broadly. Next, I consider in turn the admissibility of Jodie

catégories d'exceptions aux faits de l'affaire, pourvu que les critères de nécessité et de fiabilité énoncés dans l'arrêt *Khan* soient respectés.

La Cour d'appel à la majorité était d'avis que la preuve par oui-dire devrait être admissible soit lorsqu'elle relève d'une exception traditionnelle à la règle du oui-dire, soit lorsqu'elle est admissible selon la méthode fondée sur des principes établie dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Le juge Twaddle, dissident, a conclu que la méthode fondée sur des principes doit l'emporter lorsqu'il s'agit de déterminer l'admissibilité de la preuve par oui-dire, et que le fait que la preuve en l'espèce ait relevé d'une exception traditionnelle à la règle du oui-dire était insuffisant à lui seul pour en déterminer l'admissibilité.

Dans les présents motifs, je procède de la façon suivante. Tout d'abord et en toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la déclaration de Cook à Giesbrecht relevait de l'exception des intentions existantes à la règle du oui-dire. Deux raisons m'incitent à tirer cette conclusion: la déclaration a été faite dans des circonstances douteuses et a servi à établir les intentions d'une personne autre que son auteur. Une fois cette conclusion tirée, il faut se demander si la déclaration était admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, comme le prévoient les arrêts *Khan* et *Smith, précités*. Je conclus qu'elle ne l'était pas, et ce, à peu près pour les mêmes raisons qu'elle ne relève pas de l'exception des intentions existantes. La réponse à cette question soulève également des questions relatives à l'interaction de la méthode fondée sur des principes et des exceptions existantes. Je conclus que, en cas de conflit entre les deux, c'est la méthode fondée sur des principes qui doit l'emporter. Les principes régissant l'admissibilité du oui-dire doivent être la fiabilité et la nécessité.

Je commence mon analyse par un bref examen de la nature et de l'objet de la preuve par oui-dire, qui, je l'espère, sera utile pour définir précisément les questions relatives au oui-dire qui se posent en l'espèce et, de façon plus générale, le problème que pose la preuve par oui-dire dans un procès. Je

Giesbrecht's testimony regarding Bernard Cook's statement of intention, and the admissibility of Constables Madden's and MacLeod's testimony regarding Cheryl Ball's out-of-court identification. As I will explain below, both statements were unreliable and should have been excluded under both the traditional exception and the principled approach.

(2) The Nature and Purpose of Hearsay Evidence

The hearsay rule is a notable exception to the general evidentiary principle that all relevant evidence is admissible. To repeat, hearsay evidence was traditionally excluded unless the hearsay evidence came within one of the so-called exceptions to the rule. While it is very difficult to express an entirely complete definition of "hearsay evidence", it will be useful to elaborate briefly on the principal defining features of hearsay before beginning to analyse the hearsay issues in this appeal.

Hearsay issues most typically arise when a witness at trial testifies regarding the contents of an earlier, out-of-court statement. Bernard Cook's alleged statement to Jodie Giesbrecht fits within this most simple definition. A statement can be hearsay even though the out-of-court statement was made by the witness at trial, or even in some cases where the only "statement" was a non-verbal assertion. The breadth of the hearsay rule is illustrated in this case by the hearsay evidence regarding Cheryl Ball's out-of-court identification, discussed more fully below. Ball was a witness in the trial proceedings in this case yet has also been posited as an out-of-court declarant for the purpose of the hearsay rule, because Constables Madden and MacLeod testified about her out-of-court statements identifying the appellant.

vais ensuite examiner à tour de rôle l'admissibilité du témoignage de Jodie Giesbrecht concernant la déclaration d'intention de Bernard Cook, et l'admissibilité du témoignage des agents Madden et MacLeod au sujet de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball. Comme je vais l'expliquer plus loin, les deux déclarations n'étaient pas fiables et auraient dû être écartées à la fois en vertu de l'exception traditionnelle et en vertu de la méthode fondée sur des principes.

(2) La nature et l'objet de la preuve par ouï-dire

La règle du ouï-dire constitue une exception remarquable au principe général en matière de preuve, qui veut que tout élément de preuve pertinent soit admissible. Encore une fois, la preuve par ouï-dire était traditionnellement écartée sauf si elle relevait de l'une des dites exceptions à la règle. Bien qu'il soit très difficile de donner une définition tout à fait complète de la «preuve par ouï-dire», il sera utile de donner brièvement des détails sur les principales caractéristiques déterminantes du ouï-dire avant d'entreprendre l'analyse des questions relatives au ouï-dire dans le présent pourvoi.

Les questions relatives au ouï-dire se posent le plus souvent lorsqu'un témoin au procès dépose au sujet du contenu d'une déclaration extrajudiciaire antérieure. La déclaration que Bernard Cook aurait faite à Jodie Giesbrecht correspond à cette définition on ne peut plus simple. Une déclaration peut constituer du ouï-dire même si la déclaration extrajudiciaire a été faite par le témoin au procès, ou même, dans certains cas, lorsque la seule «déclaration» était une affirmation non verbale. La portée de la règle du ouï-dire est illustrée en l'espèce par la preuve par ouï-dire concernant l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball, qui est analysée plus complètement ci-après. Ball était un témoin au procès dans la présente affaire, ce qui ne l'a pas empêchée d'être désignée comme étant l'auteur d'une déclaration extrajudiciaire pour les fins de la règle du ouï-dire, en raison du témoignage des agents Madden et MacLeod concernant ses déclarations extrajudiciaires dans lesquelles elle identifiait l'appellant.

157

158

159 The difficulty encountered in defining hearsay has been acknowledged many times by courts and by learned authors on the law of evidence: see, e.g., *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at pp. 40-41, *per Dickson J.* (as he then was), citing *Phipson on Evidence* (12th ed. 1976 (supplemented to 1980)), para. 625, at pp. 263-64. More recent definitions of hearsay have focussed upon the precise evidentiary concerns underlying the exclusionary rule, namely the absence of an opportunity for meaningful, contemporaneous cross-examination of the out-of-court declarant in court under oath or solemn affirmation, regarding the truth of the specific statement or expressive conduct that is sought to be admitted as proof of its contents. The central concern revolves around the inability to test the reliability of the declarant's assertion. As stated by the Law Reform Commission of Canada in its 1975 *Report on Evidence*, at pp. 68-69:

Hearsay statements are excluded from evidence in trials because of the difficulty of testing their reliability. If a person who actually observed a fact is not in court, but a statement he made to someone about it is introduced in evidence, there is no way of inquiring into that person's perception, memory, narration or sincerity. His statement about the fact might be false because he misperceived it or did not remember it correctly, or he may have misled the person to whom it was made because he used words not commonly used, or he may simply have lied about it. These factors, which determine the reliability of his statement, can only be tested if he is in the courtroom and subject to cross-examination.

160 It was this fundamental concern with reliability to which Lamer C.J. was adverting when, speaking for the majority of the Court in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 764, he articulated the central "hearsay dangers" as "the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour and therefore the credibility of the

La difficulté qu'il y a à définir le oui-dire a été reconnue à maintes reprises par les tribunaux et par les auteurs de doctrine sur le droit de la preuve: voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, aux pp. 40 et 41, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), citant *Phipson on Evidence* (12^e éd. 1976 (avec suppléments jusqu'en 1980)), par. 625, aux pp. 263 et 264. Des définitions plus récentes du oui-dire ont mis l'accent sur les préoccupations mêmes en matière de preuve qui sous-tendent la règle d'exclusion, à savoir l'impossibilité de faire subir en cour à l'auteur de la déclaration extrajudiciaire, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, au moment précis où il fait cette déclaration, un contre-interrogatoire utile sur la véracité de la déclaration ou conduite expressive particulière que l'on cherche à faire admettre comme preuve de son contenu. La préoccupation majeure a trait à l'impossibilité de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Comme l'a affirmé la Commission de réforme du droit du Canada, à la p. 77 de son *Rapport sur la preuve* publié en 1975:

Le droit refuse d'admettre en preuve les déclarations par oui-dire à cause de la difficulté d'en contrôler la véracité. Si au lieu d'entendre la déposition de celui qui a observé un fait particulier, on se contente de présenter en preuve une déclaration qu'il a faite à ce sujet à un tiers, il n'est pas possible de mettre à l'épreuve la perception de l'auteur de la déclaration, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité. Il se peut que sa déclaration s'avère inexacte soit parce qu'il a eu du fait une mauvaise perception, soit parce qu'il ne s'en souvient pas correctement, soit parce qu'il a induit son interlocuteur en erreur en employant des mots qui ne sont pas d'usage courant, soit parce qu'il a carrément menti. Si on veut contrôler ces divers facteurs sur lesquels repose la véracité d'une déclaration, il faut que son auteur soit présent à l'audience et qu'il soit soumis au feu du contre-interrogatoire.

C'est à cette préoccupation fondamentale de fiabilité que faisait allusion le juge en chef Lamer lorsque, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, à la p. 764, il a affirmé que les principaux «dangers [...] de la preuve par oui-dire» étaient «l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite, l'impossi-

declarant when the statement was made (as well as the trier's inability to ensure that the witness actually said what is claimed), and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent". See similarly E. M. Morgan, "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177; S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), vol. 1, at pp. 239-41.

Cross on Evidence (7th ed. 1990) describes the hearsay rule in the following terms, at p. 42:

... an assertion other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings is inadmissible as evidence of any fact asserted. [Emphasis in original.]

It is of interest to note that the above formulation was adopted as correct by the House of Lords in *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, at p. 11. Though formulated differently, the definition of hearsay promulgated by the United States Federal Rule of Evidence 801 is similar: "Hearsay" is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted". "Statement" is defined as "(1) an oral or written assertion or (2) nonverbal conduct of a person, if it is intended by the person as an assertion". The most recent edition of Professor McCormick's treatise on evidence (*McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 2, at § 246) has adopted this definition.

These articulations of the hearsay rule make clear that hearsay evidence is defined not by the nature of the evidence *per se*, but by the use to which the evidence is sought to be put: namely, to prove that what is asserted is true. When the out-of-court statement is offered for its truth, the inability to cross-examine or "test" the source of the evidence in court under oath or solemn affirmation as to the truth of the assertion undermines its reliability: see I. Younger, *An Irreverent Intro-*

bilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite (ainsi que l'impossibilité pour le juge des faits de s'assurer que le témoin a vraiment dit ce que l'on prétend qu'il a dit), et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite». Voir, dans le même sens, E. M. Morgan, «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177; S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), vol. 1, aux pp. 239 à 241.

Dans *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), l'auteur décrit ainsi la règle du oui-dire, à la p. 42:

[TRADUCTION] ... une affirmation autre que celle faite par une personne qui témoigne au cours d'un procès est inadmissible *comme preuve des faits qui y sont rapportés*. [En italique dans l'original.]

Il est intéressant de noter que la formulation susmentionnée a été jugée exacte par la Chambre des lords dans l'arrêt *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, à la p. 11. Quoique formulée différemment, la définition du oui-dire promulguée aux États-Unis par la règle 801 des *Federal Rules of Evidence* est similaire: [TRADUCTION] «Le "oui-dire" est une déclaration, autre que celle que le déclarant fait en témoignant au procès ou à l'audience, présentée en preuve pour établir la véracité de l'affirmation qui est faite». Le mot «déclaration» est défini comme [TRADUCTION] «(1) une affirmation orale ou écrite ou (2) un comportement non verbal d'une personne, si celle-ci veut qu'il constitue une affirmation». Le professeur McCormick adopte cette définition dans l'édition la plus récente de son traité sur la preuve, *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 2, au § 246.

Il ressort clairement de ces formulations de la règle du oui-dire que la preuve par oui-dire se définit en fonction non pas de la nature de la preuve elle-même, mais de l'utilisation que l'on cherche à en faire, à savoir, établir la véracité de ce qui est affirmé. Lorsqu'on invoque une déclaration extrajudiciaire pour en démontrer la véracité, l'impossibilité de contre-interroger la source de cette preuve en cour, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, en vue de «vérifier» la véracité de

duction to Hearsay (1977), an address to the American Bar Association Annual Meeting, Atlanta, Georgia, August 11, 1976. In short, the essential defining features of hearsay are the purpose for which the evidence is adduced, and the absence of a meaningful opportunity to cross-examine the declarant in court under oath or solemn affirmation as to the truth of its contents.

163 With this understanding of the nature and purpose of the hearsay rule in mind, I now turn to consider the hearsay evidence and exceptions at issue in this appeal.

(3) Admissibility of Cook's Statement of Intention

(a) *The Proposed Use of Cook's Statement*

164 Assuming the veracity of Jodie Giesbrecht's testimony at trial, approximately one hour before Cook was killed, he told Giesbrecht that he had to "go and do an Autopac scam with Robert", meaning the appellant.

165 The first stage of the hearsay analysis is to ask whether Cook's out-of-court statement to Giesbrecht is sought to be adduced in order to prove the truth of its contents. The Crown acknowledged in the courts below that the purpose of adducing Cook's statement was to illustrate Cook's immediate intention, shortly prior to his death, to go with the appellant to wreck a car for insurance purposes. Cook's intended course of action on the night of his murder was relevant, the Crown argued, because the jury could infer from this evidence of intention that Cook followed through on his intention, thus shedding light upon the location of the murders and the presence of a wrecked car at the scene. The Crown submitted that the statement, if true, also linked the appellant to Cook, the car, and the scene. In short, the intention to "go and do an Autopac scam with Robert"

l'affirmation qui est faite en mine la fiabilité: voir I. Younger, *An Irreverent Introduction to Hearsay* (1977), allocution prononcée lors de l'assemblée annuelle de l'American Bar Association tenue à Atlanta, en Géorgie, le 11 août 1976. Bref, les caractéristiques déterminantes essentielles du ouï-dire sont le but dans lequel la preuve est présentée et l'absence d'occasion utile de contre-interroger le déclarant en cour, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, relativement à la véracité du contenu de cette preuve.

Ayant à l'esprit cette conception de la nature et du but de la règle du ouï-dire, je vais maintenant examiner la preuve par ouï-dire et les exceptions qui sont en cause dans le présent pourvoi.

(3) Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook

a) *L'utilisation proposée de la déclaration de Cook*

Si le témoignage de Jodie Giesbrecht au procès est tenu pour avéré, Cook a dit à Giesbrecht, environ une heure avant d'être tué, qu'il devait [TRADUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert», c'est-à-dire l'appellant.

La première étape de l'analyse du ouï-dire consiste à se demander si le but dans lequel on cherche à présenter la déclaration extrajudiciaire de Cook à Giesbrecht est d'établir la véracité de son contenu. Le ministère public a reconnu devant les tribunaux d'instance inférieure que la présentation de la déclaration de Cook visait à démontrer l'intention immédiate de Cook, peu de temps avant son décès, d'aller avec l'appellant envoyer une automobile à la ferraille à des fins d'assurance. La façon dont Cook comptait agir la nuit où il a été assassiné était pertinente, selon le ministère public, parce que le jury pouvait déduire de cette preuve d'intention que Cook avait donné suite à son intention, ce qui expliquait donc l'endroit où les meurtres avaient été commis et la présence d'une automobile accidentée sur ces lieux. Le ministère public a soutenu que la déclaration, si elle était véridique, reliait également l'appellant à Cook, à l'automobile et aux lieux. Bref, l'intention d'«aller frauder l'Autopac

is the content of Cook's statement, and the Crown sought to use the statement as proof of its contents.

It is very important to note that the Crown's proposed use of Cook's statement to Giesbrecht went beyond proving just Cook's intentions. In his closing address to the jury, Crown counsel argued that Cook's statement proved that the appellant "proposed that [Autopac] scheme to Cook because it would isolate Cook if he followed along with it, without alarming him". Given the trial judge's instruction to the jury that it was "for [them] to decide whether the evidence of Cook's statement about the scam goes as far as the Crown would have [them] believe", it is apparent that the evidence was also admitted in order to prove the intentions, and subsequent actions in conformity therewith, of the appellant. By permitting the Crown's argument to go to the jury, the trial judge expressly permitted the jury to infer the appellant's intentions and subsequent conduct based on Cook's statement of intention to Giesbrecht.

In light of these proposed uses of the statement, Giesbrecht's testimony regarding Cook's statement to her is hearsay and would generally be inadmissible as such. It was an out-of-court statement, and it was offered by the Crown to prove the truth of the matter asserted; namely, that Cook intended to do an Autopac scam with Starr. The next stage of the hearsay analysis is to examine whether Giesbrecht's evidence is nonetheless admissible under the appropriate exception.

(b) *The "State of Mind" or "Present Intentions" Exception to the Hearsay Rule*

(i) Scope of the Rule

The Crown argued that the "state of mind" or "present intentions" exception to the hearsay rule applied to render Cook's statement to Giesbrecht

avec Robert» constitue le contenu de la déclaration de Cook, et le ministère public a cherché à utiliser cette déclaration comme preuve de son contenu.

Il est très important de souligner que le ministère public ne comptait pas utiliser la déclaration de Cook à Giesbrecht seulement pour établir les intentions de Cook. Dans son exposé final au jury, le substitut du procureur général a fait valoir que la déclaration de Cook prouvait que l'appellant avait [TRADUCTION] «proposé ce plan [concernant l'Autopac] à Cook parce que cela permettrait de l'isoler sans éveiller aucune crainte chez lui s'il y participait». Compte tenu de la directive du juge du procès aux jurés, selon laquelle il leur [TRADUCTION] «appart[enait] de décider si la preuve de la déclaration de Cook au sujet de la fraude [allait] aussi loin que le ministère public vou[lait] [leur] faire croire», il appert que cet élément de preuve a également été admis pour établir les intentions de l'appellant et les actes qu'il a accomplis pour donner suite à ces intentions. En permettant que l'argument du ministère public soit soumis à l'appréciation du jury, le juge du procès a expressément permis au jury de déduire de la déclaration d'intention de Cook à Giesbrecht les intentions de l'appellant et sa conduite subséquente.

Compte tenu de ces utilisations proposées de la déclaration, le témoignage de Giesbrecht concernant la déclaration que lui avait faite Cook est du oui-dire et serait généralement inadmissible pour cette raison. Il s'agissait d'une déclaration extrajudiciaire que le ministère public a présentée en preuve pour établir la véracité de l'affirmation qui était faite, à savoir que Cook avait l'intention de frauder l'Autopac avec Starr. L'étape suivante de l'analyse du oui-dire consiste à vérifier si le témoignage de Giesbrecht est néanmoins admissible en vertu de l'exception pertinente.

b) *L'exception de l'«état d'esprit» ou des «intentions existantes» à la règle du oui-dire*

(i) La portée de la règle

Le ministère public a fait valoir que l'exception de l'«état d'esprit» ou des «intentions existantes» à la règle du oui-dire avait pour effet de rendre

166

167

168

admissible. This exception was most recently discussed in detail by this Court in *Smith, supra*, where it was recognized that an “exception to the hearsay rule arises when the declarant’s statement is adduced in order to demonstrate the intentions, or state of mind, of the declarant at the time when the statement was made” (p. 925). Wigmore has argued that the present intentions exception also includes a requirement that a statement “be of a *present existing state of mind*, and must appear to have been made in a natural manner and not under circumstances of suspicion”: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), at § 1725, p. 129 (emphasis in original). L’Heureux-Dubé J., at para. 63 of her reasons, denies that Wigmore’s suggestion has ever been adopted in our jurisprudence. As I will discuss below, regardless of whether the present intentions requirement ever had such a requirement, the principled approach demands that it must have it now. I will therefore examine the admissibility of Cook’s statement under the present intentions exception in light of that understanding.

admissible la déclaration de Cook à Giesbrecht. Cette exception a, la dernière fois, été examinée en profondeur par notre Cour dans l’arrêt *Smith*, précité, où il a été reconnu qu’une «exception à la règle du ouï-dire s’applique lorsque la déclaration du déclarant est présentée pour démontrer ses intentions ou son état d’esprit au moment où il l’a faite» (p. 925). Wigmore a fait valoir que l’exception des intentions existantes comporte aussi une exigence selon laquelle la déclaration [TRADUCTION] «doit refléter un *état d’esprit actuel* et doit paraître avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses»: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), au § 1725, p. 129 (en italique dans l’original). Au paragraphe 63 de ses motifs, le juge L’Heureux-Dubé affirme que la proposition de Wigmore n’a jamais été adoptée dans notre jurisprudence. Comme nous le verrons plus loin, peu importe que l’exception des intentions existantes ait jamais comporté une telle exigence, la méthode fondée sur des principes requiert qu’elle la comporte maintenant. Je vais donc examiner l’admissibilité de la déclaration de Cook en vertu de l’exception des intentions existantes, en tenant pour acquis que l’exception des intentions existantes comporte cette exigence.

169

In *Smith*, Lamer C.J. explained that the exception as it has developed in Canada permits the admission into evidence of statements of intent or of other mental states for the truth of their contents and also, in the case of statements of intention in particular, to support an inference that the declarant followed through on the intended course of action, provided it is reasonable on the evidence for the trier of fact to infer that the declarant did so. At the same time, there are certain inferences that may not permissibly be drawn from hearsay evidence of the out-of-court declarant’s intentions. On this point, Lamer C.J. cited with approval (at p. 927) from the judgment of Doherty J. in *P. (R.)*, *supra*, at pp. 343-44, where the case law was summarized as follows:

The evidence is not, however, admissible to show the state of mind of persons other than the deceased (unless they were aware of the statements), or to show that per-

Dans l’arrêt *Smith*, le juge en chef Lamer a expliqué que l’exception qui est appliquée au Canada permet l’admission en preuve des déclarations d’intention et d’autres états d’esprit pour établir la véracité de leur contenu et, notamment dans le cas des déclarations d’intention, pour étayer la déduction que le déclarant a donné suite à la façon dont il comptait agir, pourvu que la preuve permette raisonnablement au juge des faits de déduire que le déclarant l’a fait. En même temps, il n’est pas permis de se servir de la preuve par ouï-dire pour effectuer certaines déductions concernant les intentions de l’auteur d’une déclaration extrajudiciaire. À ce propos, le juge en chef Lamer a cité, en l’approuvant (à la p. 927), un extrait de la décision du juge Doherty dans *P. (R.)*, précité, aux pp. 343 et 344, où la jurisprudence est résumée ainsi:

[TRADUCTION] Toutefois, la preuve n’est pas admissible pour montrer l’état d’esprit de personnes autres que la personne décédée (à moins que celles-ci n’aient été au

sons other than the deceased acted in accordance with the deceased's stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person. The evidence is also not admissible to establish that past acts or events referred to in the utterances occurred.

As noted by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, in *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at § 6.236, in *Smith* the Court adopted "the proposition that the admissibility of statements of intention were to be limited to the declarant's state of mind and could not be used to prove the act or intention of any other person". It is important to emphasize that even in "cases where the act was a joint one involving the deceased and another person", the hearsay is not generally admissible to show the intentions of a third party. I draw this conclusion for two reasons.

First, I can find no support in Canadian jurisprudence for the proposition that statements of intention are admissible against someone other than the declarant, apart from the one comment by Doherty J. noted above. Any other interpretation focusses on the exception and ignores the rule. In support of the proposition quoted above, Doherty J. cited three U.S. cases. All three had held that statements about joint acts were only admissible to prove the state of mind of the declarant: see *Giles v. United States*, 432 A.2d 739 (D.C. App. 1981), at pp. 745-46; *United States v. Brown*, 490 F.2d 758 (D.C. Cir. 1973); *People v. Madson*, 638 P.2d 18 (Colo. 1981). See also *Shepard v. United States*, 290 U.S. 96 (1933), at pp. 105-6; D. Kiesel, "One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the *Hillmon* Doctrine" (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699, at pp. 738-39; and J. M. Maguire, "The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After" (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709, at p. 721.

courant des déclarations) ou pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble. La preuve n'est pas non plus admissible pour établir que les actes ou événements antérieurs mentionnés dans les déclarations se sont produits.

Comme l'ont souligné J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant dans *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), au § 6.236, notre Cour a adopté, dans l'arrêt *Smith*, [TRADUCTION] «la proposition selon laquelle seules les déclarations d'intention portant sur l'état d'esprit de leur auteur seraient admissibles et ces déclarations ne pourraient pas être utilisées pour prouver l'acte ou l'intention de toute autre personne». Il importe de souligner que, même dans «le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble», le ouï-dire n'est généralement pas admissible pour démontrer les intentions d'un tiers. Deux raisons m'amènent à tirer cette conclusion.

Premièrement, je ne trouve rien dans la jurisprudence canadienne qui étaye la proposition selon laquelle les déclarations d'intention sont admissibles contre une personne autre que leur auteur, à l'exception du commentaire susmentionné du juge Doherty. Toute autre interprétation est axée sur l'exception et ne tient pas compte de la règle. À l'appui de la proposition susmentionnée, le juge Doherty a cité trois décisions américaines. Dans les trois cas, la cour a conclu que les déclarations relatives à des actes accomplis conjointement n'étaient admissibles que pour prouver l'état d'esprit du déclarant: voir *Giles c. United States*, 432 A.2d 739 (D.C. App. 1981), aux pp. 745 et 746; *United States c. Brown*, 490 F.2d 758 (D.C. Cir. 1973); *People c. Madson*, 638 P.2d 18 (Colo. 1981). Voir également *Shepard c. United States*, 290 U.S. 96 (1933), aux pp. 105 et 106; D. Kiesel, «One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the *Hillmon* Doctrine» (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699, aux pp. 738 et 739; et J. M. Maguire, «The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After» (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709, à la p. 721.

170

171

- 172 Second, there are very good reasons behind the rule against allowing statements of present intention to be used to prove the state of mind of someone other than the declarant. As noted above, the central concern with hearsay is the inability of the trier of fact to test the reliability of the declarant's assertion. When the statement is tendered to prove the intentions of a third party, this danger is multiplied. If a declarant makes a statement about the intentions of a third party, there are three possible bases for this statement: first, it could be based on a prior conversation with the accused; second, it could be based on a prior conversation with a fourth party, who indicated the third party's intentions to the declarant; or third, it could be based on pure speculation on the part of the declarant. Under the first scenario, the statement is double hearsay. Since each level of double hearsay must fall within an exception, or be admissible under the principled approach, the mere fact that the declarant is making a statement of present intention is insufficient to render it admissible. The second level of hearsay must also be admissible.
- Deuxièmement, d'excellentes raisons sous-tendent la règle interdisant l'utilisation des déclarations d'intention existante pour prouver l'état d'esprit d'une personne autre que le déclarant. Comme nous l'avons vu, le principal problème que pose le oui-dire est l'incapacité du juge des faits de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Lorsque la déclaration est présentée pour prouver les intentions d'un tiers, ce danger s'accroît. La déclaration qu'une personne fait au sujet des intentions d'un tiers peut avoir trois fondements: premièrement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec l'accusé; deuxièmement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec une quatrième personne, qui a fait part des intentions du tiers au déclarant; troisièmement, elle peut être fondée sur de simples hypothèses de la part du déclarant. Selon le premier scénario, la déclaration constitue du double oui-dire. Étant donné que chaque niveau du double oui-dire doit relever d'une exception ou être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, le simple fait que le déclarant fasse une déclaration d'intention existante est insuffisant pour la rendre admissible. Le deuxième niveau de oui-dire doit également être admissible.
- 173 The other two scenarios also clearly require exclusion. If the statement about joint acts is based on a conversation with a fourth party, then the statement is triple hearsay, or worse. If, on the other hand, it is based on pure speculation, then it clearly is unreliable and does not fit within the rationale underlying the present intentions exception.
- Les deux autres scénarios commandent aussi manifestement l'exclusion. Si la déclaration au sujet des actes accomplis conjointement est fondée sur une conversation avec une quatrième personne, la déclaration constitue alors du triple oui-dire ou pis encore. Si, par contre, elle est fondée sur de simples hypothèses, elle n'est manifestement pas fiable et n'est pas conforme au raisonnement qui sous-tend l'exception des intentions existantes.
- 174 In conclusion then, a statement of intention cannot be admitted to prove the intentions of someone other than the declarant, unless a hearsay exception can be established for each level of hearsay. One way to establish this would obviously be the co-conspirator exception: see *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pp. 303-7. This is no doubt what Doherty J. was referring to in *P. (R.)*, *supra*, when he spoke of "cases where the act was a joint one involving the deceased and another person" (p. 344). Barring the
- En conclusion, une déclaration d'intention ne saurait donc être admise pour prouver les intentions d'une personne autre que le déclarant à moins qu'il ne soit possible d'établir qu'une exception à la règle du oui-dire s'applique à chaque niveau de oui-dire, ce qui pourrait évidemment être fait notamment au moyen de l'exception des coauteurs d'un complot: voir *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, aux pp. 303 à 307. Il n'y a pas de doute que c'est ce à quoi le juge Doherty faisait allusion dans la déci-

applicability of this or some other exception to each level of hearsay involved, statements of joint intention are only admissible to prove the declarant's intentions.

(ii) Application to this Appeal

As noted above, the trial judge below admitted Cook's statement to Jodie Giesbrecht as admissible hearsay evidence of Cook's "state of mind to go with the accused", and as evidence from which the jury could infer that Cook acted in accordance with his stated intentions. He also admitted it as evidence from which the jury could conclude that the appellant "proposed that [Autopac] scheme to Cook because it would isolate Cook if he followed along with it, without alarming him". Therefore the evidence was admitted not only to prove the intentions of the declarant Cook, but also of a third party — the appellant-accused.

All three judges in the Court of Appeal below accepted as a preliminary proposition that Cook's statement to Giesbrecht fell within the traditional "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule. Although Twaddle J.A., dissenting, considered it inappropriate to admit Cook's statement, especially to show the intentions and subsequent course of conduct of the appellant, he would have excluded the statement through an application of the principled approach to hearsay admissibility, or alternatively pursuant to the court's residual discretion to exclude evidence where its prejudicial effect outweighs its probative force. Ordinarily, given our limited jurisdiction on appeals as of right, our scope of review would be limited to those issues raised by Twaddle J.A.'s dissent. However, by ordering a re-hearing we expanded the scope of our review to include the question, answered unanimously in the affirmative

sion *P. (R.)*, précitée, lorsqu'il a mentionné [TRADUCTION] «le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble» (p. 344). À moins qu'il ne soit possible d'appliquer cette exception ou quelque autre exception à chaque niveau de ouï-dire en cause, les déclarations d'intention commune ne sont admissibles que pour établir les intentions du déclarant.

(ii) Application au présent pourvoi

Comme nous l'avons vu, le juge du procès a décidé que la déclaration de Cook à Jodie Giesbrecht était admissible à titre de preuve par ouï-dire de [TRADUCTION] «l'intention [de Cook] d'accompagner l'accusé», et à titre de preuve permettant au jury de déduire que Cook avait donné suite à ses intentions explicites. Il l'a également admise à titre de preuve permettant au jury de conclure que l'appelant avait [TRADUCTION] «proposé ce plan [concernant l'Autopac] à Cook parce que cela permettrait de l'isoler sans éveiller aucune crainte chez lui s'il y participait». La preuve a donc été admise pour prouver non seulement les intentions du déclarant Cook, mais également celles d'un tiers — l'appelant-accusé.

Les trois juges de la Cour d'appel ont tous tenu pour acquis, au départ, que la déclaration de Cook à Giesbrecht relevait de l'exception traditionnelle des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du ouï-dire. Même s'il estimait qu'il ne convenait pas d'admettre la déclaration de Cook, particulièrement pour démontrer les intentions et la ligne de conduite ultérieure de l'appelant, le juge Twaddle, dissident, aurait écarté la déclaration en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, ou, subsidiairement, en vertu du pouvoir discrétionnaire résiduel de la cour d'écarter une preuve lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Vu la compétence limitée que nous possédons en matière de pourvois de plein droit, notre examen serait normalement limité aux questions soulevées par la dissidence du juge Twaddle. Toutefois, lorsque nous avons ordonné la tenue d'une nouvelle audition, nous avons étendu la portée de notre examen de manière à inclure la question de savoir si la déclaration de Cook à Giesbrecht

175

176

below, of whether Cook's statement to Giesbrecht falls within the present intentions exception.

177 With great respect to the Court of Appeal, I conclude that the trial judge erred in admitting Cook's statement to Giesbrecht under the present intentions exception and, having admitted it, in not limiting its use by the jury, for three reasons. First, the statement contained no indicia of reliability since it was made under circumstances of suspicion; second, the trial judge failed to instruct the jury that the statement was only admissible as evidence regarding the intentions of Cook, not the appellant; and third, even if it had been properly limited, the evidence was more prejudicial than probative.

178 Turning first to the circumstances of suspicion, I agree with Twaddle J.A. that the statement lacked circumstantial guarantees of trustworthiness. As Twaddle J.A. noted, Cook and Giesbrecht had been romantically involved for almost two years. Cook had lived with Giesbrecht and her mother for a time, and had spent the night before his murder with Giesbrecht, after getting out of jail. Then, in the early morning hours of August 21, 1994, Giesbrecht observed Cook in the car of another woman, Darlene Weselowski. Giesbrecht testified that she thought Cook might try to "take off on her" if he saw Giesbrecht approaching the car, and she endeavoured not to be seen by Cook until she was close enough to talk to him. After an initial confrontation, Giesbrecht walked away into an alley behind the gas station, where Cook followed her. Their conversation ended in an argument because Cook was with Weselowski. She was angry at Cook for being with another woman, and asked him expressly why Cook would not come home with her rather than remain with Weselowski. It was at this point, and in this heated context, that Cook said he was going to engage in an Autopac scam with the appellant, who was sitting in a car

relève de l'exception des intentions existantes, à laquelle la Cour d'appel a unanimement donné une réponse affirmative.

En toute déférence pour la Cour d'appel, trois raisons m'amènent à conclure que le juge du procès a eu tort d'admettre la déclaration de Cook à Giesbrecht en vertu de l'exception des intentions existantes et de ne pas en délimiter l'utilisation par le jury après l'avoir admise. Premièrement, la déclaration n'offrait aucun signe de fiabilité étant donné qu'elle a été faite dans des circonstances douteuses; deuxièmement, le juge du procès n'a pas dit au jury que cette déclaration était admissible pour établir les intentions de Cook seulement et non celles de l'appellant; troisièmement, même si son utilisation avait été délimitée correctement, la preuve était plus préjudiciable que probante.

En ce qui concerne d'abord les circonstances douteuses, je partage l'avis du juge Twaddle que la déclaration n'offrait aucune garantie circonstancielle de fiabilité. Comme le juge Twaddle l'a souligné, Cook et Giesbrecht avaient une liaison amoureuse depuis presque deux ans. Cook avait vécu avec Giesbrecht et sa mère pendant un certain temps, et il avait passé la nuit précédant le meurtre avec Giesbrecht, après être sorti de prison. Ensuite, aux petites heures du matin du 21 août 1994, Giesbrecht a aperçu Cook dans l'automobile d'une autre femme, Darlene Weselowski. Giesbrecht a témoigné qu'elle pensait que Cook pourrait essayer de «la fuir» s'il la voyait s'approcher de l'automobile, et qu'elle s'était efforcée d'échapper au regard de Cook jusqu'à ce qu'elle se trouve assez près pour lui parler. Après un premier affrontement, Giesbrecht s'est dirigée vers une ruelle derrière la station-service, où Cook l'a suivie. Leur conversation s'est terminée par une dispute parce que Cook était en compagnie de Weselowski. Elle était en colère contre Cook parce qu'il était avec une autre femme et elle lui a demandé expressément pourquoi il ne la raccompagnerait pas chez elle au lieu de rester avec Weselowski. C'est à ce moment et dans ce contexte animé que Cook a dit qu'il allait frauder l'Autopac avec l'appellant, qui se trouvait dans une automobile stationnée tout près. Giesbrecht a témoigné que Cook n'avait pas

nearby. Giesbrecht testified that it was unusual for Cook to discuss such business matters with her.

Twaddle J.A. found that the circumstances surrounding the making of the statement cast serious doubt upon the reliability of the statement. The possibility that Cook was untruthful could not be said to have been substantially negated. Twaddle J.A. relied, in particular, upon the fact that Cook may have had a motive to lie in order to make it seem that he was not romantically involved with Weselowski, and upon the ease with which Cook could point to the appellant, who was sitting nearby in a car but out of earshot, as being the person with whom he was going to do a scam. In my view, Twaddle J.A. was correct in finding that these circumstances bring the reliability of Cook's statement into doubt. The statement was made under "circumstances of suspicion", and therefore does not fall within the present intentions exception. The statement should have been excluded.

The statement was also inadmissible for the purpose tendered because it was a statement of joint intention. Even assuming, contrary to the foregoing, that the Court of Appeal was correct in concluding that Cook's statement was admissible with respect to his own intentions under the present intentions exception, we must remember that Cook's statement was at least double hearsay, if not worse. The Crown did not establish how Cook became qualified to comment on the appellant's intentions. The only hearsay exception that could conceivably apply is the co-conspirator exception. However, this exception was never raised at trial, and therefore the trial judge did not even attempt to comply with the strict requirements for this exception set out in *Carter, supra*.

I should emphasize that statements of intention are not automatically inadmissible simply because they refer to joint acts. As Twaddle J.A. noted at

coutume de discuter d'affaires de ce genre avec elle.

Le juge Twaddle a conclu que les circonstances ayant entouré la déclaration soulevaient de sérieux doutes sur la fiabilité de cette dernière. On ne pouvait pas dire que la possibilité que Cook ait menti était vraiment écartée. Le juge Twaddle s'est notamment fondé sur le fait que Cook pouvait avoir eu un motif de mentir dans le but de faire croire qu'il n'avait aucune liaison amoureuse avec Weselowski, et sur la facilité avec laquelle Cook avait pu indiquer que l'appellant, qui se trouvait dans une automobile stationnée tout près mais qui était trop loin pour entendre ce qui se disait, était la personne avec qui il commettrait une fraude. J'estime que le juge Twaddle a eu raison de conclure que ces circonstances faisaient douter de la fiabilité de la déclaration de Cook. La déclaration a été faite dans des «circonstances douteuses» et ne relève donc pas de l'exception des intentions existantes. Elle aurait dû être écartée.

La déclaration était également inadmissible aux fins pour lesquelles elle a été présentée parce qu'il s'agissait d'une déclaration d'intention commune. Même si, contrairement à ce qui précède, on tient pour acquis que la Cour d'appel a eu raison de conclure que la déclaration de Cook était admissible pour établir ses propres intentions en vertu de l'exception des intentions existantes, nous devons nous rappeler que cette déclaration constituait au moins du double ouï-dire ou pis encore. Le ministère public n'a pas établi ce qui avait rendu Cook apte à parler des intentions de l'appellant. La seule exception à la règle du ouï-dire qui pouvait s'appliquer en théorie est celle des coauteurs d'un complot. Cette exception n'a toutefois jamais été invoquée au procès, de sorte que le juge du procès n'a même pas tenté de se conformer aux exigences strictes qu'elle comporte selon l'arrêt *Carter*, précité.

Je dois souligner que les déclarations d'intention ne sont pas automatiquement inadmissibles du seul fait qu'elles renvoient à des actes accomplis con-

179

180

181

p. 167 of his dissent, “[t]he controversy is not so much over whether such a statement can be admitted in evidence, but rather over the use to which it can be put”. Therefore statements of intention, which refer to intentions of persons other than the declarant, may be admissible if the trial judge clearly restricts their use to proving the declarant’s intentions, and if it is more probative than prejudicial.

182 McLachlin C.J. disagrees with the foregoing, particularly with the statement of L’Heureux-Dubé J. at para. 67 (with which I agree) that “[i]t is common cause that the ‘present intentions’ exception may not be used to infer that a third party acted in accordance with the declarant’s stated intention”. McLachlin C.J., at para. 13, argues that she would “not state the matter so categorically” as “in some circumstances the statement of joint intention can be fairly considered along with other evidence in deciding what the third party did”. In fact, no such blanket rule is being laid down in this case. Doherty J.’s statement on this point in *P. (R.)*, *supra*, at p. 344 (as mentioned by L’Heureux-Dubé J. at para. 67 of her reasons) correctly states the law:

The rules of evidence as developed to this point do not exclude evidence of utterances by a deceased which reveal her state of mind, but rather appear to provide specifically for their admission where relevant. The evidence is not, however, admissible to show the state of mind of persons other than the deceased (unless they were aware of the statements), or to show that persons other than the deceased acted in accordance with the deceased’s stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person. The evidence is also not admissible to establish that past acts or events referred to in the utterances occurred.

jointement. Comme le juge Twaddle l’a fait remarquer à la p. 167 de sa dissidence, [TRADUCTION] «[l]a controverse ne porte pas tant sur la question de savoir si une telle déclaration peut être admise en preuve, que sur l’utilisation qui peut en être faite». Par conséquent, les déclarations d’intention, qui renvoient aux intentions de personnes autres que le déclarant, peuvent être admissibles si le juge du procès en restreint clairement l’utilisation à la preuve des intentions du déclarant et si elles sont plus probantes que préjudiciables.

Le juge en chef McLachlin est en désaccord avec ce qui précède, en particulier avec l’affirmation (à laquelle je souscris) que le juge L’Heureux-Dubé fait au par. 67 de ses motifs, selon laquelle «[i]l est généralement reconnu que l’exception des «intentions existantes» ne saurait servir à déduire qu’un tiers a donné suite à l’intention explicite de l’auteur de la déclaration». Le juge en chef McLachlin dit, au par. 13, qu’elle ne serait «pas aussi catégorique à ce propos» étant donné que «dans certaines circonstances, la déclaration d’intention commune peut, à juste titre, être prise en considération conjointement avec d’autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait». En réalité, aucune règle générale de cette nature n’est établie en l’espèce. L’affirmation que le juge Doherty fait à ce sujet dans la décision *P. (R.)*, précitée, à la p. 344 (que le juge L’Heureux-Dubé mentionne au par. 67 de ses motifs), décrit bien la règle applicable:

[TRADUCTION] Les règles de preuve établies jusqu’à ce jour n’excluent pas la preuve des déclarations d’une personne décédée qui révèlent son état d’esprit, mais paraissent plutôt prévoir expressément leur admission lorsque cela est utile. Toutefois, la preuve n’est pas admissible pour montrer l’état d’esprit de personnes autres que la personne décédée (à moins que celles-ci n’aient été au courant des déclarations) ou pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d’un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble. La preuve n’est pas non plus admissible pour établir que les actes ou événements antérieurs mentionnés dans les déclarations se sont produits.

This statement of the present intention exception was adopted by this Court in *Smith, supra*, at p. 927.

Where we disagree, however, is over the application of these principles in this case. McLachlin C.J., at para. 13, concludes that “Cook’s statement may be viewed as one piece of circumstantial evidence supporting the inference that Starr was with the deceased later that night”. In my opinion, this is an impermissible use of Cook’s statement for the reasons given above. The jury should have been explicitly warned that they could not rely on Cook’s statement to infer the appellant’s intentions.

McLachlin C.J. further concludes that the trial judge’s direction to the jury in this case provided a sufficient warning as to how Cook’s statement about the Autopac scam could legitimately be used, despite the fact that an express instruction on this point was not given. With respect, I also disagree. It is well-established that when a piece of evidence may conceivably be put to both proper and improper uses, the trial judge in a criminal case must give the jury a limiting instruction regarding the permissible inferences that may be drawn from the evidence. See *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at p. 128; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 695; *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), at pp. 398-400, *per* McLachlin J.A. (as she then was), dissenting; *McCormick on Evidence, supra*, vol. 1, at § 59; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. (looseleaf)), vol. 1, at p. 3-8; *Phipson on Evidence* (15th ed. 2000), at p. 110; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 2.83; *Cross and Tapper on Evidence* (9th ed. 1999), at p. 58; *Wigmore on Evidence*, vol. 1 (Tillers rev. 1983), at § 13; United States Federal Rule of Evidence 105. Aside from her cogent dissent in *D. (L.E.)*, *supra*, which was upheld on appeal, authority in support of my position comes

Notre Cour a adopté cet énoncé de l’exception des intentions existantes dans l’arrêt *Smith*, précité, à la p. 927.

Notre désaccord concerne toutefois l’application de ces principes en l’espèce. Le juge en chef McLachlin conclut, au par. 13, que «la déclaration de Cook peut être considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui étaye la déduction que Starr s’est retrouvé avec la victime plus tard cette nuit-là». À mon avis, cette utilisation de la déclaration de Cook est inacceptable pour les raisons exposées plus haut. Le jury aurait dû être prévenu expressément qu’il ne pourrait pas se servir de la déclaration de Cook pour déduire les intentions de l’appelant.

Le juge en chef McLachlin conclut, en outre, que la directive que le juge du procès a donnée au jury en l’espèce constituait une mise en garde suffisante quant à l’utilisation légitime qui pourrait être faite de la déclaration de Cook concernant la fraude de l’Autopac, même si aucune directive explicite sur ce point n’avait été donnée. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis non plus. Il est reconnu que, si, en théorie, il peut y avoir à la fois bonne utilisation et mauvaise utilisation d’un élément de preuve, le juge du procès en matière criminelle doit donner au jury une directive restrictive concernant les déductions acceptables qui peuvent être faites de la preuve. Voir *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, à la p. 128; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 695; *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), aux pp. 398 à 400, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada), dissidente; *McCormick on Evidence, op. cit.*, vol. 1, au § 59; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, à la p. 3-8; *Phipson on Evidence* (15^e éd. 2000), à la p. 110; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, au § 2.83; *Cross and Tapper on Evidence* (9^e éd. 1999), à la p. 58; *Wigmore on Evidence*, vol. 1 (Tillers rev. 1983), au § 13; règle 105 des *Federal Rules of Evidence* des États-Unis. Outre sa dissidence convaincante dans l’arrêt *D. (L.E.)*, précité, qui a été confirmée en appel, les motifs que le juge McLachlin a rédigés

183

184

from the reasons of McLachlin J. in *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 38:

It has long been accepted that trial judges charging juries on out-of-court statements must instruct them on how they may use the statements — whether as evidence of the truth of their contents or for some other purpose, such as credit. In this case the trial judge did not do this. It may be that it was apparent to everyone in the courtroom that the subsequent statements were tendered on the issue of consistency, as the majority of the Court of Appeal suggests. Nevertheless, the usual rule requires this to be stated expressly. [Emphasis added.]

185 I can see no reason why hearsay statements about joint acts should be immune from this most sensible rule. Cook's statement, assuming its admissibility, may be used to show the intentions of the declarant only, not the intentions of the appellant. The jury should have been instructed as such. As McLachlin J. pointed out in *Rockey*, juries cannot be trusted to determine what are proper and improper uses of evidence; indeed, the entire law of evidence is premised on the notion that relevant, probative evidence should on occasion be kept from juries because of their potential inability to assess its weight properly.

186 In this appeal, the trial judge did not instruct the jury on the proper uses of Cook's statement; in fact, he did the opposite by expressly inviting the jury to use the evidence to infer the appellant's intentions. In so doing, he clearly committed an error of law warranting reversal.

187 Finally, I would exclude Cook's statement as more prejudicial than probative. The trial judge did not make a finding on the issue of reliability. His focus was upon the impermissible inferences that the jury might draw from otherwise admissible hearsay, and he regarded the primary prejudice to

dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 38, étayent mon point de vue:

Il est accepté depuis longtemps que le juge du procès qui donne aux jurés des directives relativement à des déclarations extrajudiciaires doit leur indiquer à quelles fins ils peuvent utiliser ces déclarations — soit comme preuve de la véracité de leur contenu soit à quelque autre fin, par exemple l'appréciation de la crédibilité. En l'espèce, le juge du procès ne l'a pas fait. Il est possible qu'il ait été évident à tous ceux qui se trouvaient dans la salle d'audience que les déclarations ultérieures étaient présentées relativement à la question de la cohérence, comme le suggère la Cour d'appel à la majorité. Néanmoins, suivant la règle habituelle, cette directive doit être donnée expressément. [Je souligne.]

Je ne vois pas pourquoi cette règle fort judiciaire ne devrait pas s'appliquer aux déclarations relatées portant sur des actes accomplis conjointement. En supposant qu'elle est admissible, la déclaration de Cook peut servir à établir les intentions du déclarant seulement et non celles de l'appelant. Le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Rockey*, on ne peut pas s'en remettre au jury pour ce qui est de déterminer quelles sont les bonnes et les mauvaises utilisations de la preuve; en fait, le droit de la preuve au complet repose sur l'idée qu'il y a parfois lieu de ne pas soumettre un élément de preuve pertinent et probant à l'appréciation des jurés en raison de leur incapacité potentielle d'en apprécier correctement le poids.

En l'espèce, le juge du procès n'a donné au jury aucune directive sur les utilisations qui pouvaient être faites de la déclaration de Cook; en réalité, il a fait le contraire en invitant expressément le jury à utiliser cet élément de preuve pour déduire les intentions de l'appelant. Ce faisant, il a manifestement commis une erreur de droit justifiant révision.

Enfin, je suis d'avis d'écarter la déclaration de Cook pour le motif qu'elle est plus préjudiciable que probante. Le juge du procès n'a tiré aucune conclusion sur la question de la fiabilité. Il s'est concentré sur les déductions inacceptables que le jury pourrait faire à partir d'une preuve par

the appellant to be that the jury might infer that he was the type of person likely to commit insurance fraud. However, as noted above, this was not the primary source of prejudice.

The trial judge erred by not considering whether “the prejudicial effect of the *prohibited* use of the evidence [i.e., the appellant’s intentions] overbears its probative value on the *permitted* use [i.e., Cook’s intentions]”: *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (1999), at p. 281 (emphasis in original). The impermissible inferences that the jury might well have drawn from Cook’s statement are that the appellant was in the car that followed Cook, that the appellant was alone in the car (since Cook referred only to the appellant), and that the appellant went with Cook as part of a plan to lure Cook to a secluded area and kill him. These were the specific impermissible inferences that the jury might have drawn in this regard — indeed, they are inferences that the Crown specifically invited the jury to draw — quite apart from the inferences that they might have drawn regarding his general criminality. In my view, Twaddle J.A. was correct in finding that the prejudicial effect of the admission of Cook’s statement accordingly outweighed the statement’s probative value. The statement ought to have been excluded on this basis as well: see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 609-11, *per* McLachlin J.

I have concluded that Cook’s statement does not fall within the present intentions exception to the hearsay rule. Earlier, I recognized the conflict regarding the precise scope of this exception, and noted that the principled approach requires adopting Wigmore’s requirement that the statement not be made under circumstances of suspicion. I turn now to this question of the relationship between the principled approach and the traditional hearsay exceptions.

ouï-dire par ailleurs admissible, et il a considéré que le principal préjudice que pourrait subir l’appelant était la possibilité que le jury déduise qu’il était le genre de personne susceptible de commettre une fraude en matière d’assurance. Toutefois, comme nous l’avons vu, ce n’était pas là la principale source de préjudice.

Le juge du procès a commis une erreur en ne se demandant pas si [TRADUCTION] «l’effet préjudiciable de l’utilisation *interdite* de la preuve [c’est-à-dire les intentions de l’appelant] l’emporte sur sa valeur probante relative à l’utilisation *permise* [c’est-à-dire les intentions de Cook]»: *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (1999), à la p. 281 (en italique dans l’original). Les déductions inacceptables que le jury aurait bien pu faire à partir de la déclaration de Cook sont que l’appelant était dans l’automobile qui a suivi Cook, qu’il était seul dans cette automobile (puisque Cook n’a mentionné que l’appelant) et qu’il avait accompagné Cook dans le cadre d’un plan visant à attirer Cook dans un endroit retiré pour le tuer. Ce sont ces déductions inacceptables que le jury aurait pu faire à cet égard — en fait, ce sont les déductions que le ministère public a invité expressément le jury à faire — outre celles qu’il aurait pu faire au sujet de la délinquance générale de l’appelant. J’estime que le juge Twaddle a eu raison de conclure que l’effet préjudiciable de l’admission de la déclaration de Cook l’emportait donc sur la valeur probante de cette déclaration. La déclaration aurait également dû être écartée pour ce motif: voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 609 à 611, le juge McLachlin.

J’en suis arrivé à la conclusion que la déclaration de Cook ne relève pas de l’exception des intentions existantes à la règle du ouï-dire. J’ai reconnu plus tôt l’existence d’un conflit au sujet de la portée précise de cette exception et j’ai souligné que la méthode fondée sur des principes commande l’adoption de l’exigence de Wigmore que la déclaration n’ait pas été faite dans des circonstances douteuses. Je vais maintenant aborder la question de la relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

188

189

(c) *Admissibility of Cook's Statement to Giesbrecht Under the Principled Approach*

(i) Why the Principled Approach Should Prevail

Previous Hearsay Jurisprudence

190

Before turning to the question of whether Cook's statement to Giesbrecht might be admissible under the principled approach, I would like to offer some general observations on the relationship between the principled approach and the hearsay exceptions. Speaking for this Court in *Smith*, *supra*, at pp. 932-33, Lamer C.J. emphasized that the rules regarding hearsay admissibility in Canada were changed by the Court's decision in *Khan*, *supra*:

... *Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it. What is important, in my view, is the departure signalled by *Khan* from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions, and a movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike. . . .

This Court's decision in *Khan*, therefore, signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity.

Similarly, at p. 930, Lamer C.J. stated:

The decision of this Court in *Khan* . . . should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories.

191

In *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, the Court suggested the need to reconsider the traditional hearsay exceptions in light of the principled approach established by *Khan* and *Smith*. Speaking

c) *Admissibilité de la déclaration de Cook à Giesbrecht selon la méthode fondée sur des principes*

(i) Les raisons pour lesquelles la méthode fondée sur des principes devrait l'emporter

La jurisprudence en matière de oui-dire

Avant d'aborder la question de savoir si la déclaration de Cook à Giesbrecht pourrait être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, j'aimerais faire quelques observations générales sur la relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions à la règle du oui-dire. S'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Smith*, précité, aux pp. 932 et 933, le juge en chef Lamer a souligné que les règles en matière d'admissibilité de la preuve par oui-dire au Canada avaient été modifiées par l'arrêt *Khan*, précité, de notre Cour:

... l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du oui-dire et ses exceptions. Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par oui-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. . . .

L'arrêt *Khan* de notre Cour a donc annoncé la fin de l'ancienne conception, fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par oui-dire. L'admission de la preuve par oui-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.

De même, à la p. 930, le juge en chef Lamer a affirmé:

L'arrêt *Khan* de notre Cour doit [. . .] être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux.

Dans l'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, notre Cour a indiqué la nécessité de réexaminer les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire à la lumière de la méthode fondée sur des principes

for the majority of the Court, Lamer C.J. pointed to the illogical nature of some of the exceptions, and to the need for principled reform (at para. 20):

Briefly stated, *Khan* and *Smith* announced this Court's commitment to ensure that the rule against the admission of hearsay as evidence would be sufficiently flexible to adapt to new situations. The hearsay rule and its rigidly formulated exceptions had become a sometimes illogical and frequently confusing series of pigeon-hole categories. *Khan* and *Smith* examined the principles underlying the hearsay rule to ensure that new developments in the evidentiary treatment of hearsay would reflect those tenets. [Emphasis added.]

Similarly, in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 66, the majority of the Court emphasized:

In *Khan* and *Smith*, this Court signalled the beginning of a modern principled framework for defining exceptions to the hearsay rule. The Court rejected the traditional approach of the common law premised on rigid, categorical exceptions to the hearsay rule in favour of a more flexible approach which seeks to give effect to the underlying purposes of the rule. [Emphasis added.]

Up to the present, this Court's application of the principled approach to hearsay admissibility in practice has involved only expanding the scope of hearsay admissibility beyond the traditional exceptions. The focus of the Court's analysis and commentary has been upon the need to increase the flexibility of the existing exceptions, and not specifically upon the need to re-examine the exceptions themselves. However, this case requires that we examine an exception to the hearsay rule and determine its co-existence with the principled approach. As I will discuss further, to the extent that the various exceptions may conflict with the requirements of a principled analysis, it is the principled analysis that should prevail.

établie dans les arrêts *Khan* et *Smith*. S'exprimant au nom de la Cour à la majorité, le juge en chef Lamer a souligné l'illogisme de certaines exceptions et le besoin de réforme fondée sur des principes (au par. 20):

En bref, les arrêts *Khan* et *Smith* ont annoncé l'engagement de notre Cour de garantir que la règle interdisant l'admission du ouï-dire comme preuve soit suffisamment souple pour s'adapter aux nouvelles situations. La règle du ouï-dire et ses exceptions rigidelement formulées étaient devenues une série de catégories compartimentées, parfois illogique, qui créait souvent de la confusion. Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire ont été examinés pour veiller à ce que la nouvelle tendance dans le traitement réservé au ouï-dire par le droit de la preuve reflète ces principes. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, au par. 66, notre Cour à la majorité a souligné:

Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, notre Cour a signalé le début d'une analyse moderne fondée sur des principes pour définir les exceptions à la règle du ouï-dire. Notre Cour a rejeté la méthode traditionnelle de la common law fondée sur des catégories d'exceptions rigides à la règle du ouï-dire en faveur d'une méthode plus souple qui cherche à donner effet aux objets qui sous-tendent la règle. [Je souligne.]

Jusqu'à maintenant, l'application par notre Cour de la méthode fondée sur des principes en matière d'admissibilité de la preuve par ouï-dire s'est limitée, en pratique, à élargir la portée de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire au-delà des exceptions traditionnelles. L'analyse et les observations de la Cour ont été axées sur la nécessité d'accroître la souplesse des exceptions existantes, et non pas particulièrement sur la nécessité de réexaminer les exceptions elles-mêmes. Toutefois, la présente affaire exige que nous examinons une exception à la règle du ouï-dire et que nous nous prononcions sur sa coexistence avec la méthode fondée sur des principes. Comme je vais l'analyser davantage plus loin, dans la mesure où il peut exister un conflit entre les diverses exceptions et les exigences d'une analyse fondée sur des principes, c'est cette dernière qui doit l'emporter.

193

The applicability of the principled approach to the exclusion as well as inclusion of evidence is implicitly confirmed by *Khan* itself. At p. 543 of her reasons for a unanimous panel, McLachlin J. addressed recent developments in the law with respect to the testimony of child victims of sexual assault:

These developments underline the need for increased flexibility in the interpretation of the hearsay rule to permit the admission in evidence of statements made by children to others about sexual abuse. In so far as they are tied to the exception to the hearsay rule of spontaneous declarations, however, they suffer from certain defects. There is no requirement that resort to the hearsay evidence be necessary. Even where the evidence of the child might easily be obtained without undue trauma, the Crown would be able to use hearsay evidence. Nor is there any requirement that the reliability of the evidence in the particular case be established; hence inherently unreliable evidence might be admitted. [Emphasis added.]

Thus the Court in *Khan* declined simply to enlarge the traditional exceptions because doing so might have allowed into evidence unnecessary or unreliable evidence, thereby falling afoul of the principled approach. It therefore makes little sense to say that the current exceptions need not meet the same standard.

194

In this light, it is noteworthy that several provincial courts of appeal have already begun a reconsideration of the appropriateness of relying upon the traditional hearsay exceptions. Several Courts of Appeal have suggested that “the traditional rules governing the admissibility of hearsay evidence are no longer controlling. Reliability and necessity are now the determining factors”: see, e.g., *R. v. Kelly* (1999), 213 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 39; and *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353 (Sask. C.A.), at p. 428, *per* Vancise J.A. (dissenting, but not on this point). However, even a relatively cursory review of lower court decisions reveals a wide range of approaches to the principled approach and its effect on existing exceptions. See *R. v. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236 (Que. C.A.), at pp. 242-43; *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d)

L’applicabilité de la façon fondée sur des principes d’aborder l’exclusion ainsi que l’inclusion de la preuve est implicitement confirmée par l’arrêt *Khan* lui-même. À la page 543 des motifs qu’elle a rédigés au nom d’une formation unanime de la Cour, le juge McLachlin a abordé l’évolution récente du droit en ce qui concerne le témoignage des enfants victimes d’agression sexuelle:

Cette évolution fait ressortir la nécessité d’une plus grande souplesse dans l’interprétation de la règle du oui-dire pour permettre l’admission en preuve des déclarations faites par des enfants à d’autres personnes au sujet d’abus sexuels. Cependant, dans la mesure où elle est liée à l’exception de la règle du oui-dire en matière de déclarations spontanées, elle comporte certaines lacunes. Rien n’indique qu’il faille recourir à la preuve par oui-dire. Même lorsqu’il pourrait être facile d’obtenir le témoignage de l’enfant sans le traumatiser indûment, le ministère public pourrait utiliser la preuve par oui-dire. Rien n’exige non plus que la fiabilité du témoignage rendu dans l’affaire en question soit établie; d’où la possibilité qu’un témoignage qui en soi n’est pas digne de foi soit admis. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Khan*, notre Cour a donc simplement refusé d’élargir les exceptions traditionnelles parce que cela aurait pu permettre l’admission d’une preuve qui n’était ni nécessaire ni fiable, ce qui aurait contrevenu à la méthode fondée sur des principes. Il est donc peu logique d’affirmer que les exceptions actuelles n’ont pas à respecter la même norme.

À cet égard, il vaut la peine de souligner que plusieurs cours d’appel provinciales ont déjà entrepris un réexamen de l’opportunité d’invoquer les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire. Plusieurs cours d’appel ont affirmé que «les règles traditionnelles régissant l’admissibilité de la preuve par oui-dire ne sont plus déterminantes. La fiabilité et la nécessité sont maintenant les facteurs déterminants»: voir, par exemple, *R. c. Kelly* (1999), 213 R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.), à la p. 39, et *R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Sask.), à la p. 428, le juge Vancise (dissident, mais non sur ce point). Toutefois, même un examen relativement superficiel des décisions des tribunaux d’instance inférieure révèle une grande variété de manières d’aborder la méthode fondée sur des principes et ses effets sur les exceptions existantes.

154 (Que. C.A.), at p. 177; *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.); *Wepruk (Guardian ad litem of) v. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.); *R. v. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533 (B.C.C.A.); *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514 (B.C.C.A.); and *R. v. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540 (Ont. C.A.), at p. 551.

Commentators

Questions as to whether and how the traditional hearsay exceptions should be modified in light of the principled approach have also been discussed in the academic literature. Some commentators favour reforming the exceptions to make them an inherent aspect of a logical and coherent approach to hearsay admissibility based on reliability and necessity: see, e.g., M. Rosenberg, “*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*” (1993), 19 C.R. (4th) 69; D. Rowsell, “*Necessity and Reliability: What is the Impact of Khan on the Admissibility of Hearsay in Canada?*” (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294; E. Then, “*Dying Declarations Following Khan and Smith: Are They Necessarily Reliable?*”, in *National Criminal Law Program: Criminal Evidence* (1994), vol. 1, section 6.5; A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), at pp. 166-70.

In “*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*”, an article published before his appointment to the bench, Marc Rosenberg states that this Court’s decisions in *Khan*, *Smith*, and *B. (K.G.)* signify that “it must . . . be open to the courts to revisit any established exception to determine whether that exception can still be justified on the basis of necessity and reliability” (p. 71). Rosenberg explains, at pp. 80-81:

[T]he reason which justifies an existing exception may in time be found to be wanting. The exceptions were created as the courts from time to time applied common sense and experience, but ideas which seemed reasona-

voir *R. c. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236 (C.A. Qué.), aux pp. 242 et 243; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286 (C.A.), à la p. 298; *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193 (C.A.C.-B.); *Wepruk (Guardian ad litem of) c. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.); *R. c. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533 (C.A.C.-B.); *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514 (C.A.C.-B.); et *R. c. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540 (C.A. Ont.), à la p. 551.

La doctrine

La doctrine traite également des questions de savoir si et comment les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire doivent être modifiées à la lumière de la méthode fondée sur des principes. Certains commentateurs préconisent une réforme des exceptions pour les intégrer dans une façon logique et cohérente d’aborder l’admissibilité de la preuve par oui-dire en fonction des principes de fiabilité et de nécessité: voir, par exemple, M. Rosenberg, «*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*» (1993), 19 C.R. (4th) 69; D. Rowsell, «*Necessity and Reliability: What is the Impact of Khan on the Admissibility of Hearsay in Canada?*» (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294; E. Then, «*Dying Declarations Following Khan and Smith: Are They Necessarily Reliable?*», dans *National Criminal Law Program: Criminal Evidence* (1994), vol. 1, section 6.5; A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), aux pp. 166 à 170.

Dans l’article intitulé «*B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes*» qu’il a publié avant d’être nommé juge, Marc Rosenberg affirme que les arrêts de notre Cour *Khan*, *Smith* et *B. (K.G.)* signifient [TRADUCTION] «[qu’]il doit [. . .] être loisible aux tribunaux de réexaminer toute exception reconnue pour déterminer si elle est toujours justifiable en fonction de la nécessité et de la fiabilité» (p. 71). Rosenberg explique, aux pp. 80 et 81:

[TRADUCTION] [L]a raison qui justifie l’existence d’une exception peut, à la longue, être jugée insuffisante. Les exceptions ont été créées au fur et à mesure que les tribunaux recouraient au bon sens et à l’expérience

195

196

ble in the 19th century may appear questionable in the late 20th century. As early as 1913 Hamilton L.J. in considering the exception for statements against pecuniary interest where the circumstantial guarantee of trustworthiness is said to lie in the fact that persons will not lie to their pecuniary disadvantage observed that as a reason for admitting hearsay this one was “sordid and unconvincing” noting that “Men lie for so many reasons and some for no reason at all; and some tell the truth without thinking about their pockets”.

197 Other writers have been less convinced of the benefits of altering the traditional hearsay exceptions. Their concerns have generally been focussed upon the harm that they suggest would result from the complete abolition of the exceptions, rather than upon the effects of a piecemeal reform of the exceptions to comply with the principled approach. See, e.g., P. B. Carter, “Hearsay: Whether and Whither?” (1993), 109 *L.Q.R.* 573; D. A. R. Thompson, “The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle” (1995), 37 *C.R.* (4th) 282.

198 The concerns expressed in the academic commentary warrant careful consideration, and are of assistance in determining how best to rationalize the traditional exceptions in light of the underlying principles of the rule. In my view, there are two paramount reasons to reconsider the hearsay exceptions, namely: first, trial fairness and the integrity of the justice system; and second, the intellectual coherence of the law of hearsay.

Why the Exceptions Must be Rationalized

199 As I have already discussed, a fundamental concern with reliability lies at the heart of the hearsay rule. By excluding evidence that might produce unfair verdicts, and by ensuring that litigants will generally have the opportunity to confront adverse witnesses, the hearsay rule serves as a cornerstone of a fair justice system.

acquise, mais des idées qui semblaient raisonnables au XIX^e siècle peuvent paraître discutables à la fin du XX^e siècle. Dès 1913, en examinant l’exception applicable aux déclarations préjudiciables aux intérêts financiers de leur auteur, au sujet desquelles on prétend que la garantie circonstancielle de fiabilité réside dans le fait que les gens ne mentent pas au détriment de leurs intérêts financiers, le lord juge Hamilton a fait remarquer que, pour justifier l’admission du oui-dire, cette exception était «sordide et non convaincante», soulignant que «Des hommes mentent pour un certain nombre de raisons, et d’autres le font sans raison; de plus, certains disent la vérité sans penser à leurs poches».

D’autres auteurs sont moins convaincus des avantages de modifier les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire. Leurs préoccupations sont généralement axées sur le tort qui, selon eux, résulterait de l’abolition complète de ces exceptions, plutôt que sur les effets d’une réforme à la pièce des exceptions qui vise à respecter la méthode fondée sur des principes. Voir, par exemple, P. B. Carter, «Hearsay: Whether and Whither?» (1993), 109 *L.Q.R.* 573; D. A. R. Thompson, «The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle» (1995), 37 *C.R.* (4th) 282.

Les préoccupations exprimées dans la doctrine méritent d’être examinées attentivement et sont utiles pour déterminer la meilleure manière de rationaliser les exceptions traditionnelles en fonction des principes qui sous-tendent la règle. Selon moi, il y a deux raisons majeures de réexaminer les exceptions à la règle du oui-dire, à savoir, premièrement, l’équité du procès et l’intégrité du système de justice, et, deuxièmement, la cohérence intellectuelle du droit de la preuve par oui-dire.

Les raisons pour lesquelles les exceptions doivent être rationalisées

Comme nous l’avons vu, une préoccupation fondamentale de fiabilité est au cœur de la règle du oui-dire. En écartant les éléments de preuve susceptibles de donner lieu à des verdicts inéquitables et en assurant que les parties aient généralement la possibilité de confronter des témoins opposés, la règle du oui-dire est une pierre angulaire d’un système de justice équitable.

In *Khan, Smith*, and subsequent cases, this Court allowed the admission of hearsay not fitting within an established exception where it was sufficiently reliable and necessary to address the traditional hearsay dangers. However, this concern for reliability and necessity should be no less present when the hearsay is sought to be introduced under an established exception. This is particularly true in the criminal context given the “fundamental principle of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted”: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24, quoted in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 71. It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception.

In addition to improving trial fairness, bringing the hearsay exceptions into line with the principled approach will also improve the intellectual coherence of the law of hearsay. It would seem anomalous to label an approach “principled” that applies only to the admission of evidence, not its exclusion. Rationalizing the hearsay exceptions into the principled approach shows that the former are simply specific manifestations of general principles, rather than the isolated “pigeon-holes” referred to in *U. (F.J.)*, *supra*, at para. 20.

The Continuing Importance of the Existing Exceptions

Having recognized the primacy of the principled approach, it is nevertheless important for a court to exercise a certain degree of caution when reconsidering the traditional exceptions. While the exceptions may need to be reexamined in light of the principled approach, their complete abolition is not the answer. Rather, the exceptions continue to play an important role under the principled approach.

Dans les arrêts *Khan* et *Smith* et d’autres arrêts subséquents, notre Cour a permis l’admission d’éléments de preuve par ouï-dire qui ne relevaient pas d’une exception reconnue, lorsque ces éléments de preuve étaient suffisamment fiables et nécessaires pour remédier aux dangers traditionnels du ouï-dire. Cependant, cette préoccupation de fiabilité et de nécessité ne doit pas être moindre lorsqu’on cherche à présenter une preuve par ouï-dire en vertu d’une exception reconnue. Cela est particulièrement vrai en matière criminelle, étant donné que «la règle selon laquelle l’innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte*»: *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, cité dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 71. Si on permettait au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire non fiable contre l’accusé, peu importe qu’elle se trouve ou non à relever d’une exception existante, cela compromettrait l’équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées.

En plus d’améliorer l’équité du procès, le fait d’adapter les exceptions à la règle du ouï-dire à la méthode fondée sur des principes augmentera également la cohérence intellectuelle du droit de la preuve par ouï-dire. Il semblait anormal de qualifier de «fondée sur des principes» la méthode qui ne s’applique qu’à l’admission de la preuve et non pas à son exclusion. La rationalisation des exceptions à la règle du ouï-dire en fonction de la méthode fondée sur des principes démontre que ces exceptions sont simplement des manifestations particulières de principes généraux, plutôt que les «catégories compartimentées» mentionnées dans l’arrêt *U. (F.J.)*, précité, au par. 20.

L’importance constante des exceptions existantes

Après avoir reconnu la primauté de la méthode fondée sur des principes, il est toutefois important qu’un tribunal démontre une certaine prudence en réexaminant les exceptions traditionnelles. Bien qu’il puisse être nécessaire de réexaminer ces exceptions en fonction de la méthode fondée sur des principes, leur abolition totale n’est pas la solution. Au contraire, les exceptions continuent de

200

201

202

Our task therefore is to reconcile the traditional exceptions with the principled approach.

jouer un rôle important dans la méthode fondée sur des principes. Il nous incombe donc de concilier les exceptions traditionnelles avec la méthode fondée sur des principes.

203

One important function that the hearsay exceptions have served has been to add predictability and certainty to the law of hearsay. In light of the exceptions, and regardless of how illogical or arbitrary they may be, litigants can be more or less certain when going into court of the types of issues that will be relevant in debating admissibility in a particular context, and of the likelihood that the evidence will indeed be admitted. This certainty has fostered greater efficiency in the use of court time both at trial and on appeal, and has facilitated the task of the too frequently overburdened trial judge who is called upon to rule on hearsay admissibility with speed and considerable regularity. As suggested by Rosenberg, *supra*, at p. 75, a complete abolition of the exceptions and their replacement by the principled approach standing alone would complicate the judicial task:

Les exceptions à la règle du oui-dire jouent un rôle important en conférant un élément de prévisibilité et de certitude au droit de la preuve par oui-dire. À la lumière de ces exceptions, quelque illogiques et arbitraires qu'elles puissent être, les parties peuvent être plus ou moins certaines, lorsqu'elles vont en cour, du genre de questions qui seront pertinentes pour débattre la question de l'admissibilité dans un contexte particulier et des chances que la preuve soit effectivement admise. Cette certitude a favorisé une plus grande efficacité dans l'utilisation du temps de la cour, tant au procès qu'en appel, et a facilité la tâche du juge du procès qui est trop souvent surchargé de travail et qui doit fréquemment prendre des décisions rapides en matière d'admissibilité de la preuve par oui-dire. Comme l'a indiqué Rosenberg, *loc. cit.*, à la p. 75, l'abolition totale des exceptions et leur remplacement par la seule méthode fondée sur des principes compliqueraient la tâche des tribunaux:

[I]t is unfair to simply leave the decision as to the admission of hearsay completely open-ended, leaving the trial judges without any analytical tool for determining what is reasonably necessary. To simply define the test in terms of reliability and necessity is just too vague to be of any practical use. With all its rigidity and anomalies a hearsay rule consisting of a broad rule of exclusion with certain well-defined exceptions was *relatively* easy to apply. Taking away all of the rules and replacing them with necessity and reliability, while perhaps not inviting chaos, does make the role of the trial judge that much more difficult. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] [I] est injuste que l'on se contente de laisser entièrement libre la décision qui peut être prise en matière d'admission de la preuve par oui-dire et de priver ainsi le juge du procès de tout instrument d'analyse pour déterminer ce qui est raisonnablement nécessaire. Définir simplement le critère en termes de fiabilité et de nécessité est vraiment trop vague pour être de quelque utilité que ce soit sur le plan pratique. Malgré toute sa rigidité et ses anomalies, une règle du oui-dire consistant en une règle générale d'exclusion comportant certaines exceptions bien définies était *relativement* facile à appliquer. Même si cela n'ouvre peut-être pas la porte au chaos, le fait d'éliminer toutes les règles et de les remplacer par la nécessité et la fiabilité rend la tâche du juge du procès d'autant plus ardue. [En italique dans l'original.]

204

Second, in addition to serving the utilitarian goals of providing greater certainty and fostering judicial efficiency, the exceptions have served an explanatory or educative function, instructing litigants and judges about the relevant factors to consider in determining whether to admit a particular type of hearsay evidence, or whether to admit

Deuxièmement, en plus de servir les objectifs utilitaires d'assurer une plus grande certitude et de favoriser l'efficacité des tribunaux, les exceptions remplissent une fonction explicative ou éducative, en informant les parties et les juges des facteurs qui doivent être examinés pour déterminer s'il y a lieu d'admettre un type particulier de preuve par

hearsay in a particular factual context. Different hearsay scenarios by their nature raise different reliability concerns, and different issues of necessity. The specific requirements of the individual exceptions have had the useful effect of focussing attention upon the peculiar factors that make it desirable, or undesirable, to admit a particular form of out-of-court statement. This should be no surprise given Lamer C.J.'s statement in *Smith, supra*, that the principled approach is "governed by the principles which underlie the [hearsay] rule and its exceptions alike" (p. 932). Since the principled approach is implicit in most of the exceptions, they are likely to be strong evidence of necessity and reliability.

It is true that there is guidance inherent in the principled approach itself, which directs a court to gauge whether a particular hearsay statement is reliable and whether its admission is necessary in the circumstances. However, the exceptions are more fact-specific and contextually sensitive. Properly modified to conform to the principled approach, the exceptions are practical manifestations of the principled approach in concrete and meaningful form. Indeed, it is precisely to illustrate the form of analysis under the principled approach that must occur in a particular factual context that this Court in its recent cases has outlined carefully the type of inquiry that must occur when dealing with a particular type of hearsay, whether it be the testimony of a child witness (*Khan, supra*), a prior inconsistent statement (*B. (K.G.), supra*, and *U. (F.J.), supra*), or prior testimony (*Hawkins, supra*). Some commentators have suggested that the Court's recent hearsay jurisprudence may accordingly be seen as creating new hearsay exceptions to supplement the traditional exceptions: see, e.g., Carter, *supra*, at p. 579. Perhaps a more accurate characterization is to say that all of the hearsay "exceptions" should be seen simply as concrete examples of the practical

ouï-dire ou s'il y a lieu d'admettre un ouï-dire dans un contexte factuel particulier. De par leur nature, différents scénarios de ouï-dire soulèvent différentes préoccupations de fiabilité et différentes questions de nécessité. Les exigences précises de chaque exception ont eu pour effet utile d'attirer l'attention sur les facteurs particuliers qui font en sorte qu'il est ou n'est pas souhaitable d'admettre une forme particulière de déclaration extrajudiciaire. Il ne devrait pas être étonnant, compte tenu de la déclaration du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Smith*, précité, que la méthode fondée sur des principes soit «régie par les principes qui sous-tendent la règle [du ouï-dire] ainsi que ses exceptions» (p. 932). Comme la méthode fondée sur des principes est implicite dans la plupart des exceptions, ces dernières sont susceptibles de constituer une preuve solide de nécessité et de fiabilité.

Il est vrai que la méthode fondée sur des principes elle-même contient des indications qui aident le tribunal à évaluer si une déclaration relatée particulière est fiable et si son admission est nécessaire dans les circonstances. Toutefois, les exceptions dépendent plus des faits et tiennent davantage compte du contexte. Si elles sont modifiées correctement de manière à être conformes à la méthode fondée sur des principes, les exceptions seront des manifestations pratiques sous forme concrète et utile de la méthode fondée sur des principes. En effet, c'est justement pour illustrer la forme d'analyse que la méthode fondée sur des principes commande dans un contexte factuel particulier que, dans ses récents arrêts, notre Cour a exposé soigneusement le genre d'examen qui doit être effectué lorsqu'il est question d'un type particulier de ouï-dire, qu'il s'agisse du témoignage d'un enfant (*Khan*, précité), d'une déclaration antérieure incompatible (*B. (K.G.)* et *U. (F.J.)*, précités), ou d'un témoignage antérieur (*Hawkins*, précité). Certains commentateurs ont indiqué que la jurisprudence récente de notre Cour en matière de ouï-dire peut donc être perçue comme créant de nouvelles exceptions à la règle du ouï-dire afin de compléter les exceptions traditionnelles: voir, par exemple, Carter, *loc. cit.*, à la p. 579. Une qualification plus juste pourrait consister à dire que toutes les «exceptions» à la règle du ouï-dire devraient être

application of the purpose and principles of the hearsay rule in a particular context.

simplement perçues comme des exemples concrets de l'application pratique de l'objet et des principes de la règle du oui-dire dans un contexte particulier.

206

A third important function played by the traditional hearsay exceptions is that they teach us about the historical and contemporary rationale for admitting certain forms of hearsay. It has quite properly been noted that some hearsay exceptions allow for the admission of evidence that is unreliable, unnecessary, or both. In the interest of fairness for the litigant against whom it is used, unreliable hearsay evidence should never be admitted. Apart from that, a review of the traditional exceptions reveals that there are reasons beyond "pure" necessity why a court might wish to admit reliable hearsay evidence. This point was addressed by Lamer C.J. in *B. (K.G.)*, at pp. 796-97, where he explained that the need to permit the admission of certain forms of hearsay can stem not only from the unavailability of the out-of-court declarant, but also from the quality of the evidence itself. Lamer C.J. cited Professor Wigmore's explanation (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), at p. 253) that some hearsay evidence "may be such that we cannot expect, again, or at this time, to get *evidence of the same value* from the same or other sources" (emphasis in original). Such hearsay may be admitted, where appropriate, less on the basis of necessity and more on the basis of "expediency or convenience". The traditional exceptions are useful, therefore, because they are instructive as to the types of situations that may produce hearsay that is the best evidence in the circumstances.

La troisième fonction importante des exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire consiste à nous enseigner la raison d'être historique et contemporaine de l'admission de certaines formes de preuve par oui-dire. On a eu parfaitement raison de souligner que certaines exceptions à la règle du oui-dire permettent l'admission d'une preuve qui n'est ni fiable ni nécessaire. Pour des raisons d'équité pour la partie contre qui elle est utilisée, une preuve par oui-dire qui n'est pas fiable ne devrait jamais être admise. À part cela, l'examen des exceptions traditionnelles révèle que des raisons autres que la «pure» nécessité sont susceptibles d'inciter un tribunal à admettre une preuve par oui-dire fiable. Le juge en chef Lamer a abordé cette question dans l'arrêt *B. (K.G.)*, aux pp. 796 et 797, où il a expliqué que la nécessité de permettre l'admission de certaines formes de preuve par oui-dire peut découler non seulement de la non-disponibilité de l'auteur de la déclaration extrajudiciaire, mais aussi de la qualité de la preuve elle-même. Le juge en chef Lamer a cité l'explication du professeur Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), à la p. 253), selon laquelle une preuve par oui-dire [TRADUCTION] «peut être telle qu'on ne peut pas s'attendre, de nouveau ou à ce moment-ci, à obtenir des mêmes sources ou d'autres sources *une preuve de même valeur*» (en italique dans l'original). Une telle preuve par oui-dire peut être admise, lorsqu'il convient de le faire, moins pour des raisons de nécessité que pour des raisons de «commodité». Les exceptions traditionnelles sont donc utiles, car elles renseignent sur les genres de situation qui peuvent faire en sorte qu'une preuve par oui-dire constitue la meilleure preuve dans les circonstances.

207

There are other important functions served by the traditional hearsay exceptions, but the issues I have referred to are sufficient to illustrate that it is neither desirable nor necessary to abolish these exceptions outright. The more appropriate approach is to seek to derive the benefits of certainty, efficiency, and guidance that the exceptions

Les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire remplissent d'autres fonctions importantes, mais les questions que j'ai mentionnées sont suffisantes pour montrer qu'il n'est ni souhaitable ni nécessaire de les abolir totalement. La meilleure méthode consiste à tenter de tirer profit de la certitude, de l'efficacité et des indications offertes par

offer, while adding the benefits of fairness and logic that the principled approach provides. The task is to rid the exceptions of their arbitrary aspects, in order to avoid admitting hearsay evidence that should be excluded.

(ii) Is Cook's Statement to Giesbrecht Admissible Under the Principled Approach?

For much the same reasons why the statement did not meet the requirements for admissibility under the present intentions exception, I conclude that the statement is not admissible under the principled approach either. This should not be particularly surprising — as I have discussed above, the traditional exceptions are based on the concepts of reliability and necessity. While occasionally, as in *Khan, supra*, a statement not falling within an existing exception will be admissible under the principled approach, this will likely be the exception, not the rule.

The first requirement for admissibility under the principled approach is reliability. Given my conclusion above that Cook's statement was made under "circumstances of suspicion", it follows that the statement was not reliable. Nor are there any other circumstantial guarantees of trustworthiness that could render the statement reliable. Having found that the statement is unreliable, it is unnecessary to go on to ask whether it was necessary or not. I conclude that Cook's statement to Giesbrecht was inadmissible under the principled approach. Since it does not fall under an existing exception either, for all the reasons given above, the courts below erred in admitting this evidence. There being no serious argument that the error was one that could be saved by the curative proviso, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the appeal must be allowed.

les exceptions, tout en y ajoutant les avantages de l'équité et de la logique que fournit la méthode fondée sur des principes. Il s'agit de débarrasser les exceptions de leurs aspects arbitraires afin d'éviter l'admission d'une preuve par ouï-dire qui devrait être écartée.

(ii) La déclaration de Cook à Giesbrecht est-elle admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes?

Pour à peu près les mêmes raisons que celles pour lesquelles la déclaration ne remplit pas les conditions d'admissibilité de l'exception des intentions existantes, je conclus que la déclaration n'est pas non plus admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Cela ne devrait pas être particulièrement étonnant car, comme nous l'avons vu, les exceptions traditionnelles sont fondées sur les notions de fiabilité et de nécessité. Même s'il peut arriver, comme cela a été le cas dans l'arrêt *Khan*, précité, qu'une déclaration qui ne relève pas d'une exception existante soit admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, ce sera vraisemblablement l'exception et non pas la règle.

208

La première condition d'admissibilité que comporte la méthode fondée sur des principes est la fiabilité. Étant donné que j'ai conclu plus haut que la déclaration de Cook a été faite dans des «circonstances douteuses», il s'ensuit que la déclaration n'était pas fiable. Il n'y a pas non plus d'autres garanties circonstancielles de fiabilité susceptibles de rendre la déclaration fiable. Après avoir conclu que la déclaration n'est pas fiable, il n'est pas nécessaire de se demander si elle était nécessaire. Je conclus que la déclaration de Cook à Giesbrecht était inadmissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Étant donné qu'elle ne relève pas non plus d'une exception existante, pour toutes les raisons exposées plus haut, les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en l'admettant en preuve. En l'absence d'argument sérieux selon lequel il pouvait être remédié à l'erreur au moyen de la disposition réparatrice qu'est le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le pourvoi doit être accueilli.

209

(d) *Revisiting the Hearsay Exceptions in Future Cases*d) *Le réexamen des exceptions à la règle du oui-dire dans des affaires futures*

210 While the foregoing is perhaps sufficient to dispose of this appeal, the majority of the arguments both in the court below and before this Court focussed on the relationship between the principled approach and the traditional exceptions. Given this, and the substantial controversy among both lower courts and commentators regarding the appropriate relationship between the principled approach and the traditional hearsay exceptions, I would like to offer some general remarks on this issue. I have no doubt that the lower courts will develop guidelines over time as circumstances warrant.

Même si ce qui précède peut-être suffisant pour trancher le présent pourvoi, la plupart des arguments avancés en Cour d'appel et devant notre Cour étaient axés sur la relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions traditionnelles. Compte tenu de cela et de la controverse importante dans laquelle les cours d'instance inférieure et les auteurs sont engagés au sujet de la relation qui devrait exister entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire, j'aimerais faire quelques observations générales à ce propos. Je n'ai aucun doute que les cours d'instance inférieure établiront des lignes directrices au fur et à mesure que les circonstances le justifieront.

211 I hope from the foregoing that it is clear that the existing exceptions are a long-standing and important aspect of our law of evidence. I am cognizant of their important role, and the need for caution in reforming them. Given their continuing importance, I would expect that in the clear majority of cases, the presence or absence of a traditional exception will be determinative of admissibility.

J'espère qu'il ressort nettement de ce qui précède que les exceptions existantes constituent depuis longtemps un aspect important de notre droit en matière de preuve. Je suis conscient de leur rôle important et de la nécessité de faire montre de prudence en les réformant. Compte tenu de leur importance constante, je m'attendrais à ce que, dans la plupart des cas, la présence ou l'absence d'une exception traditionnelle soit déterminante en matière d'admissibilité.

212 While *Khan, supra*, and its progeny have set out the approach for evidence falling outside a traditional exception, I would note that evidence falling within a traditional exception is presumptively admissible. These exceptions traditionally incorporate an inherent reliability component. For example, testimony in former proceedings is admitted, at least in part, because many of the traditional dangers associated with hearsay are not present. As pointed out in *Sopinka, Lederman and Bryant, supra*, at pp. 278-79:

Je souligne que, même si l'arrêt *Khan*, précité, et les arrêts qui en découlent ont établi la façon d'aborder la preuve qui ne relève pas d'une exception traditionnelle, la preuve qui relève d'une telle exception est présumée admissible. Ces exceptions comportent traditionnellement un élément de fiabilité inhérent. Par exemple, le témoignage fait dans le cadre d'une instance antérieure est admis, du moins en partie, parce que bien des dangers qui se rattachent traditionnellement à la preuve par oui-dire ne se posent pas. Comme il a été souligné dans *Sopinka, Lederman et Bryant, op. cit.*, aux pp. 278 et 279:

... a statement which was earlier made under oath, subjected to cross-examination and admitted as testimony at a former proceeding is received in a subsequent trial

[TRADUCTION] ... une déclaration qui a été faite antérieurement sous la foi du serment, qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire et qui a été admise en tant que preuve testimoniale lors d'une instance antérieure est admise lors d'un procès ultérieur parce que les dangers

because the dangers underlying hearsay evidence are absent. [Emphasis added.]

Other exceptions are based not on negating traditional hearsay dangers, but on the fact that the statement provides circumstantial guarantees of reliability. This approach is embodied in recognized exceptions such as dying declarations, spontaneous utterances, and statements against pecuniary interest.

All this being said, it is also clear that the logic of the principled approach demands that it must prevail in situations where it is in conflict with an existing exception. For example, had there been any doubt in this appeal whether the present intentions exception required that the statement not be made under circumstances of suspicion, the principled approach would require holding that it does now. Hearsay evidence may only be admitted if it is necessary and reliable, and the traditional exceptions should be interpreted in a manner consistent with this requirement.

In some rare cases, it may also be possible under the particular circumstances of a case for evidence clearly falling within an otherwise valid exception nonetheless not to meet the principled approach's requirements of necessity and reliability. In such a case, the evidence would have to be excluded. However, I wish to emphasize that these cases will no doubt be unusual, and that the party challenging the admissibility of evidence falling within a traditional exception will bear the burden of showing that the evidence should nevertheless be inadmissible. The trial judge will determine the procedure (whether by *voir dire* or otherwise) to determine admissibility under the principled approach's requirements of reasonable necessity and reliability.

In this connection, it is important when examining the reliability of a statement under the principled approach to distinguish between threshold and ultimate reliability. Only the former is relevant to admissibility: see *Hawkins, supra*, at p. 1084.

que comporte la preuve par ouï-dire ne se posent pas. [Je souligne.]

D'autres exceptions sont fondées non pas sur la suppression des dangers traditionnels de la preuve par ouï-dire, mais sur le fait que la déclaration offre des garanties circonstanciées de fiabilité. Cette méthode se retrouve dans des exceptions reconnues comme les déclarations de mourants, les déclarations spontanées et les déclarations au détriment des intérêts financiers de leur auteur.

Ceci étant dit, il est également clair que la logique de la méthode fondée sur des principes exige que cette méthode l'emporte dans les cas où elle entre en conflit avec une exception existante. Par exemple, s'il y avait eu un doute dans le présent pourvoi quant à savoir si l'exception des intentions existantes exigeait que la déclaration n'ait pas été faite dans des circonstances douteuses, la méthode fondée sur des principes obligerait à conclure qu'elle l'exige maintenant. La preuve par ouï-dire ne peut être admise que si elle est nécessaire et fiable, et les exceptions traditionnelles doivent être interprétées d'une manière conforme à cette exigence.

Il se peut également que, dans de rares cas, des circonstances particulières fassent en sorte qu'une preuve manifestement visée par une exception par ailleurs valide ne satisfasse toutefois pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode fondée sur des principes. En pareils cas, la preuve devrait être écartée. Je tiens toutefois à souligner que ces cas seront certes inhabituels et que la partie qui conteste l'admissibilité de la preuve visée par une exception traditionnelle aura le fardeau de démontrer que la preuve doit néanmoins être inadmissible. Le juge du procès établira la procédure (par *voir-dire* ou autrement) applicable pour déterminer l'admissibilité en vertu des exigences de nécessité et de fiabilité raisonnables de la méthode fondée sur des principes.

À cet égard, lorsque la fiabilité d'une déclaration est examinée selon la méthode fondée sur des principes, il importe d'établir une distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité absolue. Seul le seuil de fiabilité est pertinent relativement à l'ad-

213

214

215

Again, it is not appropriate in the circumstances of this appeal to provide an exhaustive catalogue of the factors that may influence threshold reliability. However, our jurisprudence does provide some guidance on this subject. Threshold reliability is concerned not with whether the statement is true or not; that is a question of ultimate reliability. Instead, it is concerned with whether or not the circumstances surrounding the statement itself provide circumstantial guarantees of trustworthiness. This could be because the declarant had no motive to lie (see *Khan, supra*; *Smith, supra*), or because there were safeguards in place such that a lie could be discovered (see *Hawkins, supra*; *U. (F.J.), supra*; *B. (K.G.), supra*).

missibilité: voir *Hawkins*, précité, à la p. 1084. Là encore, il ne convient pas, dans les circonstances du présent pourvoi, de fournir une liste détaillée des facteurs qui peuvent influencer sur le seuil de fiabilité. Toutefois, notre jurisprudence est utile dans une certaine mesure à ce sujet. Le seuil de fiabilité ne concerne pas la question de savoir si la déclaration est véridique ou non; c'est une question de fiabilité absolue. Il concerne plutôt la question de savoir si les circonstances ayant entouré la déclaration elle-même offrent des garanties circonstancielles de fiabilité. Ces garanties pourraient découler du fait que le déclarant n'avait aucune raison de mentir (voir *Khan* et *Smith*, précités) ou du fait qu'il y avait des mesures de protection qui permettaient de déceler les mensonges (voir *Hawkins*, *U. (F.J.)* et *B. (K.G.)*, précités).

216 And indeed, lower courts have recognized that the absence of a motive to lie is a relevant factor in admitting evidence under the principled approach: see *R. v. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263 (Ont. C.A.); *R. v. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196 (B.C.C.A.); *R. v. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; see also B. P. Archibald, "The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?" (1999), 25 *Queen's L.J.* 1, at p. 34. Conversely, the presence of a motive to lie may be grounds for exclusion of evidence under the principled approach. Put another way, it is the role of the trial judge to determine threshold reliability by satisfying him- or herself that notwithstanding the absence of the declarant for cross-examination purposes, the statement possesses sufficient elements of reliability that it should be passed on to be considered by the trier of fact.

En réalité, les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu que l'absence de raison de mentir était un facteur pertinent pour admettre un élément de preuve en vertu de la méthode fondée sur des principes: voir *R. c. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263 (C.A. Ont.); *R. c. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196 (C.A.C.-B.); *R. c. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; voir également B. P. Archibald, «The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?» (1999), 25 *Queen's L.J.* 1, à la p. 34. À l'inverse, la présence d'une raison de mentir peut être un motif d'exclusion en vertu de la méthode fondée sur des principes. Autrement dit, il appartient au juge du procès de fixer le seuil de fiabilité en s'assurant que, malgré l'absence du déclarant pour fins de contre-interrogatoire, la déclaration comporte suffisamment d'éléments de fiabilité pour être soumise à l'appréciation du juge des faits.

217 At the stage of hearsay admissibility the trial judge should not consider the declarant's general reputation for truthfulness, nor any prior or subsequent statements, consistent or not. These factors do not concern the circumstances of the statement itself. Similarly, I would not consider the presence of corroborating or conflicting evidence. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; see also *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). In

À l'étape de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, le juge du procès ne devrait pas tenir compte de la réputation générale de sincérité du déclarant, ni d'aucune déclaration antérieure ou ultérieure, compatible ou incompatible. Ces facteurs n'ont pas trait aux circonstances de la déclaration elle-même. De même, je ne tiendrais pas compte de la présence d'une preuve corroborante ou contradictoire. Sur ce point, je suis d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. C. (B.)* (1993), 12

summary, under the principled approach a court must not invade the province of the trier of fact and condition admissibility of hearsay on whether the evidence is ultimately reliable. However, it will need to examine whether the circumstances in which the statement was made lend sufficient credibility to allow a finding of threshold reliability.

(4) Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification

The analysis of Cheryl Ball's identification evidence proceeds in much the same way as the foregoing analysis of Cook's statement to Giesbrecht. I conclude that the statement is hearsay, and that it does not fall within an existing exception. Since I also conclude that the evidence was inadmissible under the principled approach, it follows that the trial judge erred in admitting the evidence.

Again I will assume for the purposes of analysis the veracity of the testimony of Constables Madden and MacLeod at trial. They testified that Cheryl Ball identified the appellant as being a man she had seen talking to Cook at the Mohawk gas station on the night of the murders, and, according to Madden, as the man who was also "probably driving the other car". It is clear that these statements are hearsay and so are inadmissible unless reliable and necessary, because the Crown sought to use the statements to show that the appellant was present at the Mohawk station, thus creating an inference that he had followed them from the station and was driving the smaller car Cheryl Ball saw when she left Cook and Weselowski in St. Norbert. The issue before the trial judge was whether the evidence was admissible pursuant to the "prior identification" exception to the hearsay rule. The trial judge found that the exception did apply.

O.R. (3d) 608; voir également *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). En résumé, en vertu de la méthode fondée sur des principes, le tribunal ne doit pas empiéter sur la compétence du juge des faits ni subordonner l'admissibilité de la preuve par ouï-dire à la question de savoir si la preuve est absolument fiable. Il devra cependant examiner si les circonstances ayant entouré la déclaration confèrent suffisamment de crédibilité pour pouvoir conclure que le seuil de fiabilité est atteint.

(4) Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball

L'analyse de la preuve d'identification fournie par Cheryl Ball s'effectue à peu près de la même manière que l'analyse précédente de la déclaration de Cook à Giesbrecht. Je conclus que la déclaration est du ouï-dire et qu'elle ne relève pas d'une exception existante. Étant donné que je conclus également que cet élément de preuve était inadmissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, il s'ensuit que le juge du procès a commis une erreur en l'admettant.

218

Là encore, je vais tenir pour avéré, aux fins de l'analyse, le témoignage des agents Madden et MacLeod au procès. Ils ont témoigné que Cheryl Ball avait identifié l'appelant comme étant l'homme qu'elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk la nuit des meurtres et, selon Madden, comme étant aussi l'homme qui [TRADUCTION] «conduisait probablement l'autre automobile». Ces déclarations constituent manifestement du ouï-dire et sont donc inadmissibles, à moins qu'elles ne soient fiables et nécessaires, parce que le ministère public a cherché à les utiliser pour démontrer que l'appelant se trouvait à la station-service Mohawk, d'où la déduction qu'il les avait suivis à partir de cet endroit et qu'il conduisait la petite automobile que Cheryl Ball avait aperçue lorsqu'elle avait quitté Cook et Weselowski à St. Norbert. La question dont le juge du procès était saisi était de savoir si cette preuve était admissible en vertu de l'exception de l'«identification antérieure» à la règle du ouï-dire. Le juge du procès a conclu que l'exception s'appliquait effectivement.

219

- 220 It is not necessary in this case to review the entirety of the “prior identification” exception to the hearsay rule. The narrow issue before this Court is whether hearsay evidence of an out-of-court identification by a trial witness is admissible where the witness does not testify at trial that she made the identification. On the particular facts of this appeal, Cheryl Ball testified at trial that she told police that one of the men in the photographs she was shown on August 23, 1994 “look[ed] kind of familiar”, but she did not testify that she had seen the person at the Mohawk gas station or at the wheel of the car that followed Weselowski’s station wagon to St. Norbert.
- 221 The scope of the “prior identification” exception to the hearsay rule was recently thoroughly canvassed in the lucid reasons of Doherty J.A. in *Tat, supra*. As Doherty J.A. sets out, there are two situations in which out-of-court statements of identification may be admitted for the truth of their contents. First, “prior statements identifying or describing the accused are admissible where the identifying witness identifies the accused at trial” (pp. 497-98). Second, such statements are admissible “where the identifying witness is unable to identify the accused at trial, but can testify that he or she previously gave an accurate description or made an accurate identification” (p. 500). In the latter circumstance, Doherty J.A. explained, “the identifying witness may testify to what he or she said or did on those earlier occasions and those who heard the description given by the witness or witnessed the identification made by the witness may give evidence of what the witness said or did” (*ibid.*).
- 222 In the present case, only the second branch of the “prior identification” exception could possibly be applicable to permit the admission of the police testimony under the exception, because Ball did not identify the appellant in court. However, in my opinion, the requirements of this second branch are
- En l’espèce, il n’est pas nécessaire d’examiner au complet l’exception de l’«identification antérieure» à la règle du oui-dire. La question précise dont notre Cour est saisie est de savoir si la preuve par oui-dire d’une identification extrajudiciaire par un témoin au procès est admissible lorsque ce dernier n’affirme pas au procès qu’il a fait cette identification. D’après les faits du présent pourvoi, Cheryl Ball a témoigné au procès qu’elle avait déclaré à la police que l’un des hommes figurant sur les photographies qui lui avaient été montrées le 23 août 1994 lui [TRADUCTION] «di[sait] quelque chose», mais elle n’a pas affirmé avoir aperçu cette personne à la station-service Mohawk ou au volant de l’automobile qui avait suivi la familiale de Weselowski jusqu’à St. Norbert.
- La portée de l’exception de l’«identification antérieure» à la règle du oui-dire a récemment été examinée en profondeur dans les motifs clairs du juge Doherty dans l’arrêt *Tat*, précité. Comme le juge Doherty l’explique, il existe deux situations où les déclarations d’identification extrajudiciaires peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu. En premier lieu, [TRADUCTION] «les déclarations antérieures qui identifient ou décrivent l’accusé sont admissibles lorsque le témoin auteur de l’identification identifie l’accusé au procès» (pp. 497 et 498). En deuxième lieu, ces déclarations sont admissibles [TRADUCTION] «lorsque le témoin auteur de l’identification est incapable d’identifier l’accusé au procès, mais peut affirmer qu’il a déjà fourni une description ou une identification exacte» (p. 500). Dans ce dernier cas, comme le juge Doherty l’a expliqué, [TRADUCTION] «le témoin auteur de l’identification peut déposer au sujet de ce qu’il a dit ou fait à ces occasions, et ceux qui ont entendu la description fournie par ce témoin ou qui ont été témoins de l’identification qu’il a faite peuvent déposer au sujet de ce que ce témoin a dit ou fait» (*ibid.*).
- Dans la présente affaire, seul le deuxième volet de l’exception de l’«identification antérieure» aurait pu s’appliquer pour permettre l’admission du témoignage des policiers en vertu de l’exception, car Ball n’a pas identifié l’appelant en cour. J’estime toutefois que, dans les circonstances, il

not satisfied in the circumstances. Ball did not testify that she could not remember whether the appellant was the person whom she identified. She was not asked to compare the appellant with her recollections about the person she saw on the night of the murders. Accordingly, the underlying circumstances of necessity required to trigger the second branch of the traditional exception did not exist. Even aside from this point, the police evidence went far beyond the scope of the “prior identification” exception. Part of the rationale underlying the second branch of the exception is that the testimony that is being admitted to complement the testimony of the identifying witness does not truly constitute hearsay. If the witness can at least testify that at some point she made an accurate identification, then a police officer’s testimony that he or she observed the identifying witness in the act of identification is original evidence that the identifying witness did indeed select a particular person, and that that person is the accused. However, for this rationale to apply, the identifying witness must confirm that the person he or she identified in the police officer’s presence was the person who committed an act that is relevant in the immediate proceedings. The testimony of the identifying witness may thus have its own hearsay component, but this issue is beyond the scope of this appeal: see H. Stewart, “Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*” (1998), 3 *Can. Crim. L. Rev.* 61. The point is that the officer’s testimony should merely state who the witness identified, once the witness has already testified to the identification itself, and why the identification is relevant to the case.

The evidence provided by Constables Madden and MacLeod went beyond simply asserting that Cheryl Ball identified the accused on August 23, 1994. Their testimony provided almost the entirety of the narrative underlying the identification. Of particular importance, as already mentioned, Cheryl Ball did not testify that the person she pointed to in the photo line-up as being “familiar” was present at the Mohawk gas station or in the car

n’a pas été satisfait aux exigences de ce deuxième volet. Ball n’a pas témoigné qu’elle était incapable de se rappeler si l’appelant était la personne qu’elle avait identifiée. On ne lui a pas demandé de comparer l’appelant à la personne qu’elle se souvenait avoir aperçue la nuit des meurtres. Par conséquent, la situation sous-jacente de nécessité requise pour déclencher l’application du deuxième volet de l’exception traditionnelle n’existait pas. Même en faisant abstraction de ce fait, le témoignage des policiers a excédé de beaucoup la portée de l’exception de l’«identification antérieure». Une partie du raisonnement qui sous-tend le deuxième volet de l’exception veut que le témoignage qui est admis pour compléter celui du témoin auteur de l’identification ne constitue pas vraiment du ouï-dire. Si le témoin peut au moins affirmer qu’à un moment donné il a fait une identification exacte, le témoignage dans lequel un policier affirme l’avoir vu procéder à l’identification constitue alors une preuve originale que le témoin auteur de l’identification a vraiment désigné une personne en particulier et que cette personne est l’accusé. Cependant, pour que ce raisonnement s’applique, le témoin auteur de l’identification doit confirmer que la personne qu’il a identifiée en présence du policier est la personne qui a commis un acte pertinent dans le cadre de l’instance en cause. La déposition du témoin auteur de l’identification peut donc avoir sa propre composante de ouï-dire, mais cette question excède la portée du présent pourvoi: voir H. Stewart, «Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*» (1998), 3 *Rev. can. D.P.* 61. Il reste qu’une fois que le témoin a déposé quant à l’identification elle-même, le témoignage du policier devrait simplement indiquer la personne identifiée par le témoin et la raison pour laquelle l’identification est pertinente en l’espèce.

Dans leur témoignage, les agents Madden et MacLeod ne se sont pas contentés d’affirmer que Cheryl Ball avait identifié l’accusé le 23 août 1994. Leur témoignage a constitué presque tout le récit sous-jacent à l’identification. Fait particulièrement important, comme nous l’avons vu, Cheryl Ball n’a pas témoigné que la personne qu’elle avait décrite, lors de la séance d’identification par photos, comme «lui disant quelque chose» se trouvait

that followed the Weselowski station wagon to St. Norbert. All of the links between the act of identification and the reasons for the identification were provided by Constables Madden and MacLeod. As Doherty J.A. emphasized in *Tat*, the evidence explaining why the identifying witness identified the accused must come from the identifying witness himself or herself. In his words, at p. 505: “Absent some evidence connecting the person identified at the line-up to the crime, I fail to see how identification at the line-up has any relevance to the issue of identity”. Similar comments were made by Twaddle J.A. below, who stated (at p. 175) that “[w]here the identifying witness is unable to recall the prior identification, the situation is the same as if he or she has not testified. In that scenario, the trier of fact is left with the bald assertion of the recipient as to the person identified without the ability to cross-examine the eyewitness on the actual identification”. It follows that the trial judge erred in admitting the police evidence regarding Ball’s out-of-court identification under a traditional exception to the hearsay rule.

à la station-service Mohawk ou dans l’automobile qui avait suivi la familiale de Weselowski jusqu’à St. Norbert. Tous les liens entre l’acte d’identification et les raisons de l’identification ont été fournis par les agents Madden et MacLeod. Comme le juge Doherty l’a souligné dans l’arrêt *Tat*, la preuve qui explique pourquoi le témoin auteur de l’identification a identifié l’accusé doit émaner du témoin auteur de l’identification lui-même. Pour reprendre ses propos, à la p. 505: [TRADUCTION] «En l’absence de preuve reliant au crime la personne identifiée lors de la séance d’identification, je ne vois pas en quoi l’identification lors de la séance d’identification est pertinente à l’égard de la question de l’identité». Le juge Twaddle de la Cour d’appel a fait des observations similaires lorsqu’il a dit, à la p. 175, que [TRADUCTION] «[l]orsque le témoin auteur de l’identification est incapable de se souvenir de l’identification antérieure, la situation est la même que s’il n’avait pas témoigné. Dans ce cas, le juge des faits ne dispose, au sujet de la personne identifiée, que de la simple affirmation de la personne à qui l’identification a été faite, sans qu’il y ait possibilité de contre-interroger le témoin oculaire sur l’identification elle-même». Il s’ensuit que le juge du procès a commis une erreur en se fondant sur une exception traditionnelle à la règle du oui-dire pour admettre le témoignage des policiers relativement à l’identification extrajudiciaire par Ball.

224 The next question, following *Khan, supra*, and *Smith, supra*, is whether the hearsay evidence of Constables Madden and MacLeod is nonetheless admissible under the principled approach to hearsay admissibility. Parenthetically, I should mention that since the “prior identification” exception is not directly brought into play on these facts, I leave to another day the question of whether the exception requires revisiting in order to conform to the principled approach.

Selon les arrêts *Khan* et *Smith*, précités, il s’agit ensuite de savoir si la preuve par oui-dire des agents Madden et MacLeod est néanmoins admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d’aborder l’admissibilité de la preuve par oui-dire. J’ouvre une parenthèse pour mentionner qu’étant donné que l’exception de l’«identification antérieure» n’entre pas directement en jeu d’après les faits de la présente affaire, je reporte à une autre occasion le soin de répondre à la question de savoir si l’exception a besoin d’être réexaminée afin d’en assurer la conformité avec la méthode fondée sur des principes.

225 In my view, the police testimony was equally inadmissible under the principled approach. First of all, quite simply, the police hearsay was not

Je suis d’avis que le témoignage des policiers était tout aussi inadmissible selon la méthode fondée sur des principes. D’abord, le oui-dire des

necessary. Cheryl Ball was a witness at trial and could have provided first-hand evidence, had the Crown chosen to question her on point. That the Crown chose not to do so is a question of tactics, not a basis for admitting hearsay evidence to fill the gap. Moreover, there are strong indications that Cheryl Ball's identification was unreliable, even if one accepts the evidence of Constables Madden and MacLeod that Ball told them she saw a man in a car talking to Cook at the Mohawk gas station. According to Madden's testimony, Ball described the person she saw speaking to Cook as having had short hair in a ponytail, glasses, and no goatee. The black-and-white photocopied photograph that she pointed to as looking "familiar" showed the appellant with long hair and a goatee, with no ponytail and no glasses. Moreover, Madden testified that the appellant had never worn glasses. This inconsistency in the identification clearly does not meet the threshold of reliability. It is quite clear that the Constables' testimony should not have been admitted at trial.

Before this Court as in the court below, the Crown argued that, even if the trial judge erred in admitting hearsay evidence regarding Ball's out-of-court identification, any prejudice that might otherwise have been suffered by the appellant as a result was cured by the trial judge's cautionary instruction to the jury. The trial judge's instruction on this point was as follows:

I think it is of some significance that Cheryl Ball was not asked if the reason she could identify the individual in photo number 5 of Exhibit 11 was because she had seen a photo, that is, photo number 3 in Exhibit 10, a week before. I think it is significant that photo number 3 in Exhibit 10 is the only one, the only photograph of the three people in Exhibit 10 repeated in Exhibit 11. It is significant, I think, that she was not told that the description she gave of the man she saw talking to Cook did not in fact fit the description of the man in photograph number 3 of Exhibit 10. It is significant, I think, as well that, in court, she did not mention Starr by name

policiers n'était tout simplement pas nécessaire. Cheryl Ball a témoigné au procès et aurait pu fournir une preuve originale si le ministère public avait choisi de l'interroger en conséquence. Le fait que le ministère public ait décidé de ne pas le faire est une question de stratégie et non pas une raison d'admettre une preuve par ouï-dire en vue de combler cette lacune. En outre, il y a de solides indices que l'identification faite par Cheryl Ball n'était pas fiable, même si on accepte le témoignage des agents Madden et MacLeod voulant que Ball leur ait dit qu'elle avait vu un homme, dans une automobile, parler à Cook à la station-service Mohawk. Selon le témoignage de Madden, Ball a dit que la personne qu'elle avait vu parler à Cook avait les cheveux courts attachés en queue de cheval et portait des lunettes, mais n'avait pas de barbiche. La photographie qu'elle a choisie parce qu'elle lui «disait quelque chose» était une photocopie en noir et blanc qui montrait l'appellant avec les cheveux longs et une barbiche, sans queue de cheval ni lunettes. De plus, Madden a témoigné que l'appellant n'avait jamais porté de lunettes. Cette contradiction dans l'identification ne satisfait manifestement pas au critère du seuil de fiabilité. Il est très clair que le témoignage des agents n'aurait pas dû être admis au procès.

Devant notre Cour comme devant la Cour d'appel, le ministère public a prétendu que, même si le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve par ouï-dire concernant l'identification extrajudiciaire par Ball, la mise en garde qu'il avait faite au jury avait remédié au préjudice que cette admission aurait par ailleurs causé à l'appellant. La directive du juge du procès à ce propos était la suivante:

[TRADUCTION] Je pense qu'il est révélateur dans une certaine mesure qu'on n'ait pas demandé à Cheryl Ball si la raison pour laquelle elle pouvait identifier la personne sur la photo numéro 5 de la pièce 11 était qu'elle avait vu une photo, c'est-à-dire la photo numéro 3 de la pièce 10, la semaine précédente. Je pense qu'il est significatif que la photo numéro 3 de la pièce 10 soit la seule, la seule photographie des trois personnes dans la pièce 10 que l'on retrouve également dans la pièce 11. Il est significatif, je pense, qu'on ne lui ait pas dit que la description qu'elle a donnée de l'homme qu'elle avait vu parler à Cook ne correspondait pas, en fait, à la descrip-

and that she was not asked to identify nor did she identify the accused, Starr, in the dock as being the man she saw at the Mohawk station. I would tell you, then, that the identification evidence of Mrs. Ball is, to say the least, extremely frail, and I would express the opinion that it does not link the accused, Starr, to the deaths of either Weselowski or Cook. However, it is for you to decide the value of her evidence.

227 The majority in the Court of Appeal was of the view that the above instruction effectively negated any harm that the hearsay evidence of Constables Madden and MacLeod might have caused. In particular, the majority found that the evidence was relatively insignificant in the larger context of the case, because, in its words, “[t]his was not a case that turned on the issue of identification” (p. 159).

228 With respect, I disagree with the Court of Appeal’s assessment of the harm that may have been caused by the admission of the out-of-court identification evidence. Constable Madden testified that Cheryl Ball had stated that the appellant “was the one that she saw at the Mohawk Station and that he was probably driving the other car” (emphasis added). It is true that Jodie Giesbrecht’s testimony had also put the appellant at the Mohawk station. However, according to Constable Madden, Cheryl Ball identified the appellant not only as being at the Mohawk station, but also as someone who “was probably driving the other car”. The use of a conjunctive “and” indicates that there were two distinct elements to this testimony — namely, being at the Mohawk station, and “probably” being in the other car. The jury could easily have taken the reference to the “other car” to refer not to the appellant’s presence at the Mohawk station, but to the second car seen in St. Norbert when the Balls last saw Cook and Weselowski alive.

229 While admittedly the jury could also have taken the “other car” testimony to refer to the appellant’s

tion de l’homme figurant sur la photographie numéro 3 de la pièce 10. Je pense également qu’il est révélateur qu’elle n’ait pas désigné Starr par son nom en cour, et qu’on ne lui ait pas demandé d’identifier l’accusé Starr au banc des accusés, et qu’elle ne l’ait pas fait non plus, comme étant l’homme qu’elle avait aperçu à la station-service Mohawk. Je vous dirais donc que la preuve d’identification de M^{me} Ball est, le moins qu’on puisse dire, extrêmement fragile, et j’exprimerais l’opinion qu’elle ne relie l’accusé Starr ni au décès de Weselowski ni à celui de Cook. Cependant, il vous appartient de juger de la valeur de son témoignage.

La Cour d’appel à la majorité était d’avis que la directive susmentionnée avait effectivement éliminé tout préjudice que pouvait avoir causé la preuve par ouï-dire des agents Madden et MacLeod. Les juges majoritaires ont notamment conclu que la preuve était relativement négligeable dans le contexte général de l’affaire, car, d’après eux, [TRADUCTION] «[l]’affaire ne dépendait pas de la question de l’identification» (p. 159).

En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec l’évaluation que la Cour d’appel a faite du préjudice que peut avoir causé l’admission de la preuve d’identification extrajudiciaire. L’agent Madden a témoigné que Cheryl Ball avait dit que l’appellant [TRADUCTION] «était la personne qu’elle avait aperçue à la station-service Mohawk et qu’il conduisait probablement l’autre automobile» (je souligne). Il est vrai que, dans son témoignage, Jodie Giesbrecht avait également situé l’appellant à la station-service Mohawk. Toutefois, selon l’agent Madden, Cheryl Ball a non seulement dit que l’appellant était à la station-service Mohawk, mais aussi qu’il «conduisait probablement l’autre automobile». L’utilisation de la conjonction «et» indique que ce témoignage comportait deux éléments distincts — à savoir, se trouver à la station-service Mohawk et «probablement» dans l’autre automobile. Le jury aurait pu facilement considérer que la mention de l’«autre automobile» visait non pas la présence de l’appellant à la station-service Mohawk, mais la deuxième automobile aperçue à St. Norbert quand les Ball ont vu pour la dernière fois Cook et Weselowski vivants.

Même si le jury avait certes pu également considérer que le témoignage concernant l’«autre auto-

presence at the Mohawk station, certainly both interpretations are possible. The former interpretation would have placed the appellant at the last place the deceased were seen alive and provided a crucial gap in the prosecution's case. While Cheryl Ball clearly stated at trial that she did not see who was in the other car she saw at St. Norbert, the entire problem with the Constables' testimony is that they went far beyond what Cheryl Ball herself said at trial. Having offered the evidence, the respondent is now hard pressed to argue the jury would have undoubtedly disregarded it. Thus, even if, as the trial judge cautioned, the identification evidence had little weight, there remained the problem of the serious prejudice that may have been caused to the appellant by its admission. A crucial aspect of the defence theory in this case is that some unknown other person may have been involved in the murders. By potentially putting the appellant with the victims in St. Norbert, the identification evidence could have gone a long way to assuaging the jury's concerns about the non-existence of such other persons. The cautionary instruction was insufficient to remedy the harm caused by the admission of the evidence.

B. *Adequacy of the Instruction to the Jury on Reasonable Doubt*

(1) *The Decisions in Lifchus and Bisson*

In its decisions in *Lifchus*, *supra*, and *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306, this Court has recently addressed the appropriate manner of instructing a jury on the nature of the criminal standard of proof. Cory J., writing for the full Court in *Lifchus*, held that it is essential for jurors to be instructed that the term "beyond a reasonable doubt" has a special meaning in a criminal trial. He explained that an appropriate jury instruction on reasonable doubt is a fundamental component of a fair trial, because a jury might otherwise convict the innocent by finding guilt on the basis of

mobile» concernait la présence de l'appelant à la station-service Mohawk, les deux interprétations sont sûrement possibles. La première interprétation aurait situé l'appelant à l'endroit où les victimes ont été aperçues vivantes pour la dernière fois et aurait créé une lacune décisive dans la preuve de la poursuite. Bien que Cheryl Ball ait clairement affirmé au procès qu'elle n'avait pas vu qui était dans l'autre automobile qu'elle avait aperçue à St. Norbert, le problème que pose le témoignage des agents réside exclusivement dans le fait que ces derniers sont allés beaucoup plus loin que ce que Cheryl Ball a dit elle-même au procès. L'intimée, qui a présenté la preuve, peut maintenant difficilement faire valoir que le jury n'en aurait sûrement pas tenu compte. Par conséquent, même si, comme le juge du procès en a fait la mise en garde, la preuve d'identification avait peu de poids, il y avait toujours le problème du préjudice grave que son admission avait pu causer à l'appelant. Un aspect crucial de la thèse de la défense dans la présente affaire est la possibilité qu'une autre personne inconnue ait été impliquée dans les meurtres. Parce qu'elle soulève la possibilité que l'appelant se soit trouvé avec les victimes à St. Norbert, la preuve d'identification aurait pu contribuer grandement à dissiper les préoccupations du jury au sujet de l'absence de telles autres personnes. La mise en garde était insuffisante pour remédier au tort causé par l'admission de la preuve.

B. *Le caractère suffisant de la directive au jury sur le doute raisonnable*

(1) *Les arrêts Lifchus et Bisson*

Dans ses arrêts *Lifchus*, précité, et *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306, notre Cour a récemment abordé la façon dont il convient de donner des directives à un jury sur la nature de la norme de preuve en matière criminelle. Le juge Cory a statué au nom de notre Cour au complet, dans *Lifchus*, qu'il est essentiel que les jurés reçoivent la directive que l'expression «hors de tout doute raisonnable» a un sens particulier dans un procès criminel. Il a expliqué qu'une directive appropriée au jury sur le doute raisonnable est un élément fondamental d'un procès équitable parce qu'un jury pourrait

mere probability, rather than on the basis of proof to a near certainty as is required in criminal proceedings. In his words, at para. 14:

No matter how exemplary the directions to the jury may be in every other respect if they are wanting in this aspect the trial must be lacking in fairness. It is true the term has come echoing down the centuries in words of deceptive simplicity. Yet jurors must appreciate their meaning and significance. They must be aware that the standard of proof is higher than the standard applied in civil actions of proof based upon a balance of probabilities yet less than proof to an absolute certainty. [Emphasis added.]

231

In *Lifchus*, Cory J. held that there are certain essential elements that should be included in any effective jury charge on reasonable doubt, as well as several instructions that would generally lessen or impair the effectiveness of such a charge. Cory J. summarized the essential elements in the following terms, at para. 36:

It should be explained that:

- the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably intertwined with that principle fundamental to all criminal trials, the presumption of innocence;
- the burden of proof rests on the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused;
- a reasonable doubt is not a doubt based upon sympathy or prejudice;
- rather, it is based upon reason and common sense;
- it is logically connected to the evidence or absence of evidence;
- it does not involve proof to an absolute certainty; it is not proof beyond any doubt nor is it an imaginary or frivolous doubt; and
- more is required than proof that the accused is probably guilty — a jury which concludes only that the accused is probably guilty must acquit. [Emphasis in original.]

autrement condamner un innocent en concluant à sa culpabilité sur la base d'une simple probabilité, plutôt qu'à la lumière de la preuve correspondant à une quasi-certitude qui est requise en matière criminelle. Il s'est exprimé ainsi, au par. 14:

Peu importe que les directives aient été données de façon exemplaire à tous autres égards, si elles sont défectueuses sur ce point, le procès ne peut que manquer d'équité. Il est vrai que l'expression s'est transmise au cours des siècles dans des mots d'une simplicité trompeuse. Il n'en demeure pas moins que les jurés doivent en comprendre le sens et l'importance. Ils doivent savoir que même si la norme de preuve est plus exigeante que celle appliquée dans les litiges civils, qui est fondée sur la prépondérance des probabilités, elle n'exige toutefois pas une preuve correspondant à la certitude absolue. [Je souligne.]

Dans *Lifchus*, le juge Cory a conclu que, pour être efficace, tout exposé au jury sur le doute raisonnable devait comporter certains éléments essentiels, et que plusieurs directives sont généralement de nature à amoindrir ou à annuler l'efficacité d'un tel exposé. Le juge Cory a résumé les éléments essentiels de la façon suivante, au par. 36:

Les explications suivantes devraient être données:

- la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux, c'est-à-dire la présomption d'innocence;
- le fardeau de la preuve incombe à la poursuite tout au long du procès et ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé;
- un doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé;
- il repose plutôt sur la raison et le bon sens;
- il a un lien logique avec la preuve ou l'absence de preuve;
- la norme n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue; il ne s'agit pas d'une preuve au-delà de n'importe quel doute; il ne peut s'agir non plus d'un doute imaginaire ou frivole;
- il faut davantage que la preuve que l'accusé est probablement coupable — le jury qui conclut seulement que l'accusé est probablement coupable doit acquitter l'accusé. [Souligné dans l'original.]

Cory J. also summarized, at para. 37, certain references to the required standard of proof that should be avoided:

- describing the term “reasonable doubt” as an ordinary expression which has no special meaning in the criminal law context;
- inviting jurors to apply to the task before them the same standard of proof that they apply to important, or even the most important, decisions in their own lives;
- equating proof “beyond a reasonable doubt” to proof “to a moral certainty”;
- qualifying the word “doubt” with adjectives other than “reasonable”, such as “serious”, “substantial” or “haunting”, which may mislead the jury; and
- instructing jurors that they may convict if they are “sure” that the accused is guilty, before providing them with a proper definition as to the meaning of the words “beyond a reasonable doubt”.

Cory J. stressed that the precise wording of any given jury charge on reasonable doubt will not necessarily be determinative of its effectiveness at transmitting the meaning of the term, and so at securing the fairness of the accused’s trial. A charge must be examined in its entirety to determine whether the essential elements of a fair and accurate instruction on reasonable doubt are present and have been properly explained. The question in every case in which a trial judge’s instructions on reasonable doubt are impugned is whether there is a reasonable likelihood that the jury was under a misapprehension as to the correct standard of proof to apply. If the charge, when read as a whole, could not have placed the jury under a misapprehension as to the correct standard of proof, then the jury verdict should not be disturbed: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 758. However, in Cory J.’s words in *Lifchus*, at para. 41: “if the charge as a whole gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, then as a general rule the verdict will have to be set aside and a new trial directed”.

Le juge Cory a également résumé, au par. 37, certaines mentions qui doivent être évitées au sujet de la norme de preuve requise:

- le fait de décrire l’expression «doute raisonnable» comme étant une expression ordinaire, qui n’a pas de sens spécial dans le contexte du droit pénal;
- le fait d’inviter les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu’ils utilisent, dans leur propre vie, pour prendre des décisions importantes, voire les plus importantes de ces décisions;
- le fait d’assimiler preuve «hors de tout doute raisonnable» à une preuve correspondant à la «certitude morale»;
- le fait de qualifier le mot «doute» par d’autres adjectifs que «raisonnable», par exemple «sérieux», «substantiel» ou «obsédant», qui peuvent induire le jury en erreur;
- le fait de dire aux jurés qu’ils peuvent déclarer l’accusé coupable s’ils sont «sûrs» de sa culpabilité, avant de leur avoir donné une définition appropriée du sens des mots «hors de tout doute raisonnable».

Le juge Cory a souligné que l’efficacité d’un exposé au jury sur le doute raisonnable, pour ce qui est de communiquer le sens de cette expression et d’assurer ainsi l’équité du procès de l’accusé, ne dépendra pas nécessairement de la formulation précise de cet exposé. L’exposé doit être examiné dans son ensemble pour déterminer si les éléments essentiels d’une directive équitable et exacte sur le doute raisonnable s’y trouvent et s’ils ont été bien expliqués. La question qui se pose dans chaque affaire où les directives du juge du procès sur le doute raisonnable sont contestées est de savoir s’il existe une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Si, considéré dans son ensemble, l’exposé n’est pas susceptible d’avoir induit le jury en erreur quant à la norme de preuve applicable, il n’y a alors pas lieu de modifier le verdict du jury: *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758. Toutefois, comme l’a expliqué le juge Cory dans l’arrêt *Lifchus*, au par. 41: «si l’exposé, considéré dans son ensemble, soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable, alors, en règle générale, le verdict doit être annulé et un nouveau procès doit être ordonné».

232

233

- 234 In both *Lifchus, supra*, and *Bisson, supra*, this Court held that the reasonable doubt instruction provided to the jury in the particular cases created a reasonable likelihood of a misapprehension of the standard of proof. In *Lifchus*, the trial judge instructed the jury on reasonable doubt by referring to the ordinary everyday meaning of the phrase.
- 235 In finding that the trial judge's instruction constituted an error in law justifying a new trial, Cory J. explained that the instruction contained two central flaws. First, it did not provide a definition of "reasonable doubt". Second, it described the words "reasonable doubt" as "ordinary, every day words" with no specific meaning in the context of a criminal trial. Cory J. found that these errors were not cured when the jury charge was viewed as a whole, even though the charge was, in all other respects, "a model of clarity and conciseness" (para. 44).
- 236 The trial judge in *Bisson, supra*, explained to the jury that proof to an absolute certainty was not required, and that a reasonable doubt was something more than simply a frivolous, capricious, or imaginary doubt. He then drew an analogy between the standard of proof beyond a reasonable doubt and the standard of proof used in everyday activities such as checking the oil in one's car, emphasizing at some length that there was no distinction between the two standards. Writing for the Court, Cory J. explained that a trial judge should avoid providing examples from daily life of what may constitute a reasonable doubt, for two key reasons. First, everyday examples are problematic because, almost invariably, they involve the application of a standard of probability rather than one of proof beyond a reasonable doubt. Second, examples tend to be applied subjectively, depending upon the degree of care taken by different jurors prior to making everyday decisions, whereas
- Tant dans l'arrêt *Lifchus*, précité, que dans l'arrêt *Bisson*, précité, notre Cour a conclu que la directive sur le doute raisonnable qui avait été donnée au jury créait une probabilité raisonnable de méprise quant à la norme de preuve applicable. Dans *Lifchus*, le juge du procès avait donné une directive au jury sur le doute raisonnable en mentionnant le sens ordinaire de tous les jours de cette expression.
- En concluant que la directive du juge du procès constituait une erreur de droit justifiant la tenue d'un nouveau procès, le juge Cory a expliqué que cette directive comportait deux lacunes majeures. Premièrement, elle ne donnait aucune définition du «doute raisonnable». Deuxièmement, les mots «doute raisonnable» y étaient décrits comme étant «des mots ordinaires, de tous les jours» qui n'ont aucun sens particulier dans le contexte d'un procès criminel. Le juge Cory a conclu que, considéré dans son ensemble, l'exposé au jury ne remédiait pas à ces erreurs même s'il était, à tout autre égard, «un modèle de clarté et de concision» (par. 44).
- Dans l'arrêt *Bisson*, précité, le juge du procès a expliqué au jury qu'une preuve correspondant à la certitude absolue n'était pas requise et qu'un doute raisonnable était plus qu'un simple doute frivole, arbitraire ou imaginaire. Il a ensuite fait une analogie entre la norme de preuve hors de tout doute raisonnable et la norme de preuve qui est utilisée dans les activités de tous les jours, comme la vérification du niveau d'huile d'une automobile, en soulignant à un certain nombre de reprises qu'il n'y avait aucune différence entre les deux normes. Le juge Cory a expliqué, au nom de notre Cour, que le juge du procès devrait éviter de s'inspirer de la vie quotidienne pour illustrer ce qui peut constituer un doute raisonnable, et ce, pour deux raisons fondamentales. Premièrement, les exemples tirés de la vie de tous les jours posent un problème parce qu'ils comportent presque toujours l'application d'une norme de probabilité plutôt que celle d'une norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, ces exemples tendent à être appliqués de façon subjective, selon la diligence dont font preuve les différents jurés avant de pren-

the reasonable doubt standard is a single, objective, and exacting standard of proof.

Before turning to examine the charge to the jury in the present appeal, I would like to emphasize that in *Lifchus* and *Bisson*, we set out to improve the existing standard for instructions on reasonable doubt. This was not intended to suggest that a new trial is warranted for all previous convictions obtained following jury charges that were not in strict compliance with every aspect of *Lifchus* and *Bisson*. To the contrary, as Cory J. made clear in *Lifchus*, *supra*, at para. 40, there is no “magic incantation”. A court reviewing a pre-*Lifchus* jury charge must examine it to make sure that it was in substantial compliance with the principles set out in that case.

(2) Inadequacy of the Reasonable Doubt Charge in This Case

It should be pointed out that the trial judge in the present appeal, like the trial judge in *Bisson*, *supra*, gave his charge to the jury without the benefit of the decision of this Court in *Lifchus*. However, I agree with Twaddle J.A. that the reasonable doubt instruction given in this case falls prey to many of the same difficulties outlined in *Lifchus*, and likely misled the jury as to the content of the criminal standard of proof. For ease of reference, I will set out again the relevant portion of the charge in this case:

It is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the burden of proof on the Crown is only to prove the guilt of the accused beyond reasonable doubt. What, then, is proof beyond a reasonable doubt?

The words “reasonable doubt” are used in their everyday, ordinary sense and not as a legal term having some special connotation. The words have no magic meaning

de des décisions dans leur vie de tous les jours, tandis que la norme du doute raisonnable est une seule norme de preuve objective et stricte.

Avant d’aborder l’examen de l’exposé qui a été fait au jury en l’espèce, j’aimerais souligner que, dans les arrêts *Lifchus* et *Bisson*, nous avons cherché à améliorer la norme existante en matière de directives sur le doute raisonnable. Nous ne voulions pas laisser entendre que la tenue d’un nouveau procès serait justifiée pour toutes les déclarations de culpabilité antérieures prononcées à la suite d’exposés au jury qui n’étaient pas en tous points conformes aux arrêts *Lifchus* et *Bisson*. Au contraire, comme le juge Cory l’a dit clairement dans l’arrêt *Lifchus*, précité, au par. 40, il n’y a pas de «formule magique». La cour qui examine un exposé au jury antérieur à l’arrêt *Lifchus* doit le faire dans le but de s’assurer qu’il était conforme, pour l’essentiel, aux principes établis dans cet arrêt.

(2) Le caractère insuffisant de l’exposé sur le doute raisonnable en l’espèce

Il y a lieu de souligner que, dans la présente affaire comme dans l’affaire *Bisson*, précitée, le juge du procès a fait son exposé au jury sans bénéficier de l’arrêt *Lifchus* de notre Cour. Je suis cependant d’accord avec le juge Twaddle pour dire que la directive sur le doute raisonnable qui a été donnée en l’espèce pose, dans une large mesure, les mêmes difficultés que celles exposées dans l’arrêt *Lifchus* et qu’elle a probablement induit le jury en erreur quant au contenu de la norme de preuve applicable en matière criminelle. Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau la partie pertinente de l’exposé qui a été fait en l’espèce:

[TRADUCTION] Il est rarement possible d’établir quelque chose avec une certitude absolue, de sorte que le ministère public n’a qu’à établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. En quoi consiste donc la preuve hors de tout doute raisonnable?

L’expression «doute raisonnable» est utilisée dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas en tant qu’expression juridique ayant une connotation particu-

237

238

that is peculiar to the law. A reasonable doubt is an honest, fair doubt, based upon reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous one resting on speculation or guess rather than upon the evidence you heard in this courtroom.

So you can see, the words “reasonable doubt” are ordinary words we use in our everyday language. So if you can say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has met the onus upon it. If you cannot say those words — if you cannot say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has not met the onus on it, and the accused is entitled to have your doubt resolved in his favour.

239 The key difficulty with this instruction is that it was not made clear to the jury that the Crown was required to do more than prove the appellant’s guilt on a balance of probabilities. The trial judge told the jury that they could convict on the basis of something less than absolute certainty of guilt, but did not explain, in essence, how much less. In addition, rather than telling the jury that the words “reasonable doubt” have a specific meaning in the legal context, the trial judge expressly instructed the jury that the words have no “special connotation” and “no magic meaning that is peculiar to the law”. By asserting that absolute certainty was not required, and then linking the standard of proof to the “ordinary everyday” meaning of the words “reasonable doubt”, the trial judge could easily have been understood by the jury as asserting a probability standard as the applicable standard of proof.

240 The trial judge did comply with some of the requirements discussed in *Lifchus, supra*. He explained that a reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt resting on speculation or guess, and that a reasonable doubt is a real doubt based on reason and common sense upon a review of the evidence. He also explained, as mentioned, that the standard of proof beyond a reasonable

lière. Cette expression n’a aucun sens magique propre au droit. Un doute raisonnable est un doute sincère et légitime qui est fondé sur la raison et le bon sens. C’est un doute réel et non pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions plutôt que sur les témoignages que vous avez entendus dans cette salle d’audience.

Vous pouvez ainsi constater que les mots «doute raisonnable» sont des mots ordinaires que nous utilisons dans la vie de tous les jours. Donc, si vous pouvez dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public s’est acquitté de l’obligation qui lui incombait. Si vous ne pouvez pas prononcer ces mots — si vous ne pouvez pas dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public ne s’est pas acquitté de l’obligation qui lui incombait et l’accusé a le droit de profiter de votre doute.

Le problème fondamental que pose cette directive est qu’on n’a pas indiqué clairement au jury que le ministère public était tenu de faire plus qu’établir la culpabilité de l’appelant selon la prépondérance des probabilités. Le juge du procès a dit au jury qu’il pourrait prononcer une déclaration de culpabilité en fonction d’une norme de preuve moindre que la certitude absolue de culpabilité, sans pour autant expliquer essentiellement jusqu’à quel point elle pourrait être inférieure à cette dernière norme. En outre, au lieu de dire au jury que les mots «doute raisonnable» ont un sens particulier dans le contexte juridique, le juge du procès lui a expressément dit que ces mots n’avaient aucune [TRADUCTION] «connotation particulière» ni «aucun sens magique propre au droit». Lorsque le juge du procès a affirmé que la certitude absolue n’était pas requise et qu’il a ensuite lié la norme de preuve au sens «ordinaire de tous les jours» de l’expression «doute raisonnable», le jury aurait pu facilement comprendre qu’il disait qu’une norme de probabilité était la norme de preuve applicable.

Le juge du procès a respecté certaines exigences analysées dans l’arrêt *Lifchus*, précité. Il a expliqué qu’un doute raisonnable n’est pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions, et qu’un doute raisonnable est un doute réel fondé sur la raison et sur le bon sens, que suscite l’examen de la preuve. Il a également expliqué, comme nous l’avons vu, que la norme de

doubt does not involve proof to an absolute certainty. However, the trial judge's adherence to these requirements would have benefited primarily the Crown, not the appellant.

In the present case, the trial judge did refer to the Crown's onus and to the presumption of innocence, and he stated that the appellant should receive the benefit of any reasonable doubt. The error in the charge is that the jury was not told how a reasonable doubt is to be defined. As was emphasized repeatedly in *Lifchus* and again in *Bisson*, a jury must be instructed that the standard of proof in a criminal trial is higher than the probability standard used in making everyday decisions and in civil trials. Indeed, it is this very requirement to go beyond probability that meshes the standard of proof in criminal cases with the presumption of innocence and the Crown's onus. However, as Cory J. explained in these earlier decisions, it is generally inappropriate to define the meaning of the term "reasonable doubt" through examples from daily life, through the use of synonyms, or through analogy to moral choices. The criminal standard of proof has a special significance unique to the legal process. It is an exacting standard of proof rarely encountered in everyday life, and there is no universally intelligible illustration of the concept, such as the scales of justice with respect to the balance of probabilities standard. Unlike absolute certainty or the balance of probabilities, reasonable doubt is not an easily quantifiable standard. It cannot be measured or described by analogy. It must be explained. However, precisely because it is not quantifiable, it is difficult to explain.

In my view, an effective way to define the reasonable doubt standard for a jury is to explain that it falls much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities. As stated in *Lifchus*, a trial judge is required to explain that something less than absolute certainty is required,

preuve hors de tout doute raisonnable n'implique pas une preuve correspondant à la certitude absolue. Toutefois, le respect de ces exigences par le juge du procès aurait surtout profité au ministère public, et non pas à l'appellant.

Dans la présente affaire, le juge du procès a mentionné l'obligation du ministère public et la présomption d'innocence, et il a dit que l'appellant devait bénéficier de tout doute raisonnable. L'erreur de l'exposé provient du fait que le jury n'a pas été informé de la définition à donner au doute raisonnable. Comme on l'a souligné à maintes reprises dans *Lifchus*, puis de nouveau dans *Bisson*, il faut dire au jury que la norme de preuve applicable dans un procès criminel est plus élevée que la norme de la prépondérance des probabilités qui est utilisée dans les décisions de tous les jours et dans les procès civils. En fait, c'est précisément cette exigence d'aller au-delà de la probabilité qui fait concorder la norme de preuve en matière criminelle avec la présomption d'innocence et l'obligation du ministère public. Cependant, comme le juge Cory l'a expliqué dans ces arrêts antérieurs, il est généralement inopportun de définir l'expression «doute raisonnable» au moyen d'exemples tirés de la vie quotidienne, de l'utilisation de synonymes ou d'une analogie avec des choix moraux. La norme de preuve en matière criminelle a un sens particulier qui est propre au processus judiciaire. C'est une norme de preuve stricte qui se voit rarement dans la vie de tous les jours, et il n'y a aucun exemple de cette notion qui soit intelligible à tous, comme la balance de la justice relativement à la norme de la prépondérance des probabilités. Contrairement à la certitude absolue ou à la prépondérance des probabilités, le doute raisonnable n'est pas une norme facile à quantifier. Il ne peut être ni mesuré ni décrit par analogie. Il doit être expliqué. Toutefois, il est difficile à expliquer justement parce qu'il n'est pas quantifiable.

J'estime qu'une manière efficace de définir la norme du doute raisonnable à un jury consiste à expliquer qu'elle se rapproche davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Comme l'arrêt *Lifchus* l'a précisé, le juge du procès est tenu d'expliquer qu'il

241

242

and that something more than probable guilt is required, in order for the jury to convict. Both of these alternative standards are fairly and easily comprehensible. It will be of great assistance for a jury if the trial judge situates the reasonable doubt standard appropriately between these two standards. The additional instructions to the jury set out in *Lifchus* as to the meaning and appropriate manner of determining the existence of a reasonable doubt serve to define the space between absolute certainty and proof beyond a reasonable doubt. In this regard, I am in agreement with Twaddle J.A. in the court below, when he said, at p. 177:

If standards of proof were marked on a measure, proof “beyond reasonable doubt” would lie much closer to “absolute certainty” than to “a balance of probabilities”. Just as a judge has a duty to instruct the jury that absolute certainty is not required, he or she has a duty, in my view, to instruct the jury that the criminal standard is more than a probability. The words he or she uses to convey this idea are of no significance, but the idea itself must be conveyed. . . .

243

In the appellant’s case, with respect, the trial judge did not give instructions that could be construed as having located the reasonable doubt standard above the probability standard. Not only was the jury not told that something more than probability was required in order to convict, but nearly all of the instructions they were given (i.e., less than absolute certainty required, ordinary everyday words, no special meaning, more than a frivolous doubt required) weakened the content of the reasonable doubt standard in such a manner as to suggest that probability was indeed the requisite standard of proof. In this regard, the reasonable doubt instruction in the appellant’s case cannot be meaningfully distinguished from the impugned instructions in *Lifchus* and *Bisson*. The reasonable likelihood that the jury applied the wrong standard of proof raises a realistic possibility that the appellant’s convictions constitute a miscarriage of justice. While obviously a mistake in the charge will not always be fatal, at no point did the instructions in this case cure the mistake. The fact that the trial judge repeatedly stated that the prosecution must prove guilt beyond a reasonable doubt is no cure

faut moins que la certitude absolue et plus que la culpabilité probable pour que le jury prononce une déclaration de culpabilité. Ces deux normes subsidiaires se comprennent assez facilement. Il sera très utile au jury que le juge du procès situe la norme du doute raisonnable de la bonne façon entre ces deux normes. Les directives supplémentaires au jury qui ont été énoncées dans *Lifchus*, quant au sens du doute raisonnable et à la façon d’en déterminer l’existence, servent à définir ce qui sépare la certitude absolue de la preuve hors de tout doute raisonnable. À cet égard, je suis d’accord avec le juge Twaddle de la Cour d’appel lorsqu’il dit, à la p. 177:

[TRADUCTION] Si les normes de preuve étaient inscrites sur un étalon de mesure, la preuve «hors de tout doute raisonnable» se situerait beaucoup plus près de la «certitude absolue» que de la «prépondérance des probabilités». De la même manière que le juge est tenu de dire au jury que la certitude absolue n’est pas requise, il lui incombe, à mon avis, de lui dire que la norme en matière criminelle est plus qu’une probabilité. Les mots qu’il utilise pour transmettre cette idée n’ont pas d’importance, mais l’idée elle-même doit être transmise. . .

En toute déférence, le juge du procès n’a pas, dans le cas de l’appelant, donné de directives susceptibles d’être interprétées comme ayant situé la norme du doute raisonnable au-dessus de la norme de la probabilité. Non seulement n’a-t-il pas dit au jury qu’il fallait plus qu’une probabilité pour que celui-ci puisse prononcer une déclaration de culpabilité, mais encore presque toutes les directives qui ont été données (c’est-à-dire, moins que la certitude absolue, les mots ordinaires de tous les jours, aucun sens particulier, plus qu’un doute frivole requis) ont affaibli le contenu de la norme du doute raisonnable au point d’indiquer que la probabilité était effectivement la norme de preuve requise. À cet égard, on ne peut pas établir de distinction utile entre la directive portant sur le doute raisonnable dans le cas de l’appelant et les directives contestées dans les affaires *Lifchus* et *Bisson*. La probabilité raisonnable que le jury ait appliqué la mauvaise norme de preuve soulève une possibilité réaliste que les déclarations de culpabilité de l’appelant constituent une erreur judiciaire. Même s’il est évident qu’une erreur dans l’exposé n’est pas toujours fatale, les directives données en l’espèce

given his failure to ever define reasonable doubt correctly. To hold otherwise would eviscerate the holdings of *Lifchus* and *Bisson*. I reach this finding notwithstanding the fact that, like the jury charge in *Lifchus* when read as a whole, the jury charge in the present case was largely a model of fairness to the accused. The fact that other elements of the charge were fair to the accused cannot eliminate the prejudice caused by the improper instructions. Thus I conclude that there was not substantial compliance with the *Lifchus* principles. I would therefore allow the appeal on this ground as well.

I note that, appropriately, the respondent has not seriously attempted to apply the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

VI. Disposition

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and a new trial is directed.

Appeal allowed and new trial ordered, MCLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Bernard Laprade, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

n'ont, à aucun moment, remédié à l'erreur commise. Le fait que le juge du procès a affirmé à maintes reprises que la poursuite doit établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable ne remédie à rien en raison de son omission de définir correctement le doute raisonnable. Conclure le contraire dépouillerait de tout leur sens les décisions rendues dans *Lifchus* et *Bisson*. Je tire cette conclusion en dépit du fait que, à l'instar de l'ensemble de l'exposé au jury dans *Lifchus*, l'exposé au jury en l'espèce était dans une large mesure un modèle d'équité pour l'accusé. Le fait que d'autres éléments de l'exposé aient été équitables pour l'accusé ne saurait éliminer le préjudice causé par les directives inappropriées. Je conclus donc que, pour l'essentiel, les principes établis dans l'arrêt *Lifchus* n'ont pas été respectés. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif également.

Je souligne que l'intimée a eu raison de ne pas tenter sérieusement d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

VI. Dispositif

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge en chef MCLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Bernard Laprade, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

244

245

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.