

His Majesty The King *Appellant*

v.

William Victor Schneider *Respondent***INDEXED AS: R. v. SCHNEIDER****2022 SCC 34**

File No.: 39559.

2021: December 10; 2022: October 7.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Party admission — Accused charged with second degree murder — Crown seeking to adduce at trial hearsay evidence from accused's brother concerning incriminating statements he overheard accused make in telephone conversation with wife — Trial judge admitting brother's testimony into evidence — Accused convicted by jury — Whether trial judge erred in admitting overheard statements into evidence.

The accused was charged with second degree murder after the victim's body was recovered by police in a hidden suitcase following a tip from the accused's brother. At trial, the Crown sought to adduce hearsay evidence from the brother, who overheard the accused speaking on the phone with his wife. The trial judge held a *voir dire* regarding the admissibility of the brother's testimony, during which the brother testified that he could not remember word-for-word what the accused said to his wife but the statements made were along the lines of "I did it" or "I killed her". The trial judge ruled the testimony was admissible. The brother also testified at trial as to several critical conversations he had with the accused regarding the victim and the location of her body prior to the accused's phone call to his wife. The jury convicted the accused of second degree murder.

Sa Majesté le Roi *Appelant*

c.

William Victor Schneider *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. SCHNEIDER****2022 CSC 34**

N° du greffe : 39559.

2021 : 10 décembre; 2022 : 7 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oui-dire — Aveux émanant d'une partie — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré — Demande de la Couronne sollicitant l'autorisation de présenter en preuve au procès le témoignage par oui-dire du frère de l'accusé concernant des déclarations incriminantes qu'il a entendu ce dernier prononcer durant une conversation téléphonique avec son épouse — Témoignage du frère admis en preuve par la juge du procès — Accusé déclaré coupable par le jury — La juge du procès a-t-elle fait erreur en admettant en preuve les déclarations entendues par le frère?

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré après que la police a retrouvé le corps de la victime dans une valise cachée après avoir reçu des informations du frère de l'accusé. Au procès, la Couronne a voulu présenter en preuve le témoignage par oui-dire du frère, qui avait entendu l'accusé parler au téléphone avec son épouse. La juge du procès a tenu un voir-dire relativement à l'admissibilité du témoignage du frère, voir-dire durant lequel le frère a témoigné qu'il ne pouvait pas se rappeler mot pour mot ce que l'accusé avait dit à son épouse, mais que celui-ci avait dit quelque chose comme « Je l'ai fait » ou « Je l'ai tuée ». La juge du procès a statué que le témoignage était admissible. Au procès, le frère a également témoigné au sujet de plusieurs conversations cruciales qu'il a eues avec l'accusé concernant la victime et l'endroit où se trouvait le corps de celle-ci, avant l'appel téléphonique de l'accusé à son épouse. Le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré.

The accused appealed his conviction, arguing that the trial judge erred in admitting the brother's testimony as to the overheard conversation and in responding to a mid-deliberation question from the jury. The majority of the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial. It held that the testimony was not capable of meaning and therefore not relevant and should not have been admitted. In its view, only the micro context, i.e. the words said before and after the overheard admission, was pertinent in determining whether the admission had meaning, and the brother could not recall this context. The dissenting judge would have dismissed the appeal, as she saw all the evidence, including the brother's conversations with the accused leading up to the phone call, as capable of informing the meaning of the overheard words. The Court of Appeal unanimously dismissed the ground pertaining to the question from the jury. The Crown appeals to the Court as of right. In response, the accused argues the trial judge erred in dealing with the jury's mid-deliberation question.

Held (Karakatsanis and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: The trial judge did not err in admitting the brother's hearsay evidence. What the brother overheard the accused say on the phone was capable of non-speculative meaning such that it was relevant; it was admissible under the party admission exception to hearsay; and there is no basis to disturb the trial judge's discretionary balancing of probative value against prejudicial effect. In addition, there is substantial agreement with the Court of Appeal that the jury's question was not ambiguous and the trial judge answered it correctly.

The three-part test for admission of all evidence, including party admissions, that trial judges must consider is: (a) whether the evidence is relevant; (b) whether it is subject to an exclusionary rule; and (c) whether to exercise discretion to exclude it. While a *voir dire* is often needed when questions arise as to admissibility, it may not be necessary for party admission evidence; whether one is

L'accusé a fait appel de sa déclaration de culpabilité, plaçant que la juge du procès avait fait erreur en admettant le témoignage de son frère concernant la conversation téléphonique qu'il avait entendue et en répondant comme elle l'avait fait à une question posée par le jury durant ses délibérations. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Ils ont conclu que le témoignage était incapable de signification et par conséquent non pertinent, et qu'il n'aurait pas dû être admis. À leur avis, seul le micro-contexte, c.-à-d. les paroles prononcées avant et après les aveux entendus, était pertinent pour déterminer si les aveux avaient une signification, et le frère ne pouvait se rappeler ce contexte. La juge dissidente aurait rejeté l'appel, car elle considérait que l'ensemble de la preuve, y compris les conversations que le frère de l'accusé avait eues avec celui-ci avant l'appel téléphonique, pouvait éclairer la signification des paroles qu'il avait entendues. La Cour d'appel a unanimement rejeté le moyen fondé sur le point concernant la question posée par le jury. La Couronne se pourvoit de plein droit devant la Cour. En réponse, l'accusé soutient que la juge du procès a commis une erreur dans la réponse qu'elle a donnée à la question posée par le jury au cours de ses délibérations.

Arrêt (les juges Karakatsanis et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal : La juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant le témoignage par ouï-dire du frère. Les paroles que le frère a entendu l'accusé prononcer au téléphone étaient capables de signification non conjecturale, de telle sorte qu'elles étaient pertinentes; elles étaient admissibles en vertu de l'exception à la règle d'exclusion du ouï-dire relative aux aveux émanant d'une partie; et rien ne justifie de modifier la mise en balance discrétionnaire par la juge du procès de la valeur probante d'un élément de preuve par rapport à son effet préjudiciable. Qui plus est, il y a accord pour l'essentiel avec la Cour d'appel pour dire que la question posée par le jury n'était pas ambiguë et que la juge du procès y a répondu correctement.

Suivant l'analyse à trois volets qui régit l'admission de tout élément de preuve, y compris les aveux émanant d'une partie, le juge du procès doit se demander a) si l'élément de preuve est pertinent, b) si cet élément est visé par une règle d'exclusion et c) s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire afin de l'écarter. Bien qu'un *voir-dire* soit souvent nécessaire lorsqu'une question relative à l'admissibilité

needed for such evidence is to be determined in the circumstances of each case.

First, to determine relevance, a judge must ask whether, in light of all the other evidence, the at-issue evidence logically tends to make a fact in issue more or less likely. The threshold is low and judges can admit evidence that has modest probative value. Concepts like ultimate reliability, believability, and probative weight have no place when deciding relevance; they are reserved for the finder of fact. The evidentiary context that trial judges can use to determine whether evidence is capable of meaning such that it could be relevant includes evidence that parties have adduced and evidence that a party indicates that they intend to adduce. This proposition applies to party admissions; there is no basis to treat them differently in the determination of relevance. Accordingly, there is no basis in law to differentiate between micro and macro context; all the evidence is capable of informing a judge's analysis of this question. Furthermore, party admissions, like other evidence, are not rendered inadmissible because the witness is equivocal in their testimony. To the extent that a witness's uncertainty or imperfect recollection is related to admissibility (rather than weight), they are properly to be considered by the trial judge when balancing probative value against prejudicial effect. Thus, the fact that a witness cannot recall the exact words used does not mean that such evidence has no relevance. The focus should remain on whether the jury can give meaning to the witness's testimony in a manner that is non-speculative.

Second, evidence that is relevant is ordinarily admissible, subject to various exclusionary rules. Hearsay evidence is subject to a general exclusionary rule and various exceptions. One such exception is the party admission exception. Party admissions include any acts or words of a party offered as evidence against that party. In criminal trials, a party admission will be evidence that the Crown adduces against an accused. The common law justifies

d'un élément de preuve est soulevée, il est possible qu'un voir-dire ne soit pas nécessaire dans le cas d'un aveu émanant d'une partie; la question de savoir si la tenue d'un voir-dire est nécessaire à l'égard d'une preuve de cette nature doit être tranchée au regard des circonstances propres à chaque espèce.

Premièrement, pour déterminer si un élément de preuve est pertinent, le juge doit se demander si, à la lumière de tous les autres éléments de preuve, l'élément en cause tend logiquement à accroître ou à diminuer la vraisemblance d'un fait en litige. Le seuil requis est peu élevé, et les juges peuvent admettre un élément de preuve qui présente une faible valeur probante. Des concepts comme la fiabilité en dernière analyse, la vraisemblance et la valeur probante n'ont pas leur place lorsqu'il s'agit de décider de la pertinence; ils sont réservés au juge des faits. Le contexte en ce qui a trait à la preuve dont peut tenir compte le juge présidant un procès afin de décider si un élément de preuve est capable de signification et peut de ce fait être pertinent comprend les éléments de preuve que les parties ont présentés et ceux qu'une partie indique qu'elle entend présenter. Cette proposition s'applique aux aveux émanant d'une partie; rien ne justifie de les traiter différemment dans la détermination de la pertinence. Par conséquent, il n'existe en droit aucun fondement justifiant d'établir une distinction entre le micro-contexte et le macro-contexte; tous les éléments de preuve sont susceptibles d'éclairer l'analyse de cette question par le juge. En outre, les aveux émanant d'une partie, comme tout autre élément de preuve, ne deviennent pas inadmissibles parce que le témoin rend un témoignage équivoque. Dans la mesure où les hésitations ou un souvenir imparfait des circonstances d'un témoin portent sur des points liés à l'admissibilité (plutôt qu'au poids), il est approprié que le juge qui préside un procès les prenne en considération dans la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable. En conséquence, le fait qu'un témoin ne se souvienne pas des mots exacts qui ont été utilisés ne signifie pas que son témoignage n'est pas pertinent. L'analyse doit demeurer axée sur la question de savoir si le jury est en mesure d'attribuer à la déposition du témoin une signification d'une manière qui n'est pas conjecturale.

Deuxièmement, un élément de preuve pertinent est habituellement admissible, sous réserve de diverses règles d'exclusion. La preuve par ouï-dire est visée par une règle générale d'exclusion et par diverses exceptions. L'une de ces exceptions est celle touchant les aveux émanant d'une partie. Les aveux émanant d'une partie incluent tout acte ou propos d'une partie présenté en preuve contre cette partie. Dans un procès criminel, un aveu émanant d'une partie

allowing party admissions into evidence on the basis that a party cannot complain of the unreliability of his or her own statements. Unlike many other exceptions, justification for allowing party admissions does not relate to necessity or reliability; accordingly, they are admissible without reference to necessity or reliability.

Third, judges must determine whether they should exercise their discretion to exclude evidence by balancing probative value against prejudicial effect. This weighing has been referred to as a cost benefit analysis. Probative value relates to the degree of relevance to trial issues and the strength of inference that can be drawn from evidence. Prejudicial effect relates to the likelihood that a jury will misuse the evidence. Judges sitting with juries should consider the extent to which the cost associated with the evidence (i.e., the prejudice) can be attenuated by appropriate instructions to the jury as to the use to which the evidence can properly be put. A trial judge's determination that the probative value of evidence outweighs its prejudicial effect is discretionary and should be reviewed with deference.

In the instant case, the trial judge did not err in admitting the brother's testimony as to what he overheard the accused say. There was sufficient context for the jury to give meaning to the words that the brother overheard, such that the evidence overcomes the low threshold for relevance. It is not fatal that the brother was uncertain as to the exact words that he heard the accused say. The equivocal nature of the brother's testimony is a factor for consideration when weighing the probative value against the prejudicial effect. The brother's evidence, if believed by the jury, tends to increase the probability that the accused was responsible for the victim's death. In light of other evidence, the brother's evidence was capable of non-speculative meaning and relevant. Next, the evidence was that the accused had, by his words, admitted responsibility for the victim's death. This is a party admission, and therefore comes within a recognized exception to the general exclusionary rule for hearsay. Finally, the accused did not demonstrate an error in the trial judge's discretionary balancing of probative value against prejudicial effect, particularly in light of the well-structured jury instructions on appropriate use of the

constitue une preuve à charge que la Couronne présente contre l'accusé. La common law justifie l'admission en preuve de ce type d'aveux par le fait qu'une partie ne peut se plaindre de la non-fiabilité de ses propres déclarations. Contrairement à plusieurs autres exceptions, la justification de l'admission des aveux émanant d'une partie n'est pas liée à des considérations de nécessité ou de fiabilité; par conséquent, ils sont admissibles en preuve sans égard à leur nécessité ou leur fiabilité.

Troisièmement, les juges doivent décider s'il y a lieu d'exercer leur pouvoir discrétionnaire afin d'écarter un élément de preuve après avoir soupesé la valeur probante de celui-ci par rapport à ses effets préjudiciables. Cette mise en balance a été qualifiée d'analyse du coût et des bénéfices. La valeur probante s'entend du degré de pertinence d'un élément de preuve par rapport aux faits en litige et de la solidité des inférences qui peuvent être tirées de celui-ci. L'effet préjudiciable a trait à la probabilité que le jury fasse un mauvais usage de l'élément de preuve litigieux. Le juge qui préside un procès avec jury doit se demander dans quelle mesure il est possible d'atténuer le coût associé à l'élément de preuve litigieux (c.-à-d. son effet préjudiciable) en donnant au jury des directives appropriées sur l'utilisation qui peut régulièrement être faite de cet élément. La décision par le juge présidant un procès que la valeur probante d'un élément de preuve l'emporte sur son effet préjudiciable est une décision discrétionnaire qui commande la déférence en cas de contrôle.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas fait erreur en admettant en preuve le témoignage du frère concernant ce qu'il avait entendu l'accusé dire. Le jury disposait d'un contexte suffisant pour attribuer une signification aux paroles que le frère avait entendues, de sorte que cet élément de preuve satisfait au seuil peu élevé de pertinence requis. Le fait que le frère était incertain quant aux paroles exactes qu'il avait entendu l'accusé prononcer n'est pas fatal. La nature équivoque du témoignage du frère est un facteur à considérer dans la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable. Si le jury y prête foi, le témoignage du frère tend à accroître la probabilité que l'accusé ait été responsable de la mort de la victime. À la lumière des autres éléments de preuve, le témoignage du frère rapportait des propos capables de signification non conjecturale et il était pertinent. Ensuite, le témoignage indiquait que l'accusé avait admis, par ses propres mots, être responsable de la mort de la victime. Cela constitue un aveu émanant d'une partie, qui est donc visé par une exception reconnue à la règle générale d'exclusion du oui-dire. Enfin, l'accusé n'a pas démontré que le juge du

party admission, which effectively and adequately limited the possibility of prejudicial use.

Per Karakatsanis and Brown JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed. There is agreement with the majority's framework for assessing relevance and probative value but disagreement with its application. The evidence of the overheard statements should not have been admitted as a jury could not ascertain their meaning or relevance. On the evidence before the jury, it was impossible to know what the accused said to his wife during the overheard phone call. The brother did not know the words that he heard, he was deliberately trying not to listen to the conversation, he neither participated in the conversation nor heard both sides of it, and he acknowledged that he did not know what was said or recall the substance of what was said. Assessing the relevance of the accused's brother's testimony is therefore an exercise in pure speculation. While context beyond the immediate conversation can inform the meaning of statements made within the conversation, in the instant case, the contextual features beyond the conversation that were relied on were irrelevant and there was insufficient context arising from the conversation itself. In any event, when the potential for misuse is measured against the absence of any significant probative value, the result is that the evidence should have been removed from the jury's consideration.

Cases Cited

By Rowe J.

Applied: *R. v. Ferris*, [1994] 3 S.C.R. 756; **considered:** *R. v. Ferris* (1994), 149 A.R. 1; *R. v. Bennight*, 2012 BCCA 190, 320 B.C.A.C. 195; *R. v. Buttazzoni*, 2019 ONCA 645; *R. v. Hummel*, 2002 YKCA 6, 166 C.C.C. (3d) 30; **referred to:** *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475; *R. v. Corbett*,

procès avait commis une erreur dans la mise en balance discrétionnaire de la valeur probante d'un élément de preuve par rapport à son effet préjudiciable; cela ressort de façon particulière des directives bien structurées que la juge du procès a données au jury sur l'utilisation appropriée qu'il pouvait faire des aveux émanant d'une partie, directives qui ont limité de manière efficace et adéquate la possibilité d'utilisation préjudiciable du témoignage.

Les juges Karakatsanis et Brown (dissidents) : Le pourvoi devrait être rejeté. Il y a accord avec le cadre d'analyse utilisé par les juges majoritaires afin d'évaluer la pertinence et la valeur probante, mais il y a désaccord avec l'application de ce cadre. La preuve relative aux déclarations entendues n'aurait pas dû être admise, parce qu'un jury n'était pas en mesure de déterminer le sens ou la pertinence de celles-ci. Au regard de la preuve dont disposait le jury, il était impossible de savoir ce que l'accusé avait dit à son épouse durant la conversation téléphonique entendue par le frère. Ce dernier ne savait pas quelles paroles il avait entendues, il essayait délibérément de ne pas écouter la conversation, il n'a ni participé à cette conversation ni entendu les échanges des deux parties à la conversation, et il a reconnu qu'il ne savait pas ce qui avait été dit durant la conversation et ne se souvenait pas de la teneur de celle-ci. Évaluer la pertinence du témoignage du frère de l'accusé constitue donc une opération purement conjecturale. Bien qu'un examen allant au-delà du contexte immédiat d'une conversation donnée puisse éclairer le sens de déclarations faites durant celle-ci, en l'espèce, les aspects contextuels qui vont au-delà de la conversation et sur lesquels on s'est appuyés n'étaient pas pertinents, et la conversation à elle seule ne fournissait pas suffisamment de contexte. Quoi qu'il en soit, lorsque le risque de mauvaise utilisation et l'absence de toute valeur probante appréciable sont mis en balance, il s'ensuit que la preuve litigieuse aurait dû être soustraite à l'examen du jury

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Arrêt appliqué : *R. c. Ferris*, [1994] 3 R.C.S. 756; **arrêts examinés :** *R. c. Ferris* (1994), 149 A.R. 1; *R. c. Bennight*, 2012 BCCA 190, 320 B.C.A.C. 195; *R. c. Buttazzoni*, 2019 ONCA 645; *R. c. Hummel*, 2002 YKCA 6, 166 C.C.C. (3d) 30; **arrêts mentionnés :** *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. Grant*, 2015 CSC

[1988] 1 S.C.R. 670; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Bradshaw*, 2017 SCC 35, [2017] 1 S.C.R. 865; *R. v. Gordon Gray*, 2021 QCCA 882; *R. v. Foreman* (2002), 169 C.C.C. (3d) 489; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321; *R. v. Lo*, 2020 ONCA 622, 152 O.R. (3d) 609; *R. v. Scott*, 2013 MBCA 7, 288 Man. R. (2d) 188; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Khill*, 2021 SCC 37, [2021] 2 S.C.R. 948; *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42; *R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Reiersen*, 2010 BCCA 381, 259 C.C.C. (3d) 32; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Miljevic*, 2011 SCC 8, [2011] 1 S.C.R. 203.

By Karakatsanis and Brown JJ. (dissenting)

R. v. Ferris (1994), 149 A.R. 1; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “bodily harm”, 25(3), 182(b), 229(a)(ii), 235(1).

Authors Cited

Lederman, Sidney N., Michelle K. Fuerst and Hamish C. Stewart. *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 6th ed. Toronto: LexisNexis, 2022.
 Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
 Vaclair, Martin, et Tristan Desjardins, avec la collaboration de Pauline Lachance. *Traité général de preuve et de procédure pénales 2022*, 29^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2022.
 Younger, Irving. *An Irreverent Introduction to Hearsay*. Chicago: American Bar Association, 1977.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Goepel and DeWitt-Van Oosten JJ.A.), 2021 BCCA 41, 400 C.C.C. (3d) 131, [2021] B.C.J. No. 151 (QL), 2021 CarswellBC 232

9, [2015] 1 R.C.S. 475; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Bradshaw*, 2017 CSC 35, [2017] 1 R.C.S. 865; *R. c. Gordon Gray*, 2021 QCCA 882; *R. c. Foreman* (2002), 169 C.C.C. (3d) 489; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321; *R. c. Lo*, 2020 ONCA 622, 152 O.R. (3d) 609; *R. c. Scott*, 2013 MBCA 7, 288 Man. R. (2d) 188; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Khill*, 2021 CSC 37, [2021] 2 R.C.S. 948; *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42; *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Reiersen*, 2010 BCCA 381, 259 C.C.C. (3d) 32; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Miljevic*, 2011 CSC 8, [2011] 1 R.C.S. 203.

Citée par les juges Karakatsanis et Brown (dissidents)

R. c. Ferris (1994), 149 A.R. 1; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2 « lésions corporelles », 25(3), 182b), 229a)(ii), 235(1).

Doctrine et autres documents cités

Lederman, Sidney N., Michelle K. Fuerst and Hamish C. Stewart. *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 6th ed., Toronto, LexisNexis, 2022.
 Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
 Vaclair, Martin, et Tristan Desjardins, avec la collaboration de Pauline Lachance. *Traité général de preuve et de procédure pénales 2022*, 29^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2022.
 Younger, Irving. *An Irreverent Introduction to Hearsay*, Chicago, American Bar Association, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Goepel et DeWitt-Van Oosten), 2021 BCCA 41, 400 C.C.C. (3d) 131, [2021] B.C.J. No. 151 (QL), 2021

(WL), setting aside the conviction of the accused for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed, Karakatsanis and Brown JJ. dissenting.

Mary T. Ainslie, K.C., and Liliane Y. Bantourakis, for the appellant.

Christopher Nowlin, Thomas Arbogast, K.C., and Katherine Kirkpatrick, for the respondent.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

[1] ROWE J. — This appeal concerns the admissibility of hearsay evidence, being testimony of an overheard phone conversation that included an admission of criminal responsibility. Central to these reasons is the view that the admissibility of such evidence is governed by foundational legal principles, rather than some unique rule. Thus, in deciding this case I will consider relevance, hearsay and the discretionary weighing of probative value against prejudicial effect. It will be necessary, as well, to apply this Court's decision in *R. v. Ferris*, [1994] 3 S.C.R. 756.

[2] In deciding this appeal, I will answer three questions. First, whether what the witness overheard had meaning, such that it was relevant to an issue at trial. Second, whether what the witness overheard was admissible under an exception to the general exclusionary rule against hearsay. Third, whether the trial judge appropriately refused to exclude the evidence on the basis that the probative value outweighed the prejudicial effect. I answer each question in the affirmative. What the witness overheard the accused say on the phone was capable of non-speculative meaning such that it was relevant; it was admissible under the “party admission” exception to hearsay; and

CarswellBC 232 (WL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Karakatsanis et Brown sont dissidents.

Mary T. Ainslie, c.r., et Liliane Y. Bantourakis, pour l'appelant.

Christopher Nowlin, Thomas Arbogast, c.r., et Katherine Kirkpatrick, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal rendu par

[1] LE JUGE ROWE — Le présent pourvoi porte sur l'admissibilité d'un élément de preuve par ouï-dire, en l'occurrence un témoignage relatif à une conversation téléphonique entendue par le témoin et comportant un aveu de responsabilité criminelle. L'aspect central des motifs qui suivent est l'idée selon laquelle l'admissibilité d'une telle preuve est régie par des principes juridiques fondamentaux, plutôt que par quelque règle unique. En conséquence, pour statuer sur la présente affaire, je vais considérer les notions de pertinence et de ouï-dire, ainsi que la question de l'appréciation discrétionnaire de la valeur probante d'un élément de preuve par rapport à son effet préjudiciable. Il sera également nécessaire d'appliquer l'arrêt *R. c. Ferris*, [1994] 3 R.C.S. 756, de notre Cour.

[2] Pour trancher le pourvoi, je vais répondre à trois questions. Premièrement, est-ce que les paroles entendues par le témoin avaient une signification et étaient donc pertinentes à l'égard d'une question en litige au procès? Deuxièmement, ces paroles étaient-elles admissibles en preuve en vertu d'une exception à la règle générale d'exclusion du ouï-dire? Troisièmement, la juge du procès a-t-elle eu raison de refuser d'écarter cet élément de preuve pour le motif que sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable? Je réponds par l'affirmative à chacune de ces questions. Les paroles que le témoin a entendu l'accusé prononcer au téléphone étaient capables de

there is no basis to disturb the trial judge's decision to admit the evidence.

[3] The police charged the respondent, William Victor Schneider ("accused"), with second degree murder and interfering with a dead body contrary to ss. 235(1) and 182(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. At trial, the Crown sought to adduce hearsay evidence from the accused's brother, Warren Schneider Jr. ("brother"), who overheard the accused speaking on the phone with his wife. The brother testified that, while he could not recall the precise words the accused said, during that call the accused admitted to killing the victim. This is the evidence at issue. At the close of the Crown's case, the accused pleaded guilty to interfering with the body. Thus, this appeal deals only with the murder charge.

[4] The trial judge admitted the brother's testimony as to the overheard conversation. The jury convicted the accused of second degree murder. The accused appealed, arguing the trial judge erred, *inter alia*, by admitting the brother's testimony as to the overheard conversation. A majority of the British Columbia Court of Appeal allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial, holding that the at-issue testimony was inadmissible. The dissenting judge would have dismissed the appeal as she would have upheld the trial judge's admission of the evidence and affirmed the conviction.

[5] The judges of the Court of Appeal all agreed that *R. v. Ferris* (1994), 149 A.R. 1 (C.A.), as affirmed by this Court, governed whether the brother's testimony was admissible. All were of the view that the evidence was admissible if it was capable of meaning and, thus, relevant to an issue at trial. However, the judges disagreed as to what *other* trial evidence could inform the analysis of whether the evidence had meaning and

signification non conjecturale, de telle sorte qu'elles étaient pertinentes; elles étaient admissibles en vertu de l'exception à la règle d'exclusion du ouï-dire relative aux « aveux émanant d'une partie »; et rien ne justifie de modifier la décision de la juge du procès d'admettre l'élément de preuve en question.

[3] La police a inculpé l'intimé, William Victor Schneider (« accusé »), de meurtre au deuxième degré et d'outrage envers un cadavre, infractions prévues au par. 235(1) et à l'al. 182b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Au procès, la Couronne a voulu présenter en preuve le témoignage par ouï-dire du frère de l'accusé, Warren Schneider Jr. (« frère »), qui avait entendu l'accusé parler au téléphone avec son épouse. Le frère a témoigné que, même s'il ne se souvenait pas des paroles précises prononcées par l'accusé, ce dernier avait admis, au cours de cette conversation téléphonique, avoir tué la victime. Il s'agit de l'élément de preuve en litige. Étant donné que, à la clôture de la preuve de la Couronne, l'accusé a plaidé coupable d'outrage envers un cadavre, le présent pourvoi porte uniquement sur l'accusation de meurtre.

[4] La juge du procès a admis en preuve le témoignage du frère relatif à la conversation qu'il avait entendue. Le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Ce dernier a interjeté appel, faisant valoir que la juge du procès avait fait erreur, notamment en admettant le témoignage du frère concernant la conversation qu'il avait entendue. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, à la majorité, accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès, statuant que le témoignage en question était inadmissible. La juge dissidente aurait pour sa part rejeté l'appel, puisqu'elle était d'avis de confirmer l'admissibilité de l'élément de preuve et de maintenir la déclaration de culpabilité.

[5] Les juges de la Cour d'appel étaient tous d'accord pour dire que l'arrêt *R. c. Ferris* (1994), 149 A.R. 1 (C.A.), confirmé par notre Cour, régissait la question de l'admissibilité du témoignage du frère. Tous les juges étaient d'avis que le témoignage était admissible si les paroles rapportées étaient capables de signification et étaient, de ce fait, pertinentes à l'égard d'une question en litige au procès. Les juges

was, thus, relevant. The majority drew a tight contextual circle around the evidence that could inform meaning. In doing so, the majority held that only the “micro” context, i.e. the words before and after the evidence at issue, was pertinent to meaning. The dissent saw all the evidence as capable of informing the meaning of what the brother overheard.

[6] The Crown asks this Court to allow the appeal and restore the conviction. I would do so. The trial judge did not err in admitting this part of the brother’s evidence. There is no basis in law to differentiate between “micro” and “macro” context when determining whether evidence is capable of meaning and, therefore, relevant. All the evidence is capable of informing a judge’s analysis of this question.

[7] In response to the Crown’s as of right appeal, the accused raised an additional issue. He argues that the trial judge erred in dealing with a mid-deliberation question from the jury. On this point, I am in substantial agreement with the unanimous Court of Appeal. The jury’s question was not ambiguous and the trial judge did not err in answering it.

I. Facts

[8] The victim, Ms. Natsumi Kogawa, was reported missing on 12 September 2016. Police issued a news release on 27 September 2016 with a picture showing Ms. Kogawa with an unidentified male at a mall. Police asked for the public’s assistance identifying that man. Police then received a tip from the accused’s brother as to the whereabouts of Ms. Kogawa’s body. That tip led to police recovering Ms. Kogawa’s body, two

étaient toutefois en désaccord sur la question de savoir quels *autres* éléments de preuve présentés au procès pouvaient éclairer l’analyse visant à déterminer si les paroles rapportées dans le témoignage avaient une signification et étaient par conséquent pertinentes. Les juges majoritaires ont circonscrit dans un cercle contextuellement étroit les éléments de preuve pouvant éclairer la signification. Ce faisant, la majorité a conclu que seul le « micro-contexte » — c.-à-d. les paroles prononcées avant et après celles rapportées dans le témoignage en cause — était pertinent à l’égard de la signification. La juge dissidente a pour sa part estimé que l’ensemble de la preuve était susceptible d’éclairer la signification des paroles que le frère avait entendues.

[6] La Couronne demande à notre Cour de faire droit à l’appel et de rétablir la déclaration de culpabilité. Je suis d’avis d’accueillir ces demandes. La juge du procès n’a pas commis d’erreur en admettant la partie litigieuse du témoignage du frère. Il n’existe en droit aucun fondement justifiant d’établir une distinction entre le « micro-contexte » et le « macro-contexte » afin de décider si un élément de preuve est capable de signification et, par conséquent, pertinent. Tous les éléments de preuve sont susceptibles d’éclairer l’analyse de cette question par le juge.

[7] En réponse à l’appel de plein droit formé par la Couronne, l’accusé a soulevé une question additionnelle. Il soutient que la juge du procès a commis une erreur dans la réponse qu’elle a donnée à une question posée par le jury au cours de ses délibérations. Sur ce point, je souscris pour l’essentiel à l’opinion unanime de la Cour d’appel. La question du jury n’était pas ambiguë et la juge du procès n’a pas commis d’erreur en y répondant.

I. Les faits

[8] La victime, M^{me} Natsumi Kogawa, a été portée disparue le 12 septembre 2016. La police a diffusé, le 27 septembre 2016, un communiqué de presse comportant une photo montrant M^{me} Kogawa en compagnie d’un homme non identifié dans un centre commercial. La police a demandé l’aide du public pour identifier cet homme. Elle a alors reçu du frère de l’accusé des informations concernant l’endroit où

weeks after she was reported missing, in a suitcase hidden in Vancouver's West End. After investigation, police arrested the accused and charged him with second degree murder and interfering with Ms. Kogawa's body after death.

[9] Between the police news release and his tip to police, the brother had several critical conversations with the accused. I describe these below. As the accused did not testify, the descriptions come entirely from the brother's testimony.

A. 27 September 2016

[10] On 27 September 2016, the brother's daughter brought the police news release to his attention. She asked if the unidentified man was the accused (her uncle). The brother said yes. He then called the accused to tell him about the police news release. The accused did not respond and hung up the phone.

[11] The brother went to where the accused was staying and the two went for a walk. During this walk, the accused described his relationship with Ms. Kogawa. He said that he had gone on three dates with her. He told his brother that on the third date they took "medication". The brother testified that the accused appeared "[r]emorsefully sad" during this conversation and that the accused told him "it's true" (A.R., vol. II, at pp. 113-14). The trial judge excluded the brother's evidence as to what he thought the accused meant by this statement. The brother told the accused that they should speak again in the morning.

B. 28 September 2016

[12] The next morning, the accused told the brother that he intended to purchase heroin and use the drug to die by suicide. The accused asked the brother to be with him; the brother agreed. They both purchased

se trouverait le corps de M^{me} Kogawa. Ces informations ont permis à la police de retrouver le corps de M^{me} Kogawa, deux semaines après le signalement de la disparition de cette dernière, dans une valise cachée dans le quartier West End de Vancouver. Après avoir mené une enquête, la police a arrêté l'accusé et l'a inculpé de meurtre au deuxième degré et d'outrage envers le cadavre de M^{me} Kogawa.

[9] Entre la diffusion du communiqué de presse de la police et le signalement effectué à la police par le frère, ce dernier a eu avec l'accusé plusieurs conversations cruciales que je vais décrire plus loin. Comme l'accusé n'a pas témoigné, ces descriptions des faits sont entièrement tirées du témoignage du frère.

A. Le 27 septembre 2016

[10] Le 27 septembre 2016, la fille du frère a signalé à celui-ci le communiqué de presse de la police. Elle lui a demandé si l'homme non identifié était l'accusé (son oncle). Le frère a répondu par l'affirmative. Le frère a ensuite appelé l'accusé pour lui parler du communiqué de presse diffusé par la police. L'accusé n'a rien dit et a raccroché le téléphone.

[11] Le frère s'est rendu à l'endroit où résidait l'accusé, et ils sont allés se promener tous les deux. L'accusé lui a alors parlé de sa relation avec M^{me} Kogawa. Il lui a dit qu'il avait eu trois rendez-vous avec elle. Il a raconté à son frère que, lors de leur troisième rendez-vous, ils avaient pris des [TRADUCTION] « médicaments ». Le frère a témoigné qu'au cours de cette conversation, l'accusé lui avait semblé [TRADUCTION] « triste et plein de remords » et lui avait dit : « c'est vrai » (d.a., vol. II, p. 113-114). La juge du procès a écarté le témoignage du frère relativement à ce qu'il pensait que l'accusé voulait dire par cette déclaration. Le frère a dit à l'accusé qu'ils devraient se reparler le lendemain matin.

B. Le 28 septembre 2016

[12] Le lendemain matin, l'accusé a dit à son frère qu'il avait l'intention d'acheter de l'héroïne et d'en consommer pour se suicider. L'accusé a demandé à son frère de rester avec lui; le frère a accepté. Ils ont

alcohol and the accused purchased heroin. Together, they went to a park.

[13] After arriving at the park, and before taking heroin, the accused told the brother the location of Ms. Kogawa's body. The brother was to inform the police of the body's location after the accused died by suicide. The accused then injected himself with heroin. However, he did not die.

[14] After this suicide attempt, the accused asked the brother for his cellphone. The accused called his wife, a non-compellable witness. This call is at the center of this appeal. Although the brother was about 10 feet away and "not actively trying to listen" (C.A. reasons, 2021 BCCA 41, 400 C.C.C. (3d) 131, at para. 42), he overheard portions of the accused's conversation. What the brother can testify to regarding what he overheard is the principal issue in this appeal.

II. Testimony at Issue

A. *The Brother's Voir Dire Testimony*

[15] The trial judge held a *voir dire* regarding the admissibility of the brother's testimony as to what he overheard the accused say to his wife.

[16] In the *voir dire* examination-in-chief, the brother testified that the accused began the call by saying "[d]id you see the news of the missing Japanese woman, student?" (A.R., vol. II, at p. 135). He also testified that the accused later said, "I did it" and "I killed her" (*ibid.*).

[17] In the *voir dire* cross-examination, defence counsel confronted the brother with his preliminary inquiry testimony in which he had testified that he "believe[d]" the accused said "I did it" or "I killed her" (A.R., vol. II, at pp. 141 and 147). After seeing the preliminary inquiry transcript, the brother said that "word-for-word" he could not remember what

tous les deux acheté de l'alcool, et l'accusé a acheté de l'héroïne. Ils se sont ensuite rendus ensemble dans un parc.

[13] Une fois au parc et avant de prendre l'héroïne, l'accusé a indiqué à son frère l'endroit où se trouvait le corps de M^{me} Kogawa. Le frère devait informer la police de l'endroit où se trouvait le corps une fois que l'accusé se serait suicidé. L'accusé s'est ensuite injecté de l'héroïne, mais il n'est pas mort.

[14] Après sa tentative de suicide, l'accusé a demandé à son frère de lui prêter son téléphone cellulaire. Il a appelé son épouse, un témoin non contraignable. Cet appel est au cœur du présent pourvoi. Même si le frère se trouvait à une dizaine de pieds de distance et qu'il [TRADUCTION] « n'essayait pas activement d'écouter » (motifs de la C.A., 2021 BCCA 41, 400 C.C.C. (3d) 131, par. 42), il a entendu des bribes de la conversation de l'accusé. Ce dont le frère peut témoigner au sujet de ce qu'il a entendu est la principale question en litige dans le présent pourvoi.

II. Le témoignage en cause

A. *Le témoignage du frère lors du voir-dire*

[15] La juge du procès a tenu un voir-dire relativement à l'admissibilité du témoignage du frère concernant ce qu'il avait entendu l'accusé dire à son épouse.

[16] Lors de son interrogatoire principal au cours du voir-dire, le frère a témoigné que l'accusé avait commencé l'appel en disant : [TRADUCTION] « As-tu vu les nouvelles au sujet de la femme japonaise disparue, l'étudiante? » (d.a., vol. II, p. 135). Il a également témoigné que l'accusé avait dit plus tard : [TRADUCTION] « Je l'ai fait » *et* « Je l'ai tuée » (*ibid.*).

[17] Durant son contre-interrogatoire lors du voir-dire, le frère a été confronté par l'avocat de la défense aux déclarations qu'il avait faites à l'enquête préliminaire, lorsqu'il avait déclaré qu'il [TRADUCTION] « cro[yait] » que l'accusé avait dit « Je l'ai fait » *ou* « Je l'ai tuée » (d.a., vol. II, p. 141 et 147). Après avoir pris connaissance de la transcription de l'enquête

the accused said, but that the statements made were “along those lines” (pp. 138-45).

[18] The trial judge ruled the testimony was admissible.

B. *The Brother’s Trial Testimony*

[19] During examination-in-chief, the brother stated that the accused, at the beginning of the phone conversation, said “[d]id you hear the news about the missing Japanese student?” (A.R., vol. II, at p. 170). He testified he did not know the exact words the accused said after, but thought that “[n]ear halfway through the conversation” the accused said that “he did it, he killed her” (*ibid.*). Although the brother heard only one side of the conversation, the gist of what he overheard was that the accused was taking responsibility for Ms. Kogawa’s death. The brother testified that the conversation “wasn’t . . . mild” or “loving” (A.R., vol. II, at p. 171).

[20] During cross-examination, the brother acknowledged that he did not recall the exact words that the accused used. Further, even if he was correct in remembering that the accused said “I did it” or “I killed her”, he was unaware what these phrases were said in response to. The brother could not be sure if the phrases were said in response to a question or if they related to Ms. Kogawa’s disappearance. The brother testified he was not trying to listen to the conversation, that he was under significant stress at the time, and that he had consumed alcohol.

III. Decisions in Issue

A. *The Voir Dire Ruling, 2018 BCSC 2546*

[21] The trial judge took the view that admissibility of the brother’s evidence hinged on whether: (1) there was “some evidence” (para. 19, reproduced in A.R.,

préliminaire, le frère a dit qu’il ne pouvait pas se rappeler [TRADUCTION] « mot pour mot » ce que l’accusé avait dit, mais que ses déclarations étaient « à cet effet » (p. 138-145).

[18] La juge du procès a statué que le témoignage était admissible.

B. *Le témoignage du frère au procès*

[19] Durant son interrogatoire principal, le frère de l’accusé a déclaré que ce dernier, au début de la conversation téléphonique, a dit : [TRADUCTION] « As-tu entendu les nouvelles au sujet de l’étudiante japonaise disparue? » (d.a., vol. II, p. 170). Il a témoigné qu’il ignorait les paroles exactes que l’accusé avait prononcées par la suite, mais qu’il pensait que, [TRADUCTION] « [à] peu près au milieu de la conversation », l’accusé avait dit « qu’il l’avait fait, qu’il l’avait tuée » (*ibid.*). Bien que le frère n’ait entendu qu’une des deux parties à la conversation, l’essence de ce qu’il avait entendu était que l’accusé assumait la responsabilité de la mort de M^{me} Kogawa. Le frère a témoigné que le ton de la conversation [TRADUCTION] « n’était pas [. . .] doux » ou « affectueux » (d.a., vol. II, p. 171).

[20] Au cours de son contre-interrogatoire, le frère a reconnu qu’il ne se souvenait pas des mots exacts utilisés par l’accusé. En outre, même si son souvenir était exact lorsqu’il affirmait avoir entendu l’accusé dire « Je l’ai fait » ou « Je l’ai tuée », il ignorait en réponse à quoi l’accusé avait tenu ces propos. Le frère ne pouvait pas affirmer avec certitude si ces propos avaient été formulés en réponse à une question ou s’ils étaient liés à la disparition de M^{me} Kogawa. Le frère a témoigné qu’il n’essayait pas d’écouter la conversation, qu’il était considérablement stressé à ce moment-là et qu’il avait consommé de l’alcool.

III. Les décisions en litige

A. *La décision rendue au terme du voir-dire, 2018 BCSC 2546*

[21] La juge du procès a considéré que l’admissibilité du témoignage du frère dépendait de la réponse à la question de savoir (1) s’il y avait [TRADUCTION]

vol. I, at p. 5) that the jury could use to determine the meaning of the words the brother overheard, such that the words were relevant and (2) the probative value of the evidence outweighed the prejudicial effect.

[22] That the brother was unable to recall the exact words did not make his testimony inadmissible. He testified that the accused said “I killed her” or “I did it” and that he understood the “gist” of the conversation (paras. 16-17). There was sufficient context for the jury to give meaning to the words. The probative value of the evidence outweighed any prejudicial effect; as well, a “strong caution to the jury” could ameliorate any issues associated with the evidence (para. 21). On this basis, the trial judge admitted the evidence.

B. Answer to the Jury’s Mid-Deliberation Question and Conviction

[23] During deliberation, the jury sent a handwritten note to the court setting out the following question (see the reproduction in the appendix to these reasons):

Could you please expand on the definition of bodily harm in Q3 (intent required for murder) versus bodily harm as described in para 109./111 for manslaughter.

- Bodily Harm
Any hurt or injury . . .
Interfers [*sic*] health . . .
More than just brief/minor.
- Concept of Bodily Harm That the accused knows is “likely” to cause death and reckless . . .

(A.R., vol. IV, at p. 215 (emphasis in original); see also C.A. reasons, at para. 115.)

« certains éléments de preuve » (par. 19, reproduit au d.a., vol. I, p. 5) que le jury pouvait utiliser pour déterminer la signification des paroles que le frère avait entendues, et donc leur pertinence, et (2) si la valeur probante du témoignage l’emportait sur son effet préjudiciable.

[22] Le fait que le frère était incapable de se rappeler les mots exacts ne rendait pas son témoignage inadmissible. Il a témoigné que l’accusé avait dit [TRADUCTION] « Je l’ai tuée » ou « Je l’ai fait », et qu’il avait compris « l’essence » de la conversation (par. 16-17). Le contexte était suffisant pour permettre au jury d’attribuer un sens aux mots. La valeur probante du témoignage l’emportait sur son effet préjudiciable; de plus, une [TRADUCTION] « mise en garde ferme adressée au jury » pouvait tempérer tout problème associé à la preuve (par. 21). Pour ces raisons, la juge du procès a admis le témoignage en preuve.

B. La réponse à la question posée par le jury durant ses délibérations et la déclaration de culpabilité

[23] Durant ses délibérations, le jury a fait parvenir au tribunal une note manuscrite dans laquelle il lui posait la question suivante (la version anglaise originale de cette note est reproduite en annexe aux présents motifs) :

[TRADUCTION]

Pourriez-vous nous préciser la définition de lésions corporelles à la Q3 (l’intention requise pour l’infraction de meurtre) versus les lésions corporelles décrites aux par 109./111 pour l’infraction d’homicide involontaire coupable.

- Lésions corporelles
Toute blessure . . .
qui nuit à la santé . . .
Pas de nature brève/mineure.
- Concept de lésions corporelles que l’accusé sait être « de nature » à causer la mort et qu’il lui est indifférent que . . .

(d.a., vol. IV, p. 215 (souligné dans l’original); voir aussi motifs de la C.A., par. 115.)

[24] The references to “Q3” and “para 109./111” are to the following passages in the jury instructions:

[109] The criminal fault in manslaughter is the commission of the unlawful act which is objectively dangerous in the sense that a reasonable person, in the same circumstances as the accused, would recognize that the unlawful act would subject another person to the risk of bodily harm. “Bodily harm” is any hurt or injury that interferes with a person’s health or comfort and is more than just brief or of a minor nature.

[110] In the offence of murder there is in addition to the unlawful act, the ingredient of either an intention to cause death or an intention to cause bodily harm that the accused knows is likely to cause death and is reckless as to whether death ensues. These are the legal differences between the offences of second degree murder and manslaughter.

[111] Therefore, what distinguishes murder from manslaughter is the mental state, or what we describe in criminal law as the intent of the person causing the death.

[Q3: Did Mr. Schneider Have the Intent Required for Murder?]

[132] To prove that Mr. Schneider had the intent required for murder, the Crown must prove beyond a reasonable doubt one of two things, either:

1. that Mr. Schneider meant to cause Ms. Kogawa’s death; or
2. that Mr. Schneider meant to cause Ms. Kogawa bodily harm that he knew was likely to cause her death and was reckless whether death ensued or not.

[133] In other words, you must decide whether the Crown has proved beyond a reasonable doubt either that Mr. Schneider meant to kill Ms. Kogawa, or that Mr. Schneider meant to cause Ms. Kogawa bodily harm that he knew was so dangerous and serious it was likely to kill Ms. Kogawa

[24] Les mentions « Q3 » et « par 109./111 » renvoient aux passages suivants des directives données au jury :

[TRADUCTION]

[109] Dans le cas de l’homicide involontaire coupable, la faute criminelle réside dans la perpétration d’un acte illégal qui est objectivement dangereux en ce sens qu’une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l’accusé reconnaîtrait que l’acte illégal exposerait une autre personne au risque de lésions corporelles. L’expression « lésions corporelles » s’entend de toute blessure qui nuit à la santé ou au bien-être d’une personne et qui n’est pas simplement brève ou de nature mineure.

[110] Dans le cas du meurtre, il faut, en plus de l’acte illégal, que l’accusé ait eu l’intention de causer la mort ou des lésions corporelles qu’il sait être de nature à causer la mort, et qu’il lui est indifférent que la mort s’ensuive ou non. Ce sont là les différences juridiques entre les infractions de meurtre au deuxième degré et d’homicide involontaire coupable.

[111] Par conséquent, ce qui distingue le meurtre de l’homicide involontaire, c’est l’état d’esprit de l’accusé, ou ce que nous appelons en droit criminel l’intention de la personne qui a causé la mort.

[Q3 : M. Schneider avait-il l’intention requise pour commettre un meurtre?]

[132] Pour démontrer que M. Schneider avait l’intention requise pour commettre un meurtre, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable l’un ou l’autre des éléments suivants :

1. soit que M. Schneider avait l’intention de causer la mort de M^{me} Kogawa;
2. soit que M. Schneider avait l’intention de causer à M^{me} Kogawa des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer la mort de cette dernière, et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non.

[133] En d’autres mots, vous devez décider si la Couronne a prouvé hors de tout doute raisonnable soit que M. Schneider avait l’intention de tuer M^{me} Kogawa, soit que M. Schneider avait l’intention de causer à M^{me} Kogawa des lésions corporelles qu’il savait si dangereuses et graves qu’elles

and proceeded despite his knowledge of that risk. [Emphasis deleted.]

(See C.A. reasons, at paras. 116-17.)

[25] The trial judge conferred with counsel regarding the jury's question. She asked if they thought that she should provide the jury with an expanded definition of intent. Crown counsel replied that the jury "seem[ed] to be caught up that with bodily harm there must be some injury or bruising or something of that nature" (A.R., vol. III, at p. 327). Defence counsel recommended that the judge provide to the jury the definition of "bodily harm" set out in s. 2 of the *Criminal Code*. The judge agreed with this and indicated that initially she had misread the jury's question. Although Crown counsel went on to suggest an expanded definition of intent, defence counsel was firm that this was not what the jury was asking about. The trial judge decided that she would "wait until [they] get there" on intent (A.R., vol. III, at p. 331). She called in the jury and twice read the definition of "bodily harm" from s. 2 of the *Criminal Code*. The jury asked no further questions and convicted the accused of second degree murder.

C. *British Columbia Court of Appeal, 2021 BCCA 41, 400 C.C.C. (3d) 131*

[26] The accused appealed his conviction on three grounds. Two are relevant to the appeal before this Court. He asked the Court of Appeal to consider if the trial judge erred:

- (1) by admitting the brother's testimony regarding the overheard telephone conversation ("Admissibility Issue"); and
- (2) in responding to the question from the jury ("Jury Question Issue").

risquaient de tuer M^{me} Kogawa, et qu'il a agi malgré le fait qu'il connaissait ce risque. [Soulignement omis.]

(Voir motifs de la C.A., par. 116-117.)

[25] La juge du procès s'est entretenue avec les avocats au sujet de la question posée par le jury. Elle leur a demandé s'ils pensaient qu'elle devait fournir au jury une définition plus explicite de l'intention. L'avocat de la Couronne a répondu que le jury [TRA-DUCTION] « sembl[ait] avoir compris que pour qu'il y ait lésions corporelles il doit y avoir une blessure, une ecchymose ou quelque chose du genre » (d.a., vol. III, p. 327). L'avocat de la défense a recommandé à la juge de fournir au jury la définition de « lésions corporelles » énoncée à l'art. 2 du *Code criminel*. La juge a acquiescé et a indiqué qu'elle avait mal compris au départ la question posée par le jury. Bien que l'avocat de la Couronne ait continué à suggérer que la juge fournisse une définition plus explicite de l'intention, l'avocat de la défense a continué de maintenir fermement que ce n'était pas ce que demandaient les jurés. La juge du procès a décidé qu'elle attendrait [TRADUCTION] « qu'[ils soient] arrivés » à la question de l'intention (d.a., vol. III, p. 331). Elle a fait revenir le jury et a lu à deux reprises la définition des « lésions corporelles » figurant à l'art. 2 du *Code criminel*. Le jury n'a pas posé d'autres questions et a déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2021 BCCA 41, 400 C.C.C. (3d) 131*

[26] L'accusé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité en faisant valoir trois moyens. Deux de ces moyens sont pertinents pour trancher le pourvoi dont notre Cour est saisie. L'accusé a demandé à la Cour d'appel de décider si la juge du procès avait fait erreur :

- (1) en admettant le témoignage de son frère concernant la conversation téléphonique qu'il avait entendue (« question de l'admissibilité »);
- (2) dans la façon dont elle avait répondu à la question du jury (« point concernant la question du jury »).

[27] The Court of Appeal unanimously dismissed the Jury Question Issue but divided on the Admissibility Issue. The majority held that the brother's testimony as to the overheard telephone conversation was inadmissible; DeWitt-Van Oosten J.A., in dissent, held that the trial judge did not err in admitting this testimony.

(1) The Admissibility Issue

[28] The Court of Appeal judges agreed that the brother's testimony was admissible if: (1) it was relevant; and (2) the probative value outweighed the prejudicial effect. However, the majority and dissent differed as to the context that a trial judge could use to decide whether the party admission was capable of meaning and, therefore, relevant. The majority held there are two facets to context: "micro" and "macro" (para. 203). Only the micro context, i.e. the words said before and after the overheard admission, were pertinent in determining whether the admission had meaning. As the brother could not recall "what was said before or after the overheard words[,] no properly instructed jury could conclude that the overheard fragment was an admission" (paras. 205-6). The testimony was not relevant and, accordingly, should not have been admitted.

[29] Justice DeWitt-Van Oosten, in dissent, would have held that trial judges can consider all the evidence when determining if the words had meaning and, thus, are relevant. In this case, there was significant evidence (beyond the "micro" context) to inform the meaning of the words the brother overheard. The brother had several conversations with the accused leading up to the phone call; the accused responded to the brother's questions about the news release identifying a missing woman by saying "it's true"; the accused had informed the brother of the location of Ms. Kogawa's body; the accused displayed

[27] La Cour d'appel a unanimement rejeté le moyen fondé sur le point concernant la question du jury, mais elle s'est divisée sur la question de l'admissibilité. Les juges majoritaires ont conclu que le témoignage du frère au sujet de la conversation téléphonique qu'il avait entendue n'était pas admissible. La juge DeWitt-Van Oosten, dissidente, a estimé que la juge du procès n'avait pas fait erreur en admettant ce témoignage.

(1) La question de l'admissibilité

[28] Les juges de la Cour d'appel se sont accordés pour dire que le témoignage du frère était admissible si les conditions suivantes étaient réunies : (1) le témoignage était pertinent; et (2) sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable. Toutefois, les juges majoritaires et la juge dissidente ont divergé d'opinions en ce qui a trait au contexte dont le juge qui préside un procès peut tenir compte pour décider si des aveux émanant d'une partie sont capables de signification et sont par conséquent pertinents. La majorité a conclu que le contexte comporte deux facettes : le [TRADUCTION] « micro-contexte » et le « macro-contexte » (par. 203), et que seul le micro-contexte, c.-à-d. les paroles prononcées avant et après l'aveu entendu, était pertinent pour déterminer si les aveux avaient une signification. Comme le frère ne pouvait se rappeler [TRADUCTION] « ce qui a été dit avant ou après les paroles qu'il avait entendues[,] aucun jury ayant reçu des directives appropriées ne pourrait conclure que le fragment de conversation entendu constituait un aveu » (par. 205-206). Le témoignage n'était pas pertinent et, par conséquent, n'aurait pas dû être admis.

[29] La juge DeWitt-Van Oosten, dissidente, était d'avis que le juge présidant un procès peut tenir compte de tous les éléments de preuve pour déterminer si les paroles en cause ont une signification et sont, de ce fait, pertinentes. Dans la présente affaire, il existait une preuve appréciable (en sus du « micro-contexte ») permettant d'éclairer la signification des paroles entendues par le frère. Le frère de l'accusé avait eu avec celui-ci plusieurs conversations avant l'appel téléphonique; l'accusé avait répondu aux questions de son frère concernant le communiqué de presse révélant l'identité d'une femme portée disparue en

a remorseful demeanour during interactions that he had with the brother leading up to the phone call. The words the brother overheard “formed part of an ongoing interaction and dialogue” (para. 89). From the entirety of the evidence, a properly instructed jury would be able to give meaning to the words overheard in a manner that was not speculative. As such, the brother’s testimony was relevant.

[30] Considering the next step of admissibility, DeWitt-Van Oosten J.A. held the trial judge’s weighing of probative value against prejudicial effect was entitled to deference. Further, any prejudice that might have arisen had been limited by appropriate jury instructions explaining the proper use of the party admission. In the result, DeWitt-Van Oosten J.A. would have dismissed this ground of appeal.

(2) The Jury Question Issue

[31] The accused argued that the trial judge erred in two ways: first, by failing to ask the jury for clarification of the question, as it was ambiguous; and, second, by failing to answer it correctly. The panel unanimously dismissed this ground of appeal. The question was not ambiguous and there was no validity to the accused’s suggestion that the definition of bodily harm was different for manslaughter than for murder. Principles of statutory interpretation demand that the same definition for bodily harm apply to both offences. The difference between the two offences is not in the degree of bodily harm an accused inflicts, but rather in the intent that accompanies the act. The panel concluded there was “no reasonable possibility of the jury having been misled and convicting the [accused] of second degree murder based on a diminished form of intent” (para. 148).

disant « c’est vrai »; l’accusé avait indiqué à son frère l’endroit où se trouvait le corps de M^{me} Kogawa; l’accusé avait manifesté un comportement empreint de remords durant ses interactions avec son frère avant l’appel téléphonique. Les paroles que le frère a entendues [TRADUCTION] « faisaient partie d’une interaction et d’un dialogue continu » (par. 89). Sur la base de l’ensemble de la preuve, un jury ayant reçu des directives appropriées serait en mesure d’attribuer une signification aux paroles entendues sans pour autant se livrer à des conjectures. Par conséquent, le témoignage du frère était pertinent.

[30] En ce qui concerne l’étape suivante de l’analyse de l’admissibilité, la juge DeWitt-Van Oosten a conclu qu’il y avait lieu de faire montre de déférence envers l’appréciation par la juge du procès de la valeur probante par rapport à l’effet préjudiciable. De plus, tout préjudice susceptible d’être survenu avait été atténué par les directives appropriées données au jury relativement à l’utilisation qui pouvait être faite de l’aveu émanant d’une partie. La juge DeWitt-Van Oosten aurait en conséquence rejeté ce moyen d’appel.

(2) Le point concernant la question du jury

[31] L’accusé plaidait que la juge du procès avait fait erreur de deux façons : premièrement, en ne demandant pas aux jurés de clarifier leur question, car elle était ambiguë; deuxièmement, en ne répondant pas correctement à cette question. La formation de la Cour d’appel a unanimement rejeté ce moyen d’appel. La question n’était pas ambiguë, et la suggestion de l’accusé selon laquelle la définition de lésions corporelles différait selon qu’il s’agissait d’un homicide involontaire coupable ou d’un meurtre était dénuée de fondement. Les principes d’interprétation des lois exigent que la même définition de lésions corporelles s’applique aux deux infractions. La différence entre les deux infractions ne réside pas dans la gravité des lésions corporelles que l’accusé inflige à la victime, mais plutôt dans l’intention qui accompagne l’acte. La formation a conclu qu’il n’y avait [TRADUCTION] « aucune possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur et ait reconnu [l’accusé] coupable de meurtre au deuxième degré sur la base d’une forme d’intention atténuée » (par. 148).

IV. Issues on Appeal

[32] The Crown appealed the Court of Appeal's decision on the Admissibility Issue as of right. The accused raised the Jury Question Issue as an alternative basis on which this Court could uphold the order from the Court of Appeal.

V. Analysis

[33] I address this appeal in two parts. First, I address the Admissibility Issue. I conclude that the trial judge did not err in admitting the brother's testimony. Second, I address the Jury Question Issue. On this issue I am in substantial agreement with the unanimous reasons of the Court of Appeal. Like them, I conclude that the jury's question was not ambiguous and that the trial judge did not err in answering it. In the result, I would allow the Crown's appeal, set aside the Court of Appeal decision and restore the accused's conviction for second degree murder.

A. *Admissibility Issue*

[34] The Court of Appeal focused on the fact that the evidence is a party admission. While being mindful of this, my analysis situates the Admissibility Issue in the broader context of the law of evidence, rather than treating it as a unique or niche issue.

[35] I proceed first by describing what I consider to be settled law as to the general procedure for determining admissibility of evidence at a criminal trial, including party admissions. I then apply the foregoing to the brother's testimony, concluding that the trial judge did not err in admitting the evidence.

IV. Les questions en litige dans le présent pourvoi

[32] La Couronne se pourvoit de plein droit contre la décision de la Cour d'appel sur la question de l'admissibilité. L'accusé soulève le point concernant la question du jury à titre de fondement subsidiaire sur lequel notre Cour pourrait confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel.

V. L'analyse

[33] Je vais examiner le présent pourvoi en deux temps. Premièrement, je vais me pencher sur la question de l'admissibilité. J'arrive à la conclusion que la juge du procès n'a pas fait erreur en admettant le témoignage du frère. Deuxièmement, je vais considérer le point concernant la question du jury. Sur ce point, je souscris pour l'essentiel aux motifs unanimes de la Cour d'appel. À l'instar des juges de cette cour, je conclus que la question du jury n'était pas ambiguë et que la juge du procès n'a pas commis d'erreur en y répondant. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi formé par la Couronne, d'infirmar l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré.

A. *La question de l'admissibilité*

[34] La Cour d'appel s'est attachée au fait que l'élément de preuve en litige est un aveu émanant d'une partie. Tout en gardant ce fait à l'esprit, je vais situer mon analyse de la question de l'admissibilité dans le contexte plus large du droit de la preuve, au lieu de traiter cette question comme un sujet particulier ou niché.

[35] Je vais d'abord rappeler ce que je considère comme étant les règles de droit bien établies en ce qui concerne la démarche générale à suivre pour statuer sur l'admissibilité d'éléments de preuve dans un procès criminel, y compris les aveux émanant d'une partie. Je vais ensuite appliquer ces règles au témoignage du frère et conclure que la juge du procès n'a pas fait erreur en admettant ce témoignage.

(1) Legal Framework for Admissibility of Evidence at a Criminal Trial

[36] Evidence that is relevant to an issue at trial is admissible, as long as it is not subject to an exclusionary rule and the trial judge does not exercise their discretion to exclude it (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 2; D. M. Paciocco, P. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8th ed. 2020), at p. 32; S. N. Lederman, M. K. Fuerst and H. C. Stewart, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (6th ed. 2022), at ¶2.48; M. Vauclair and T. Desjardins, in collaboration with P. Lachance, *Traité général de preuve et de procédure pénales 2022* (29th ed. 2022), at pp. 905-6). This is the three-part test for admission of all evidence. Judges must consider: (a) whether the evidence is relevant; (b) whether it is subject to an exclusionary rule; and (c) whether to exercise their discretion to exclude the evidence.

[37] When questions arise as to the admissibility of evidence, a *voir dire* is often needed. That said, this Court has noted in *obiter* that a *voir dire* may not be necessary for party admission evidence (*R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688, at para. 20). Whether a *voir dire* is needed for such evidence is to be determined in the circumstances of each case.

(a) *Determine Whether the Evidence Is Relevant to an Issue at Trial*

[38] The first step in determining admissibility is considering whether the evidence is relevant. At this stage, this is often referred to as “logical relevance”. However, I will use the word “relevance” (rather than “logical relevance”) in this decision.

[39] To determine relevance, a judge must ask whether the evidence tends to increase or decrease the probability of a fact at issue (*R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 38). Beyond this, there is no

(1) Le cadre juridique de l’admissibilité de la preuve dans un procès criminel

[36] Les éléments de preuve qui sont pertinents à l’égard d’une question en litige au procès sont admissibles, pourvu qu’ils ne soient pas visés par une règle d’exclusion et que le juge du procès ne les écarte pas dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 2; D. M. Paciocco, P. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8^e éd. 2020), p. 32; S. N. Lederman, M. K. Fuerst et H. C. Stewart, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (6^e éd. 2022), ¶2.48; M. Vauclair et T. Desjardins, avec la collaboration de P. Lachance, *Traité général de preuve et de procédure pénales 2022* (29^e éd. 2022), p. 905-906). Il s’agit de l’analyse à trois volets qui régit l’admission de tout élément de preuve. Le juge doit se demander a) si l’élément de preuve est pertinent, b) si cet élément est visé par une règle d’exclusion et c) s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire afin de l’écarter.

[37] Lorsqu’une question relative à l’admissibilité d’un élément de preuve est soulevée, un *voir-dire* est souvent nécessaire. Cela dit, notre Cour a souligné, dans une remarque incidente, qu’il est possible qu’un *voir-dire* ne soit pas nécessaire dans le cas d’un aveu émanant d’une partie (*R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688, par. 20). La question de savoir si la tenue d’un *voir-dire* est nécessaire à l’égard d’une preuve de cette nature doit être tranchée au regard des circonstances propres à chaque espèce.

a) *L’élément de preuve est-il pertinent à l’égard d’une question en litige au procès?*

[38] La première étape pour statuer sur l’admissibilité d’un élément de preuve consiste à se demander si cet élément est pertinent. À cette étape, on parle souvent de « pertinence logique ». Toutefois, je vais employer le mot « pertinence » (plutôt que l’expression « pertinence logique ») dans la présente décision.

[39] Pour déterminer si un élément de preuve est pertinent, le juge doit se demander s’il tend à accroître ou à diminuer la probabilité de l’existence d’un fait en litige (*R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 38).

“legal test” for relevance (Paciocco, Paciocco and Stuesser, at p. 35). Judges, acting in their gatekeeping role, are to evaluate relevance “as a matter of logic and human experience” (*R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 44). When doing so, they should take care not to usurp the role of the finder of fact, although this evaluation will necessitate some weighing of the evidence, which is typically reserved for the jury (Vauclair and Desjardins, at p. 687, citing *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at paras. 95 and 98). The evidence does not need to “firmly establish . . . the truth or falsity of a fact in issue” (*Arp*, at para. 38), although the evidence may be too speculative or equivocal to be relevant (*White*, at para. 44). The threshold for relevance is low and judges can admit evidence that has modest probative value (*Arp*, at para. 38; *R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475, at para. 18). A judge’s consideration of relevance “does not involve considerations of sufficiency of probative value” and “admissibility . . . must not be confused with weight” (*R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 715, per La Forest J., dissenting, but not on this point, quoting *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at p. 192). Concepts like ultimate reliability, believability, and probative weight have no place when deciding relevance. Whether evidence is relevant is a question of law, reviewable on the standard of correctness (*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at pp. 20-21).

[40] This leads to the issue that divided the court below: what evidentiary context can a trial judge use to determine whether the evidence is capable of meaning, such that it could be relevant? Justice Charron addressed this in *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 30:

Relevance can only be fully assessed in the context of the other evidence at trial. However, as a threshold for

Outre cette question, il n’existe pas de [TRADUCTION] « critère juridique » en matière de pertinence (Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 35). Les juges doivent, dans l’exercice de leur rôle de gardiens du système judiciaire, évaluer la pertinence d’un élément de preuve « selon la logique et l’expérience humaine » (*R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 44). Ce faisant, les juges doivent veiller à ne pas usurper le rôle du juge des faits, bien qu’il leur faille dans une certaine mesure soupeser la preuve, une fonction typiquement réservée au jury (Vauclair et Desjardins, p. 687, citant *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 95 et 98). Il n’est pas nécessaire que l’élément de preuve en cause « établisse fermement [. . .] la véracité ou la fausseté d’un fait en litige » (*Arp*, par. 38), bien qu’il soit possible que cet élément soit trop conjectural ou équivoque pour être pertinent (*White*, par. 44). Le seuil de pertinence requis est peu élevé, et les juges peuvent admettre un élément de preuve qui présente une faible valeur probante (*Arp*, par. 38; *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475, par. 18). Dans l’examen par les juges de la pertinence, celle-ci « ne tient nullement à l’existence d’une valeur probante suffisante », et « [o]n ne doit [. . .] pas confondre l’admissibilité de la preuve avec son poids » (*R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 715, le juge La Forest, dissident, mais non sur ce point, citant *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, p. 192). Des concepts comme la fiabilité en dernière analyse, la vraisemblance et la valeur probante n’ont pas leur place lorsqu’il s’agit de décider de la pertinence. La question de savoir si un élément de preuve est pertinent est une question de droit susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 20-21).

[40] Cela nous amène à la question sur laquelle la juridiction inférieure s’est divisée : De quel contexte en ce qui a trait à la preuve peut tenir compte le juge présidant un procès afin de décider si un élément de preuve est capable de signification et peut de ce fait être pertinent? La juge Charron a examiné cette question dans l’affaire *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 30 :

Pour évaluer pleinement la pertinence d’un élément de preuve, il faut tenir compte des autres éléments présentés

admissibility, the assessment of relevance is an ongoing and dynamic process that cannot wait for the conclusion of the trial for resolution. Depending on the stage of the trial, the “context” within which an item of evidence is assessed for relevance may well be embryonic. Often, for pragmatic reasons, relevance must be determined on the basis of the submissions of counsel. The reality that establishing threshold relevance cannot be an exacting standard is explained by Professors D. M. Paciocco and L. Stuesser in *The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at p. 29, and, as the authors point out, is well captured in the following statement of Cory J. in *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 38:

To be logically relevant, an item of evidence does not have to firmly establish, on any standard, the truth or falsity of a fact in issue. The evidence must simply tend to “increase or diminish the probability of the existence of a fact in issue”.

[41] As Charron J. explained, trial judges can consider relevance having regard to evidence that parties have adduced, as well as evidence that a party indicates that they *intend* to adduce. The judge can admit the evidence at issue conditional on counsel’s undertaking as to evidence to be adduced (Lederman, Fuerst and Stewart, at ¶2.72). Given the connection between meaning and relevance, Charron J.’s writing in *Blackman* logically extends to evidence that can inform meaning.

[42] This general proposition applies to party admissions. There is no basis to treat party admissions differently in the determination of relevance. At this stage in the analysis, trial judges do not need to have classified the evidence as a party admission. In drawing a tight circle around what other evidence can be taken into account in determining the relevance of party admissions (the “micro” versus “macro” distinction), the Court of Appeal majority erred in law.

pendant le procès. Toutefois, en tant que critère d’admissibilité, l’appréciation de la pertinence est un processus continu et dynamique dont la résolution ne peut attendre l’issue du procès. Selon l’étape du procès, le « contexte » de l’appréciation de la pertinence d’un élément de preuve peut très bien être embryonnaire. Souvent, pour des raisons pragmatiques, il faut s’appuyer sur les observations des avocats pour décider de la pertinence d’un élément de preuve. Dans *The Law of Evidence* (4^e éd. 2005), p. 29, les professeurs D. M. Paciocco et L. Stuesser expliquent pourquoi, en réalité, le critère préliminaire de la pertinence ne peut être un critère strict et, comme les auteurs le soulignent, les propos suivants du juge Cory dans *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 38, rendent bien compte de ce point de vue :

Pour qu’un élément de preuve soit logiquement pertinent, il n’est pas nécessaire qu’il établisse fermement, selon quelque norme que ce soit, la véracité ou la fausseté d’un fait en litige. La preuve doit simplement tendre à [TRADUCTION] « accroître ou diminuer la probabilité de l’existence d’un fait en litige ».

[41] Comme l’a expliqué la juge Charron, les juges qui président des procès peuvent examiner la pertinence à la lumière des éléments de preuve que les parties ont présentés, ainsi que de ceux qu’une partie indique qu’elle *entend* présenter. Les juges peuvent admettre un élément de preuve litigieux sous réserve de l’engagement de l’avocat concerné quant aux éléments devant être présentés (Lederman, Fuerst et Stewart, ¶2.72). Compte tenu du lien qui existe entre la signification et la pertinence, les propos formulés par la juge Charron dans l’arrêt *Blackman* s’appliquent logiquement aux éléments de preuve susceptibles d’éclairer la signification.

[42] Cette proposition générale s’applique aux aveux émanant d’une partie. Rien ne justifie de traiter différemment ces aveux dans la détermination de la pertinence. À cette étape de l’analyse, il n’est pas nécessaire que les juges qui président des procès aient qualifié la preuve d’aveu émanant d’une partie. En circonscrivant à l’intérieur d’un cercle étroit les autres éléments de preuve pouvant être pris en compte pour déterminer la pertinence des aveux émanant d’une partie (la distinction entre « micro-contexte » et « macro-contexte »), les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur de droit.

[43] In making this point, I am mindful that evidence does not need to be unequivocal to be relevant. In *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, Sopinka J. underlined that while questions of admissibility are for the trial judge, *whether a statement was made* and whether it is true are questions for the trier of fact (pp. 664-66; see also Vauclair and Desjardins, at pp. 865-66). Party admissions, like other evidence, are not rendered inadmissible because the witness is equivocal in their testimony. Witnesses often have imperfect recollection and express uncertainty in their testimony. To the extent that these are matters related to admissibility (rather than the weight that the trier of fact gives to the evidence), they are properly to be considered by the trial judge when balancing probative value against prejudicial effect. Thus, the fact that a witness cannot recall the exact words used does not mean that such evidence has no relevance.

[44] Of course, parties are not permitted to “bootstrap” their argument on the admissibility of a party admission to any and all evidence. The party seeking to admit the proposed evidence should limit their submissions to the evidentiary context that is relevant to determining the meaning of the statement at issue. In a criminal case, the Crown may not argue that *any* evidence pointing towards the accused’s guilt provides relevant context. The focus should remain on whether the jury can give meaning to the witness’s testimony in a manner that is non-speculative, not the overall strength of the Crown’s case.

[45] In summary, judges determine relevance by asking whether, in light of all the other evidence, the at-issue evidence logically tends to make a fact in issue more or less likely. This standard applies to all evidence in criminal trials.

[43] En formulant cette observation, je suis conscient qu’il n’est pas nécessaire que la preuve soit sans équivoque pour être pertinente. Dans l’arrêt *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, le juge Sopinka a souligné que, bien que les questions d’admissibilité relèvent du juge du procès, c’est au juge des faits qu’il appartient de décider *si une déclaration a été faite* et si elle est véridique (p. 664-666; voir aussi Vauclair et Desjardins, p. 865-866). Les aveux émanant d’une partie, comme tout autre élément de preuve, ne deviennent pas inadmissibles parce que le témoin rend un témoignage équivoque. Il arrive souvent que les témoins aient un souvenir imparfait des circonstances et manifestent de l’hésitation lorsqu’ils déposent. Dans la mesure où de telles imperfections ou hésitations portent sur des points liés à l’admissibilité (plutôt qu’au poids que le juge des faits accorde à l’élément de preuve), il est approprié que le juge qui préside un procès les prenne en considération dans la mise en balance de la valeur probante et de l’effet préjudiciable. En conséquence, le fait qu’un témoin ne se souvienne pas des mots exacts qui ont été utilisés ne signifie pas que son témoignage n’est pas pertinent.

[44] Il va de soi que les parties ne sont pas autorisées à « rattacher » à l’ensemble de la preuve leur argument relatif à l’admissibilité d’un aveu émanant d’une partie. La partie qui sollicite l’admission de l’élément de preuve proposé doit limiter ses observations à la preuve contextuelle qui est pertinente afin de déterminer la signification de la déclaration litigieuse. Dans une affaire criminelle, la Couronne ne peut pas prétendre que *tout* élément de preuve tendant à indiquer que l’accusé est coupable constitue un élément contextuel pertinent. L’analyse doit demeurer axée non pas sur la solidité globale de la preuve de la Couronne, mais sur la question de savoir si le jury est en mesure d’attribuer à la déposition du témoin une signification d’une manière qui n’est pas conjecturale.

[45] En résumé, le juge statue sur la pertinence en se demandant si, à la lumière de tous les autres éléments de preuve, l’élément en cause tend logiquement à accroître ou à diminuer la vraisemblance d’un fait en litige. Cette norme s’applique à tous les éléments de preuve dans un procès criminel.

(b) *Determine Whether the Evidence Is Subject to an Exclusionary Rule*

[46] Evidence that is relevant is ordinarily admissible, subject to various exclusionary rules. Hearsay evidence, which is at issue in this appeal, is subject to an exclusionary rule and various exceptions.

[47] Hearsay evidence has three components: (1) a statement (or action) made outside of court by a declarant; (2) which a party seeks to adduce in court for the truth of its content; (3) without the ability of the other party to contemporaneously cross-examine the declarant (*Khelawon*, at para. 35; *Evans*, at pp. 661-62; see also *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at p. 924).

[48] Historically, the common law excluded hearsay evidence (*Smith*, at pp. 924-25; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144, at para. 153; *R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358, at para. 13). Courts premised this exclusion on two primary concerns. First, hearsay evidence may be unreliable and does not afford parties the ability to test reliability by cross-examination (*Khelawon*, at para. 2; *Mapara*, at para. 14). Second, direct evidence is preferable and, thus, hearsay evidence may not be the best available (*Mapara*, at para. 14). Accordingly, as a general proposition, hearsay evidence was excluded as a safeguard against inaccurate fact finding.

[49] However, excluding hearsay in some circumstances impeded rather than assisted accurate fact finding (*Khelawon*, at para. 2; *Mapara*, at para. 14). Over time, courts created exceptions to the general exclusionary bar against hearsay (*Mapara*, at para. 14). Often referred to as pigeonholes, such exceptions developed where hearsay evidence arose in circumstances that lessened concerns of reliability or where hearsay evidence was the best available. These exceptions “became rigid” and formalism abounded (*Mapara*, at para. 14; Paciocco, Paciocco and Stuesser, at p. 151). The law of hearsay became a complex array of categories each defined by narrow

b) *L’élément de preuve est-il visé par une règle d’exclusion?*

[46] Un élément de preuve pertinent est habituellement admissible, sous réserve de diverses règles d’exclusion. La preuve par ouï-dire, le type de preuve en cause dans le présent pourvoi, est visée par une règle d’exclusion et par diverses exceptions.

[47] La preuve par ouï-dire comporte trois éléments : (1) une déclaration (ou une action) faite extrajudiciairement par un déclarant, (2) qu’une partie cherche à présenter en cour pour établir la véracité de son contenu, (3) sans possibilité pour l’autre partie de contre-interroger de façon contemporaine le déclarant (*Khelawon*, par. 35; *Evans*, p. 661-662; voir aussi *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 924).

[48] Pendant longtemps, la common law écartait la preuve par ouï-dire (*Smith*, p. 924-925; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, par. 153; *R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358, par. 13). Les tribunaux basaient cette exclusion sur deux préoccupations principales. Premièrement, la preuve par ouï-dire peut ne pas être fiable, et les parties n’ont pas la possibilité de vérifier sa fiabilité par voie de contre-interrogatoire (*Khelawon*, par. 2; *Mapara*, par. 14). Deuxièmement, une preuve directe est préférable et, par conséquent, il est possible que la preuve par ouï-dire ne soit pas la meilleure preuve disponible (*Mapara*, par. 14). La preuve par ouï-dire était donc, en règle générale, écartée pour prévenir les conclusions de fait inexactes.

[49] Toutefois, l’exclusion de la preuve par ouï-dire dans certaines circonstances avait pour effet d’entraver la constatation exacte des faits plutôt que de l’aider (*Khelawon*, par. 2; *Mapara*, par. 14). Avec le temps, les tribunaux ont créé des exceptions à l’exclusion générale du ouï-dire (*Mapara*, par. 14). Souvent qualifiées de compartiments, ces exceptions ont été élaborées dans des cas où les circonstances de la preuve par ouï-dire atténuaient les préoccupations relatives à sa fiabilité ou dans des cas où la preuve par ouï-dire était la meilleure disponible. Ces exceptions sont « devenue[s] rigide[s] », et le formalisme foisonnait (*Mapara*, par. 14; Paciocco, Paciocco

rules, on occasion giving rise to arbitrary results and detracting from accurate fact finding.

[50] In response, this Court developed a principled approach to hearsay in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531 (*Mapara*, at para. 12). This was intended to arrest the development of circumstance-specific exceptions to hearsay — pigeonholes — and “introduce a measure of flexibility into the hearsay rule” to avoid arbitrary outcomes (*Mapara*, at para. 15). The principled approach provides for hearsay evidence to be admitted on the basis of two factors: necessity and reliability (*Khan*, at pp. 540-42; *Starr*, at para. 153; Paciocco, Paciocco and Stuesser, at pp. 152-54; Vaclair and Desjardins, at pp. 1078-89).

[51] In *Mapara*, the Court provided that recognized exceptions remain presumptively operative (para. 15, as confirmed in *Khelawon*, at para. 42; *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520, at para. 34). However, litigants can challenge an exception on the basis that it is not “supported by indicia of necessity and reliability” (*Mapara*, at para. 15).

[52] The exception at issue in this case is a party admission. These include any “acts or words of a party offered as evidence against that party” (Paciocco, Paciocco and Stuesser, at p. 191 (emphasis added)). Although there has been debate as to whether party admissions are hearsay, I agree with the prevailing view set out by Charron J.: “. . . admissions from an accused fall within a well-recognized exception to the hearsay rule” (*R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 75; see also Paciocco, Paciocco and Stuesser, at p. 192).

[53] In criminal trials, a party admission will be evidence that the Crown adduces against an accused. As explained in *Evans*, the common law justifies allowing party admissions into evidence on the basis

et Stuesser, p. 151). Le droit relatif au oui-dire est devenu un ensemble complexe de catégories, chacune définie par des règles étroites, donnant parfois lieu à des résultats arbitraires et nuisant à la constatation exacte des faits.

[50] En réponse, notre Cour a élaboré une approche raisonnée à l'égard du oui-dire dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531 (*Mapara*, par. 12). Cette approche visait à mettre un terme à l'établissement d'exceptions spécifiques à la règle d'exclusion du oui-dire fondées sur des circonstances particulières — des compartiments — et à « conférer une certaine souplesse à la règle du oui-dire » pour éviter les solutions arbitraires (*Mapara*, par. 15). Suivant cette approche raisonnée, la preuve par oui-dire peut être admise sur la base de deux facteurs : la nécessité et la fiabilité (*Khan*, p. 540-542; *Starr*, par. 153; Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 152-154; Vaclair et Desjardins, p. 1078-1089).

[51] Dans l'arrêt *Mapara*, la Cour a indiqué que les exceptions traditionnelles continuent présomptivement de s'appliquer (par. 15, indication confirmée dans les arrêts *Khelawon*, par. 42; *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520, par. 34). Toutefois, un plaideur peut contester une exception au motif que l'élément de preuve concerné « ne présenterait pas les indices de nécessité et de fiabilité requis » (*Mapara*, par. 15).

[52] L'exception en cause dans la présente affaire est celle fondée sur des aveux émanant d'une partie. De tels aveux incluent tout [TRADUCTION] « act[e] ou propos d'une partie présent[é] en preuve contre cette partie » (Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 191 (je souligne)). Bien que la question de savoir si les aveux émanant d'une partie constituent ou non du oui-dire soit l'objet de débats, je souscris à l'opinion dominante énoncée par la juge Charron : « . . . les aveux d'un accusé relèvent d'une exception bien connue à la règle du oui-dire » (*R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 75; voir aussi Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 192).

[53] Dans un procès criminel, un aveu émanant d'une partie constitue une preuve à charge que la Couronne présente contre l'accusé. Comme il a été expliqué dans *Evans*, la common law justifie

that a party cannot “complain of the unreliability of his or her own statements” (*Evans*, at p. 664). Unlike many other exceptions, justification for allowing party admissions does not relate to necessity or reliability (Vauclair and Desjardins, at p. 911). This is one aspect in which party admissions do not conform to general rules.

[54] This was confirmed by Charron J. in *Khelawon*: “Some of the traditional exceptions stand on a different footing, such as admissions from parties . . . [T]he criteria for admissibility are not established in the same way” (para. 65). See also *Hart*, at para. 63; *Couture*, at para. 75; *S.G.T.*, at para. 20; *R. v. Bradshaw*, 2017 SCC 35, [2017] 1 S.C.R. 865, at para. 82.

[55] Accordingly, party admissions are admissible without reference to necessity and reliability (*R. v. Gordon Gray*, 2021 QCCA 882, at paras. 27-28 (CanLII); *R. v. Foreman* (2002), 169 C.C.C. (3d) 489 (Ont. C.A.), at para. 37; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, at para. 53; *R. v. Lo*, 2020 ONCA 622, 152 O.R. (3d) 609, at para. 81). Thus, with the exception of the “rare cas[e]” where judges retain discretion to exclude *any* hearsay evidence on the basis that it is unreliable or unnecessary (*Mapara*, at para. 15), reliability and necessity are not relevant to the admissibility of a party admission.

[56] I digress briefly to underline a point. The party admission exception to the hearsay rule should not be confused with other exceptions that bear some similarity, for example a declaration against interest by a non-party. See *Lo*, at paras. 65-66; Paciocco, Paciocco and Stuesser at p. 192. Party admissions include “acts or words of a party offered as evidence against that party” (Paciocco, Paciocco and Stuesser, at p. 191 (emphasis added)). In contrast, declarations against interest are not adduced *against* the person who made the statement, as that person is not party to the litigation. Party admissions and declarations against interest have unique foundations. Courts began to permit the admission of declarations against interest on the presumption that “people do not readily make statements that admit facts contrary to their interests,

l’admission en preuve de ce type d’aveux par le fait qu’une partie ne peut « se plaindre de la non-fiabilité de ses propres déclarations » (*Evans*, p. 664). Contrairement à plusieurs autres exceptions, la justification de l’admission des aveux émanant d’une partie n’est pas liée à des considérations de nécessité ou de fiabilité (Vauclair et Desjardins, p. 911). Il s’agit d’un aspect sur lequel ces aveux dérogent aux règles générales.

[54] La juge Charron a confirmé ce point dans l’arrêt *Khelawon* : « Certaines exceptions traditionnelles ont une assise différente, tels les aveux de parties [. . .] [L]es critères d’admissibilité ne sont pas établis de la même façon » (par. 65). Voir aussi *Hart*, par. 63; *Couture*, par. 75; *S.G.T.*, par. 20; *R. c. Bradshaw*, 2017 CSC 35, [2017] 1 R.C.S. 865, par. 82.

[55] Par conséquent, des aveux émanant d’une partie sont admissibles en preuve sans égard à leur nécessité et à leur fiabilité (*R. c. Gordon Gray*, 2021 QCCA 882, par. 27-28 (CanLII); *R. c. Foreman* (2002), 169 C.C.C. (3d) 489 (C.A. Ont.), par. 37; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, par. 53; *R. c. Lo*, 2020 ONCA 622, 152 O.R. (3d) 609, par. 81). Ainsi, outre les « rares cas » où les juges conservent leur pouvoir discrétionnaire d’exclure *toute* preuve par oui-dire au motif qu’elle n’est pas fiable ou nécessaire (*Mapara*, par. 15), la fiabilité et la nécessité ne sont pas des considérations pertinentes à l’égard de l’admissibilité d’aveux émanant d’une partie.

[56] Je vais ouvrir ici une brève parenthèse pour souligner un point. Il ne faut pas confondre l’exception à la règle d’exclusion du oui-dire touchant les aveux émanant d’une partie avec d’autres exceptions qui présentent certaines similitudes, par exemple l’exception relative aux déclarations faites par une personne qui n’est pas partie à l’instance et qui va à l’encontre de ses intérêts. Voir *Lo*, par. 65-66; Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 192. Les aveux émanant d’une partie incluent les « actes ou propos d’une partie présentés en preuve contre cette partie » (Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 191 (je souligne)). Par contraste, les déclarations contraires à l’intérêt de leur auteur ne sont pas présentées *contre* la personne qui les a faites, étant donné que cette personne n’est pas partie à l’instance. Les aveux émanant d’une partie et

unless those statements are true” (Paciocco, Paciocco and Stuesser, at p. 208). As stated earlier, courts allow party admissions on the basis that “what a party has previously stated can be admitted against the party in whose mouth it does not lie to complain of the unreliability of his or her own statements” (*Evans*, at p. 664). The unique foundation of each leads to different preconditions for admission.

[57] In this appeal the party admission was something the accused said, that the witness overheard, and that the Crown tendered as evidence of the accused’s guilt (*Evans*, at p. 664; Paciocco, Paciocco and Stuesser, at pp. 191-92). However, party admissions can constitute more than words; the common law has held party admissions to include, *inter alia*, silence, actions, and demeanour (see, e.g., *R. v. Scott*, 2013 MBCA 7, 288 Man. R. (2d) 188; see also Lederman, Fuerst and Stewart, at ¶¶6.470-6.512; Vaclair and Desjardins, at p. 911). As noted by Professor I. Younger, a rule of thumb is that “[a]nything the other side ever said or did will be admissible so long as it has something to do with the case” (*An Irreverent Introduction to Hearsay* (1977), at p. 24, cited in Paciocco, Paciocco and Stuesser, at pp. 191-92). I do not seek to describe here the precise boundaries of party admissions, as that is not at issue.

[58] A trial judge’s determination that evidence is hearsay but falls within an exception from the general exclusionary rule is a question of law, reviewable on a standard of correctness.

les déclarations contraires à l’intérêt de leur auteur possèdent des fondements qui leur sont propres. Les tribunaux ont commencé à autoriser l’admission de déclarations contraires à l’intérêt de leur auteur en partant du principe que [TRADUCTION] « les gens ne font pas volontiers des déclarations dans lesquelles ils admettent des faits qui sont contraires à leur intérêt, à moins que ces déclarations ne soient véridiques » (Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 208). Comme je l’ai indiqué plus tôt, les tribunaux admettent en preuve les aveux émanant d’une partie sur la base que « les déclarations antérieures d’une partie peuvent être admises contre la partie qui ne peut se plaindre de la non-fiabilité de ses propres déclarations » (*Evans*, p. 664). Le fait que les déclarations et aveux susmentionnés possèdent des fondements qui leur sont propres se traduit par des conditions préalables d’admission différentes.

[57] Dans le présent pourvoi, les aveux émanant d’une partie correspondent à des paroles que l’accusé a formulées, que le témoin a entendues et que la Couronne a présentées en preuve pour établir la culpabilité de l’accusé (*Evans*, p. 664; Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 191-192). Cependant, des aveux émanant d’une partie peuvent être autre chose que des paroles; en common law, il a été jugé que peuvent constituer des aveux émanant d’une partie, notamment, le silence d’une partie, des actes de celle-ci et son comportement (voir, p. ex., *R. c. Scott*, 2013 MBCA 7, 288 Man. R. (2d) 188; voir aussi Lederman, Fuerst et Stewart, ¶¶6.470-6.512; Vaclair et Desjardins, p. 911). Ainsi que l’a fait observer le professeur I. Younger, selon une règle pratique, [TRADUCTION] « [t]out ce que l’autre partie a pu dire ou faire est admissible tant que cet élément est en lien avec l’affaire » (*An Irreverent Introduction to Hearsay* (1977), p. 24, propos cités dans Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 191-192). Je ne cherche pas ici à définir les limites précises de la notion d’aveux émanant d’une partie, car il ne s’agit pas d’une question en litige.

[58] La décision par le juge qui préside un procès qu’un élément de preuve constitue du oui-dire, mais qu’il est visé par une exception à la règle générale d’exclusion, est une question de droit susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte.

(c) *Determine Whether to Use Judicial Discretion to Exclude the Evidence*

[59] Finally, judges must determine whether they should exercise their discretion to exclude evidence by balancing probative value against prejudicial effect. Judges sitting with juries should consider the extent to which any prejudicial effect can be attenuated by appropriate instructions to the jury as to the use to which the evidence can properly be put. In addition, evidence can be excluded where there was a significant unfairness associated with obtaining it, such that it would render the accused's trial unfair (*Mohan*; Paciocco, Paciocco and Stuesser, at pp. 47-48; Lederman, Fuerst and Stewart, at ¶¶2.75-2.77; Vauclair and Desjardins, at pp. 905-6). No such consideration arises in the circumstances of this case.

[60] Probative value relates to the degree of relevance to trial issues and the strength of inference that can be drawn from evidence (*R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 26, citing *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at p. 943; *Hart*, at paras. 94-98). Prejudicial effect relates to the likelihood that a jury will misuse the evidence (*Hart*, at para. 106; Paciocco, Paciocco and Stuesser, at p. 52). Weighing probative value against prejudicial effect has been referred to as a “cost benefit analysis” (*Mohan*, at pp. 21-22; *Hart*, at para. 94; Vauclair and Desjardins, at pp. 905-6).

[61] As noted, the “cost” associated with the evidence (i.e. the prejudice) can be attenuated by appropriate jury instructions. Proper instructions can effectively equip juries with an understanding of how to use evidence in a judicial manner (*R. v. Khill*, 2021 SCC 37, [2021] 2 S.C.R. 948, at para. 116; *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42, at para. 69).

[62] A trial judge's determination that the probative value of evidence outweighs its prejudicial effect is

c) *Y a-t-il lieu pour le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'écarter l'élément de preuve litigieux?*

[59] Enfin, les juges doivent décider s'il y a lieu qu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire afin d'écarter un élément de preuve après avoir soupesé la valeur probante de celui-ci par rapport à ses effets préjudiciables. Le juge qui préside un procès avec jury doit se demander dans quelle mesure il est possible d'atténuer les effets préjudiciables d'un élément de preuve en donnant au jury des directives appropriées sur l'utilisation qui peut régulièrement être faite de cet élément. De plus, un élément de preuve peut être écarté lorsque son obtention a été marquée par une injustice importante, de telle sorte que cela rendrait inéquitable le procès de l'accusé (*Mohan*; Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 47-48; Lederman, Fuerst et Stewart, ¶¶2.75-2.77; Vauclair et Desjardins, p. 905-906). Aucune considération de ce genre n'est en jeu dans les circonstances de la présente affaire.

[60] La valeur probante s'entend du degré de pertinence d'un élément de preuve par rapport aux faits en litige et de la solidité des inférences qui peuvent être tirées de celui-ci (*R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 26, citant *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, p. 943; *Hart*, par. 94-98). L'effet préjudiciable a trait à la probabilité que le jury fasse un mauvais usage de l'élément de preuve litigieux (*Hart*, par. 106; Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 52). La mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable a été qualifiée d'« analyse du coût et des bénéfices » (*Mohan*, p. 21-22; *Hart*, par. 94; Vauclair et Desjardins, p. 905-906).

[61] Comme je l'ai signalé, il est possible d'atténuer le « coût » associé à l'élément de preuve litigieux (c.-à-d. son effet préjudiciable) par des directives appropriées au jury. Des directives appropriées peuvent effectivement permettre aux jurés de comprendre comment utiliser un élément de preuve de manière judiciaire (*R. c. Khill*, 2021 CSC 37, [2021] 2 R.C.S. 948, par. 116; *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42, par. 69).

[62] La décision par le juge présidant un procès que la valeur probante d'un élément de preuve

discretionary and should be reviewed with deference (*R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581, at para. 31; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 73). In addition, appellate courts are to review alleged errors in jury instructions “in the context of the entire charge and of the trial as a whole” (*R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32, as cited in *Araya*, at para. 39) so as to afford trial judges “some flexibility in crafting the language of jury instructions” (*Araya*, at para. 39). I would underscore the importance of trial judges providing clear analysis on the probative value and prejudicial effect of the evidence to facilitate appellate review.

(2) Application of the Legal Framework to the Circumstances of This Case

(a) *The Evidence Was Relevant*

[63] The brother’s testimony regarding the overheard conversation was relevant. First, there was sufficient context for the jury to give meaning to the words that the brother overheard, such that the evidence overcomes the low threshold for (logical) relevance. Second, it is not fatal that the brother was uncertain as to the exact words that he heard the accused say. The equivocal nature of the brother’s testimony is a factor for consideration when weighing the probative value against the prejudicial effect. It also relates to ultimate reliability and believability; but those are for the trier of fact in weighing the evidence, rather than the judge in the relevance analysis.

[64] The trial judge needed to determine whether, on the basis of all the evidence, the jury could give meaning (in a way that was not speculative) to what the brother testified that he overheard. The context extended beyond the narrow scope that the majority of the Court of Appeal applied. Other evidence properly informed the brother’s testimony as to what he

l’emporte sur son effet préjudiciable est une décision discrétionnaire qui commande la déférence en cas de contrôle (*R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581, par. 31; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 73). En outre, les cours d’appel doivent examiner les erreurs susceptibles d’avoir entaché les directives au jury « dans le contexte de l’ensemble de l’exposé au jury et du déroulement général du procès » (*R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32, cité dans *Araya*, par. 39), de manière à laisser aux juges qui président des procès « une certaine latitude dans la formulation de [leurs] directives » (*Araya*, par. 39). Je tiens à souligner à quel point il est important que le juge du procès expose une analyse claire de la valeur probante et de l’effet préjudiciable d’un élément de preuve afin de faciliter le contrôle de cette question en appel.

(2) L’application du cadre juridique aux circonstances de l’espèce

a) *L’élément de preuve était pertinent*

[63] Le témoignage du frère concernant la conversation qu’il a entendue était pertinent. Premièrement, le jury disposait d’un contexte suffisant pour attribuer une signification aux paroles que le frère avait entendues, de sorte que cet élément de preuve satisfait au seuil peu élevé de pertinence (logique) requis. Deuxièmement, le fait que le frère était incertain quant aux paroles exactes qu’il avait entendu l’accusé prononcer n’est pas fatal. La nature équivoque du témoignage du frère est un facteur à considérer dans la mise en balance de la valeur probante et de l’effet préjudiciable. Elle est également liée à la fiabilité et à la vraisemblance; toutefois, il s’agit là de facteurs qui relèvent du juge des faits lors de l’appréciation du poids de la preuve plutôt que du juge lors de l’analyse de la pertinence.

[64] La juge du procès devait déterminer si, au regard de l’ensemble de la preuve, le jury pouvait (sans se livrer à des conjectures) attribuer une signification aux paroles que le frère témoignait avoir entendues. Le contexte s’étendait au-delà du cadre étroit appliqué par les juges majoritaires de la Cour d’appel. D’autres éléments de preuve éclairaient

overheard. In the days leading up to the phone call at issue, the accused and the brother had spoken about the victim. During these conversations, the accused admitted he had done “something bad”, told the brother that it was “true” (A.R., vol. II, at pp. 107, 111 and 113), and the brother said that the accused was “remorsefully sad. Glad to get it off his chest, per se” (p. 121). On the day of the phone call: the accused told the brother where the victim’s body was; the brother was with the accused when he attempted suicide; and the brother was with the accused in the time leading up to the phone call to his wife. Finally, the brother testified that the accused referred to the victim at the opening of the call. The brother was present, although standing approximately 10 feet away, for the entire call.

[65] I turn now to *Ferris*, the decision of this Court that the trial judge and Court of Appeal below agreed governed the admissibility of the evidence.

[66] *Ferris* concerned admissibility of hearsay evidence that the Crown sought to adduce as a party admission. Police arrested Mr. Ferris for murder and brought him to the station. Mr. Ferris asked to make a phone call. An officer placed the call, handed Mr. Ferris the phone, then walked towards his desk. As the officer walked away, he overheard Mr. Ferris say “I’ve been arrested” and then, sometime later, “I killed David” (*Ferris* (C.A.), at para. 7). The trial judge admitted the officer’s testimony as to what he heard Mr. Ferris say. Mr. Ferris was convicted by a jury of second degree murder.

[67] The Alberta Court of Appeal overturned the trial decision, holding that a properly instructed jury would be unable to ascribe *meaning* to the words the officer overheard. Words that were incapable of meaning could not be probative of any issue, and, therefore, were not relevant. Evidence that was not relevant was not admissible. The issue was not what

utilement le témoignage du frère concernant ce qu’il avait entendu. Dans les jours précédant l’appel téléphonique, l’accusé et son frère avaient parlé de la victime. Durant ces conversations, l’accusé avait admis qu’il avait fait [TRADUCTION] « quelque chose de mal », il avait dit à son frère que c’était « vrai » (d.a., vol. II, p. 107, 111 et 113), et le frère a dit que l’accusé était « triste et plein de remords. Heureux d’avoir vidé son sac, pour ainsi dire » (p. 121). Le jour de l’appel téléphonique, l’accusé avait dit à son frère où se trouvait le corps de la victime; le frère se trouvait avec l’accusé lorsque que ce dernier avait tenté de se suicider; et le frère était avec l’accusé au cours de la période ayant précédé l’appel téléphonique à son épouse. Enfin, le frère a témoigné qu’il avait entendu l’accusé mentionner la victime au début de l’appel téléphonique. Le frère était présent, bien qu’à une distance d’approximativement 10 pieds, pendant toute la durée de l’appel.

[65] Je vais maintenant me pencher sur l’arrêt *Ferris*, la décision de notre Cour qui, comme l’ont reconnu la juge du procès et la Cour d’appel en l’espèce, régit l’admissibilité de l’élément de preuve.

[66] L’arrêt *Ferris* portait sur l’admissibilité d’un élément de preuve par ouï-dire que la Couronne souhaitait présenter en tant qu’aveux émanant d’une partie. Dans cette affaire, la police a arrêté M. Ferris pour meurtre et l’a amené au poste. Ce dernier a alors demandé à faire un appel téléphonique. Un policier a passé l’appel, a remis le téléphone à M. Ferris, puis s’est dirigé vers son bureau. En quittant la pièce, le policier a entendu M. Ferris dire [TRADUCTION] « J’ai été arrêté » et ensuite « J’ai tué David » (*Ferris* (C.A.), par. 7). Le juge du procès a admis le témoignage du policier concernant ce qu’il avait entendu M. Ferris dire. Ce dernier a été déclaré coupable par le jury de meurtre au deuxième degré.

[67] La Cour d’appel de l’Alberta a infirmé la décision du tribunal de première instance, concluant qu’un jury ayant reçu des directives appropriées n’aurait pas été en mesure d’attribuer une *signification* aux propos que le policier avait entendus. Des propos incapables de signification ne pouvaient avoir de valeur probante à l’égard de quelque question que

weight to ascribe to the officer's testimony, but whether the words he overheard had *any* meaning. The Court observed that "hearsay rules do not do away with the requirement of relevancy" (para. 32).

[68] The Court of Appeal explained that the phrase "I killed David" could have been an admission. It also could have been part of a reply to the question "what [do] the police think [you] did?" (para. 17). The words, "on their own", did not "allow for the proper understanding and appreciation of the meaning of the statement" (para. 24). The officer's testimony was inadmissible because the jury could not interpret the meaning of the words without "gross speculation" (para. 49).

[69] This Court upheld the Court of Appeal's decision in *Ferris* in the result. In a short, oral judgment, Sopinka J. stated that even if the evidence had relevance, its meaning was "so speculative and its probative value so tenuous that the trial judge ought to have excluded it on the ground its prejudicial effect overbore its probative value" (p. 756). On a careful reading, what Sopinka J. said was *not* that the evidence was inadmissible based on relevance. This Court did not affirm the Court of Appeal's relevance analysis or their application of the principled approach. Rather, Sopinka J. said that even if the testimony was relevant, it should have been excluded after balancing probative value against prejudicial effect.

[70] The trial evidence in *Ferris* was dissimilar to the evidence in this case. In *Ferris*, the accused and the police officer were strangers. There was nothing at all like the circumstances, sequence of events and conversations that led up to what in this case

ce soit et n'étaient donc pas pertinents. Un élément de preuve qui n'était pas pertinent n'était pas admissible. La question en litige n'était pas de savoir quel poids devait être accordé au témoignage du policier, mais plutôt si les propos qu'il avait entendus avaient *quelque* signification. La Cour d'appel a fait observer que [TRADUCTION] « les règles relatives au ouï-dire n'écartent pas l'exigence relative à la pertinence » (par. 32).

[68] La Cour d'appel a expliqué qu'il était possible que les mots « J'ai tué David » aient été un aveu. Il était également possible qu'ils aient fait partie d'une réponse à la question [TRADUCTION] « qu'est-ce que la police pense [que vous] avez fait? » (par. 17). [TRADUCTION] « [E]n soi », ces mots ne pouvaient « permettre de comprendre et d'apprécier véritablement la signification de la déclaration » (par. 24). Le témoignage du policier était inadmissible parce que le jury ne pouvait interpréter la signification des mots en question sans se livrer à [TRADUCTION] « de flagrantes conjectures » (par. 49).

[69] Notre Cour a confirmé en définitive la décision de la Cour d'appel dans *Ferris*. Dans un court jugement prononcé à l'audience, le juge Sopinka a affirmé que, même si la preuve basée sur les mots entendus avait eu quelque pertinence que ce soit, sa signification était « si conjecturale et sa valeur probante si faible que le juge du procès aurait dû l'exclure pour le motif que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante » (p. 756). Il ressort d'une lecture attentive des motifs du juge Sopinka que ce dernier *n'a pas* dit que la preuve était inadmissible pour des raisons de pertinence. Notre Cour n'a pas confirmé l'analyse de la pertinence effectuée par la Cour d'appel ou l'application par celle-ci de l'approche raisonnée. Le juge Sopinka a plutôt déclaré que, même si le témoignage avait été pertinent, il aurait dû être écarté après une mise en balance de sa valeur probante et de son effet préjudiciable.

[70] La preuve présentée au procès dans l'affaire *Ferris* était différente de celle dont il est question en l'espèce. Dans *Ferris*, l'accusé et le policier étaient des étrangers l'un par rapport à l'autre. Il n'y avait dans cette affaire absolument rien de similaire aux

the brother overheard in the accused's conversation with his wife.

[71] Again, we must bear in mind the difference between relevance and ultimate reliability. How well the brother could recall the words said by the accused relates to the latter, which is a question for the trier of fact. Few people would remember the exact words used in a recent conversation that they listened to intently. Nonetheless, many of us would be able to recall the gist of that conversation. The rules of evidence must respond to this reality. Probative value analysis and the weight given to the evidence by the trier of fact are sufficient mechanisms to address frailties of memory. These frailties do not *also* need to be addressed when determining relevance.

[72] *Ferris* is good law, but must be carefully read. Indeed, [TRANSLATION] “[e]xclusion of a partial conversation is . . . not automatic and the analysis is above all a contextual one” (Vauclair and Desjardins, at p. 970). I would note its application in three decisions: *R. v. Bennight*, 2012 BCCA 190, 320 B.C.A.C. 195, *R. v. Buttazzoni*, 2019 ONCA 645, and *R. v. Hummel*, 2002 YKCA 6, 166 C.C.C. (3d) 30. See also *R. v. Reiersen*, 2010 BCCA 381, 259 C.C.C. (3d) 32, at para. 40.

[73] *Bennight* is factually somewhat similar to this case. The British Columbia Court of Appeal allowed testimony from a corrections officer who could not recall the particular words that the offender said to her. The court held it was sufficient that “the witness could testify to both the ‘gist’ of the statement and the context in which it was made” (para. 92). That the officer was unable to remember the precise words said was not pertinent to the judge's relevance analysis: incompleteness was a matter of weight for the jury. The accused argued before this Court that *Bennight* was different because the corrections officer heard both sides of the conversation. I find this to be a

circumstances, à la chronologie des événements et aux conversations qui ont précédé, dans le présent cas, les paroles que le frère a entendues durant la conversation de l'accusé avec son épouse.

[71] Encore une fois, il faut garder à l'esprit la différence entre la pertinence et la fiabilité en dernière analyse. La fidélité avec laquelle le frère se rappelait des paroles prononcées par l'accusé se rapporte à la fiabilité en dernière analyse, une question qui relève du juge des faits. Peu de gens seraient en mesure de se souvenir des paroles exactes qui ont été prononcées lors d'une conversation récente qu'ils ont écoutée attentivement. Néanmoins, bon nombre d'entre nous seraient capables de se rappeler l'essentiel de cette conversation. Les règles de preuve doivent tenir compte de cette réalité. L'analyse de la valeur probante et le poids accordé à un élément de preuve par le juge des faits sont des mécanismes suffisants pour tenir compte des lacunes de la mémoire. Il n'est pas nécessaire que ces lacunes soient *aussi* prises en compte dans la détermination de la pertinence.

[72] L'arrêt *Ferris* demeure valable, mais il doit être lu avec soin. Effectivement, « [l']exclusion d'une conversation partielle n'est [. . .] pas automatique et l'analyse est avant tout contextuelle » (Vauclair et Desjardins, p. 970). Je tiens à souligner l'application de cet arrêt dans trois décisions : *R. c. Bennight*, 2012 BCCA 190, 320 B.C.A.C. 195, *R. c. Buttazzoni*, 2019 ONCA 645, et *R. c. Hummel*, 2002 YKCA 6, 166 C.C.C. (3d) 30. Voir aussi *R. c. Reiersen*, 2010 BCCA 381, 259 C.C.C. (3d) 32, par. 40.

[73] L'arrêt *Bennight* est factuellement assez similaire à la présente espèce. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait admis en preuve le témoignage d'une agente correctionnelle qui n'arrivait pas à se souvenir des paroles précises que lui avait dites le contrevenant. La cour a estimé qu'il suffisait que [TRADUCTION] « le témoin puisse témoigner à la fois à l'égard de “l'essence” de la déclaration et du contexte dans lequel elle a été faite » (par. 92). Le fait que l'agente était incapable de se rappeler les paroles précises n'était pas pertinent pour l'analyse de la pertinence effectuée par le juge; le caractère incomplet du témoignage était un facteur à

distinction without a difference. What matters is whether the evidence tends to increase or decrease the probability of a fact, not the particular circumstances in which the evidence arose.

[74] In *Buttazzoni*, the Ontario Court of Appeal determined that the trial judge properly admitted “recounted utterances [that] were described as ‘almost verbatim’”, and *also* properly admitted recounted utterances that were a “paraphrased synopsis” (para. 56 (CanLII)). Issues with accuracy of recollection did not relate to relevance, but were an issue of weight for the trier of fact. Similarly to *Bennight*, the witness overheard both sides of the conversation. However, as noted, that is not a principled basis on which to distinguish these decisions from the circumstances in this appeal.

[75] The accused in *Hummel* argued on appeal that the trial judge improperly admitted testimony that suggested he said “I hear a woman’s voice calling my name” and “from a grave” (para. 8). The Yukon Court of Appeal held there was “ample context in which the words could be considered”, as the accused had uttered the words the morning after the victim was last seen alive and there was other evidence connecting him to the victim’s disappearance (para. 32). The jury could infer the accused was expressing remorse through these words.

[76] These decisions illustrate that *Ferris* should not be understood as standing for the proposition that incomplete recollection of a party admission leads to exclusion of such evidence or that it is only “micro context” that can inform meaning and, thus, relevance. In assessing (logical) relevance, what

soupeser par le jury. En l’espèce, l’accusé a fait valoir devant notre Cour que l’arrêt *Bennight* différerait de la présente instance en ce que dans *Bennight* l’agente correctionnelle avait entendu les paroles prononcées par les deux parties à la conversation. J’estime qu’il s’agit d’une distinction sans conséquence. Ce qui importe, c’est la question de savoir si l’élément de preuve tend à accroître ou à diminuer la probabilité de l’existence d’un fait, et non les circonstances particulières à l’origine de cette preuve.

[74] Dans l’affaire *Buttazzoni*, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que le juge du procès avait à juste titre admis en preuve [TRADUCTION] « des propos relatés [qui] ont été qualifiés de “presque textuels” », et *également* admis à bon droit des propos relatés qui constituaient « un résumé paraphrasé » (par. 56 (CanLII)). La question de l’exactitude des souvenirs ne concernait pas la pertinence, mais constituait plutôt un facteur qui devait être soupesé par le juge des faits. Tout comme dans l’affaire *Bennight*, le témoin avait entendu les paroles prononcées par les deux parties à la conversation. Toutefois, comme je l’ai souligné, il ne s’agit pas d’une justification raisonnée permettant d’établir une distinction entre ces affaires et les circonstances du présent pourvoi.

[75] Dans l’affaire *Hummel*, l’accusé soutenait en appel que le juge du procès avait erronément admis un témoignage suggérant qu’il avait dit [TRADUCTION] « J’entends la voix d’une femme appelant mon nom » et « d’outre-tombe » (par. 8). La Cour d’appel du Yukon a conclu qu’il y avait [TRADUCTION] « amplement de contexte au regard duquel les paroles pouvaient être considérées », puisque l’accusé avait prononcé ces paroles le matin qui avait suivi le moment où la victime avait été vue vivante pour la dernière fois et qu’il y avait d’autres éléments de preuve le rattachant à celle-ci avant sa disparition (par. 32). Le jury pouvait inférer que l’accusé exprimait des remords par ces paroles.

[76] Ces décisions montrent qu’il ne faut pas considérer que l’arrêt *Ferris* permet d’affirmer que le souvenir incomplet d’aveux émanant d’une partie entraîne l’exclusion d’un tel élément de preuve, ou que seul le « micro-contexte » peut éclairer la signification des paroles prononcées et, par conséquent,

matters is whether the evidence tends to increase or decrease the probability of the existence of a fact at issue (*Arp*, at para. 38).

[77] Although he could not remember the exact words the accused said, the brother's testimony was that he overheard a phone call in which the accused admitted to killing Ms. Kogawa. The brother's recollection of the phone call, if believed by the jury, (to use the words from *Arp*) "tend[s] to 'increase . . . the probability'" that the accused was responsible for the victim's death. In light of other evidence, the brother's evidence was capable of non-speculative meaning and relevant.

(b) *The Evidence Was Hearsay, but Subject to the Party Admissions Exception to the Exclusionary Rule*

[78] The Crown adduced the brother's evidence for the purpose of showing that the accused admitted to killing Ms. Kogawa. This evidence was hearsay and, thus, inadmissible under the general exclusionary rule. However, the brother's evidence was that the accused had, by his words, admitted responsibility for Ms. Kogawa's death. This evidence is something that a party said or did and relates to an issue at trial (see *Paciocco*, *Paciocco* and *Stuesser*, at pp. 191-92; *Younger*, at p. 24). As such, the evidence is a party admission and comes within a recognized exception to the general exclusionary rule.

(c) *In Light of the Comprehensive Jury Instructions, the Trial Judge Did Not Err by Admitting the Evidence*

[79] The balancing of probative weight against prejudicial effect can be critical in deciding the admissibility of a party admission. This is a discretionary decision by the trial judge. Such decisions are to be reviewed with deference. The accused has

la pertinence. Dans l'appréciation de la pertinence (logique), ce qui importe c'est de savoir si l'élément de preuve tend à accroître ou à diminuer la probabilité de l'existence d'un fait en litige (*Arp*, par. 38).

[77] Même s'il n'était pas en mesure de se rappeler les paroles exactes qu'avait prononcées l'accusé, le frère a témoigné qu'il avait entendu une conversation téléphonique au cours de laquelle l'accusé avait admis avoir tué M^{me} Kogawa. Si le jury y prête foi, le souvenir du frère concernant l'appel téléphonique (pour reprendre les termes utilisés dans *Arp*) « ten[d] à [TRADUCTION] "accroître [. . .] la probabilité" » que l'accusé ait été responsable de la mort de la victime. À la lumière des autres éléments de preuve, le témoignage du frère rapportait des propos capables de signification non conjecturale et il était pertinent.

b) *Le témoignage constituait du oui-dire, mais était visé par l'exception à la règle d'exclusion du oui-dire relative aux aveux émanant d'une partie*

[78] La Couronne a présenté en preuve le témoignage du frère dans le but de démontrer que l'accusé avait admis avoir tué M^{me} Kogawa. Ce témoignage constituait du oui-dire et était donc inadmissible suivant la règle générale d'exclusion. Toutefois, le témoignage du frère indiquait que l'accusé avait admis, par ses propres mots, être responsable de la mort de M^{me} Kogawa. Il s'agit d'un élément de preuve de quelque chose qu'une partie a dit ou fait et se rapportant à une question en litige au procès (voir *Paciocco*, *Paciocco* et *Stuesser*, p. 191-192; *Younger*, p. 24). En tant que tel, cet élément de preuve constitue un aveu émanant d'une partie et est visé par une exception reconnue à la règle générale d'exclusion.

c) *À la lumière des directives détaillées qu'elle a données au jury, la juge du procès n'a pas fait erreur en admettant le témoignage en preuve*

[79] La mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable peut jouer un rôle crucial dans la décision relative à l'admissibilité d'aveux émanant d'une partie. Il s'agit d'une décision discrétionnaire prise par le juge qui préside un procès. Ces décisions

not shown error in this exercise of the trial judge's discretion. This is particularly so in light of the well-structured instructions provided to the jury on appropriate use of the party admission.

[80] The brother's testimony contained weaknesses. He was unsure of the particular words that the accused said. He testified that he was not trying to listen and that he only heard one side of the conversation. He did not know whether the accused was responding to questions from his wife. The brother admitted he consumed alcohol before and after the call and that the accused was under the influence of intoxicants. The brother testified that the accused's speech was impacted by the heroin he had taken. These factors decreased the probative value of the party admission.

[81] With respect to the prejudicial effect, I agree with Arbour J., dissenting, but not on this point, that juries are likely to give significant weight to confession-like evidence (*R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at para. 146). This Court has recognized the significant potential for prejudicial use of confessions (see, e.g., *Hart*, at para. 106) and this party admission was akin to a confession. The possibility for prejudicial use by the jury was real.

[82] When balancing the probative value and prejudicial effect, the trial judge noted "[t]he prejudicial effect can be ameliorated by a strong caution to the jury about what use can be made of the evidence" (para. 21). The trial judge provided such a caution on the proper use of the admission at issue. This demonstrates the trial judge was mindful of potential prejudice. The trial judge told the jury that it was up to them to decide whether the statements attributed by the brother to the accused had been made. They were to "[c]onsider the circumstances in which the conversation took place [and to b]ear in mind anything else that may make the witness's evidence

commandent la déférence en cas de contrôle. L'accusé n'a pas démontré que la juge du procès avait commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cela ressort de façon particulière des directives bien structurées que la juge du procès a données au jury sur l'utilisation appropriée qu'il pouvait faire des aveux émanant d'une partie.

[80] Le témoignage du frère comportait des lacunes. Ce dernier était incertain quant aux paroles précises que l'accusé avait prononcées. Il a témoigné qu'il n'essayait pas d'écouter la conversation et qu'il avait entendu uniquement les paroles prononcées par l'une des deux parties à la conversation. Il ne savait pas si l'accusé répondait à des questions de son épouse. Le frère a admis qu'il avait consommé de l'alcool avant et après l'appel téléphonique et que l'accusé était sous l'influence de substances intoxicantes. Le frère a témoigné que l'élocution de l'accusé était affectée par l'héroïne qu'il avait consommée. Ces facteurs diminuaient la valeur probante des aveux émanant d'une partie.

[81] En ce qui concerne l'effet préjudiciable, je suis d'accord avec la juge Arbour, dissidente, mais non sur ce point, pour dire que les jurys sont susceptibles d'accorder un poids important à un élément de preuve s'apparentant à une confession (*R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 146). Notre Cour a reconnu le risque appréciable d'utilisation préjudiciable des confessions (voir, p. ex., *Hart*, par. 106), et les aveux émanant d'une partie en cause en l'espèce s'apparentaient à une confession. La possibilité d'utilisation préjudiciable par le jury était bien réelle.

[82] Lors de la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable, la juge du procès a souligné que [TRADUCTION] « [l']effet préjudiciable peut être tempéré par une mise en garde ferme au jury relativement à l'utilisation qui peut être faite de l'élément de preuve » (par. 21). La juge a formulé une telle mise en garde concernant l'utilisation appropriée de l'aveu en litige. Cela démontre qu'elle était consciente du risque de préjudice. La juge du procès a dit aux jurés que c'était à eux qu'il appartenait de décider si les déclarations attribuées à l'accusé par le frère avaient été faites. Les jurés devaient [TRADUCTION] « [c]onsidère[r] les circonstances dans lesquelles

more or less reliable” (A.R., vol. IV, at p. 197). The trial judge methodically addressed the weaknesses in the brother’s testimony in the jury instructions. She emphasized that the brother heard only one side of the conversation and that he did not recall the exact words that the accused said. She noted that the accused had consumed alcohol and heroin prior to the call, and that those intoxicants could have affected what he said. The judge made clear that it was for the jury to determine whether the accused had used a particular phrase and what was meant by it. The judge told the jury they could ignore the admission if they were uncertain as to what was said or what it meant. She told the jury that they could not rely on the brother’s testimony as to the accused’s state of mind. Rather, it was for the jury to consider such matters.

[83] The trial judge provided the jury with clear and effective instructions on proper use of the brother’s testimony. The instructions gave the jury the guidance needed to weigh the evidence in accordance with legal principles. As such, the instructions effectively and adequately limited the possibility of prejudicial use.

[84] In light of the foregoing, the trial judge did not err in admitting the brother’s testimony as to what he overheard the accused say.

B. *Jury Question Issue*

[85] I am in substantial agreement with the reasons of the Court of Appeal on the Jury Question Issue. The jury’s question was not ambiguous and the trial judge answered it correctly. Notwithstanding my agreement, I wish to underscore two points.

[86] First, the accused argues on appeal that the jury question demonstrated confusion as to the intent needed for murder and that needed for manslaughter.

la conversation a eu lieu [et] garde[r] à l’esprit tout autre élément susceptible de rendre la déposition du témoin plus ou moins fiable » (d.a., vol. IV, p. 197). La juge du procès a traité méthodiquement des lacunes du témoignage du frère dans les directives qu’elle a données au jury. Elle a souligné que le frère n’avait entendu que les propos d’un des deux interlocuteurs durant la conversation et qu’il ne se souvenait pas des paroles exactes prononcées par l’accusé. Elle a mentionné que l’accusé avait consommé de l’alcool et de l’héroïne avant l’appel, et que ces substances intoxicantes pouvaient avoir affecté ses propos. La juge a clairement indiqué que c’est au jury qu’il revenait de décider si l’accusé avait prononcé une phrase particulière et le sens de celle-ci. La juge a expliqué aux jurés qu’ils pouvaient faire abstraction de l’aveu s’ils n’étaient pas certains de ce qui avait été dit ou de la signification des paroles qui avaient été prononcées. Elle a dit aux jurés qu’ils ne pouvaient pas s’en remettre au témoignage du frère pour ce qui était de l’état d’esprit de l’accusé. C’était plutôt à eux qu’il appartenait de considérer ces questions.

[83] La juge du procès a formulé au jury des directives claires et efficaces sur l’utilisation appropriée du témoignage du frère. Ces directives ont fourni au jury les indications dont il avait besoin pour soupeser cet élément de preuve conformément aux principes juridiques. Par conséquent, les directives ont limité de manière efficace et adéquate la possibilité d’utilisation préjudiciable du témoignage.

[84] À la lumière de ce qui précède, la juge du procès n’a pas fait erreur en admettant en preuve le témoignage du frère concernant ce qu’il avait entendu l’accusé dire.

B. *Le point concernant la question du jury*

[85] Je souscris pour l’essentiel aux motifs de la Cour d’appel sur le point concernant la question du jury. La question posée par celui-ci n’était pas ambiguë et la juge du procès y a répondu correctement. Malgré mon accord, je tiens toutefois à souligner deux points.

[86] Premièrement, l’accusé prétend en appel que la question du jury révélait l’existence de confusion relativement à l’intention requise à l’égard de l’infraction

However, the accused's counsel at trial (not appellate counsel) was adamant that this was *not* what the jury's question related to. That trial counsel advocated for a certain response to a jury's question is not determinative of the issue on appeal, but it is an important factor for consideration (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 38; *Araya*, at para. 51). While the burden of perfection should not be placed on trial counsel, they are the ones most attuned to the accused's interests. In this case, trial counsel pivoted away from intent and suggested that the trial judge provide to the jury an "expanded definition of bodily harm" (A.R., vol. III, at p. 330). This approach likely represented trial counsel's view as to how to answer the question correctly, in a manner beneficial to his client. I see no error in the trial judge's handling of the question, particularly in light of trial counsel's submissions on this point.

[87] Second, there is no merit to the accused's argument that the definition of "bodily harm" in s. 2 of the *Criminal Code* does not apply to s. 229(a)(ii), which defines murder. The meaning of the phrase "bodily harm" is consistent throughout the *Criminal Code*. When Parliament means to deviate from the meaning of "bodily harm", it does so by adding qualifying words (e.g., "grievous bodily harm" in s. 25(3)). No authority from this Court, including *R. v. Miljevic*, 2011 SCC 8, [2011] 1 S.C.R. 203, should be read as suggesting otherwise. The accused's argument that murder requires bodily harm that is serious, dangerous or grave seems to stem from an inaccurate understanding of the model jury instructions. The words that he suggests describe bodily harm — dangerous, serious, grave — concern foreseeability. To reiterate, the definition of "bodily harm" set out in s. 2 applies to s. 229(a)(ii).

de meurtre et à celle exigée à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable. Cependant, l'avocat de l'accusé au procès (et non celui qui le représentait en appel) maintenait catégoriquement que ce n'était pas ce sur quoi portait la question du jury. Le fait que l'avocat représentant un accusé au procès ait plaidé en faveur d'une certaine réponse à une question du jury n'est pas déterminant relativement à cette question en appel, mais constitue un facteur important à considérer (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 38; *Araya*, par. 51). Bien qu'on ne doive pas attendre la perfection de la part des avocats qui représentent les accusés en première instance, ce sont eux qui sont les plus au fait des intérêts des accusés. En l'espèce, l'avocat de l'accusé au procès a délaissé la question de l'intention et suggéré que la juge fournisse au jury une [TRADUCTION] « définition plus explicite de la notion de lésions corporelles » (d.a., vol. III, p. 330). Cette approche représentait vraisemblablement l'opinion de l'avocat au procès sur la façon de répondre correctement à la question, d'une manière favorable à son client. Je ne vois aucune erreur dans la façon dont la juge du procès a traité cette question, particulièrement au regard des observations sur ce point de l'avocat qui représentait l'accusé en première instance.

[87] Deuxièmement, l'argument de l'accusé suivant lequel la définition de « lésions corporelles » figurant à l'art. 2 du *Code criminel* ne s'applique pas au sous-al. 229a)(ii), qui définit le meurtre, est dénué de fondement. Le terme « lésions corporelles » a le même sens dans l'ensemble du *Code criminel*. Lorsque le Parlement entend s'écarter du sens donné au terme « lésions corporelles », il le fait en lui ajoutant un qualificatif (p. ex., « lésions corporelles graves », au par. 25(3)). Aucun précédent de notre Cour, y compris l'arrêt *R. c. Miljevic*, 2011 CSC 8, [2011] 1 R.C.S. 203, ne doit être considéré comme suggérant le contraire. L'argument de l'accusé voulant que le meurtre exige des lésions corporelles sérieuses, dangereuses ou graves semble découler d'une compréhension inexacte du modèle de directives au jury. Les mots qu'il suggère pour qualifier les lésions corporelles — dangereuses, sérieuses, graves — ont trait à la prévisibilité. Je tiens à réitérer que la définition de « lésions corporelles » énoncée à l'art. 2 s'applique au sous-al. 229a)(ii).

VI. Conclusion

[88] I would allow the Crown's appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and restore the accused's conviction for second degree murder.

The following are the reasons delivered by

[89] KARAKATSANIS AND BROWN JJ. (dissenting) — We would dismiss this appeal. We do not disagree with our colleagues' framework for assessing relevance and probative value. What divides us is its application here. In our view, for the reasons of Justice Goepel at the Court of Appeal, a jury could not ascertain the meaning or relevance of the overheard statements (2021 BCCA 41, 400 C.C.C. (3d) 131). As well, their prejudicial effect outweighed any tenuous probative value they may have had. The overheard statements were inadmissible.

[90] On the evidence before the jury, it was impossible to know what Schneider said to his wife during the overheard phone call. The witness, Schneider's brother, did not know the words that he heard. He was deliberately trying *not* to listen to the 13-minute conversation. He neither participated in the conversation nor heard both sides of it. He acknowledged that he did not know what was said, and did not even recall knowing the substance of what was said. Initially, he testified in examination-in-chief that he heard Schneider say, "I did it. I killed her" about half-way into the phone call (A.R., vol. II, at p. 170). He then clarified that he could not say those were the exact words spoken but that this was "the gist" of Schneider's side of the conversation (A.R., vol. II, at p. 171). It appears that this "gist" was derived from a statement he had heard six or seven minutes earlier in the conversation and, the Crown says, from the trauma of having accompanied his brother during a suicide attempt. In cross-examination, the witness confirmed that because he did not know Schneider's exact words, they may have just been something

VI. Dispositif

[88] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi formé par la Couronne, d'infirmier l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour meurtre au deuxième degré.

Version française des motifs rendus par

[89] LES JUGES KARAKATSANIS ET BROWN (dissidents) — Nous sommes d'avis de rejeter le présent pourvoi. Nous ne sommes pas en désaccord avec le cadre d'analyse utilisé par nos collègues afin d'évaluer la pertinence et la valeur probante. Notre divergence d'opinions porte sur l'application de ce cadre en l'espèce. À notre avis, pour les motifs exposés par le juge Goepel de la Cour d'appel, un jury n'était pas en mesure de déterminer le sens ou la pertinence des déclarations qui ont été entendues (2021 BCCA 41, 400 C.C.C. (3d) 131). De plus, l'effet préjudiciable de celles-ci l'emportait sur la mince valeur probante qu'elles pouvaient avoir. Les déclarations entendues étaient inadmissibles.

[90] Au regard de la preuve dont disposait le jury, il était impossible de savoir ce que M. Schneider avait dit à son épouse durant la conversation téléphonique entendue par le témoin. Ce dernier, le frère de M. Schneider, ne savait pas quelles paroles il avait entendues. Il essayait délibérément de *ne pas* écouter la conversation, laquelle a duré 13 minutes. Il n'a ni participé à cette conversation ni entendu les échanges des deux parties à la conversation. Il a reconnu qu'il ne savait pas ce qui avait été dit durant la conversation, et qu'il ne se souvenait même pas de la teneur de celle-ci. Initialement, lors de l'interrogatoire principal, il a témoigné qu'il avait entendu M. Schneider dire [TRADUCTION] « Je l'ai fait. Je l'ai tuée », à peu près au milieu de la conversation téléphonique (d.a., vol. II, p. 170). Il a ensuite clarifié sa réponse en disant qu'il ne pouvait pas affirmer que c'étaient les paroles exactes qui avaient été prononcées, mais qu'il s'agissait de [TRADUCTION] « l'essence » de ce que M. Schneider avait dit durant la conversation (d.a., vol. II, p. 171). Il semble que l'« essence » de la conversation dérivait d'une déclaration qu'il avait

like “I did it” and that the words — whatever they were — could have come at the beginning, middle or end of a longer sentence (A.R., vol. II, at pp. 189-90).

[91] At trial, the Crown sought to tender the words overheard by Schneider’s brother as an admission of responsibility for the death of the victim, Natsumi Kogawa. In closing submissions, the Crown stated that Schneider was overheard telling his wife “I did it” or “I killed her” — though also acknowledging the exact words spoken were unknown — and told the jury that “you can infer from these words that he intended to kill Natsumi Kogawa or meant to kill Natsumi Kogawa” (A.R., vol. III, at p. 286).

[92] Assessing the relevance of Schneider’s brother’s testimony (including the Crown’s own interpretive gloss thereon) is an exercise in pure speculation. The Crown’s reliance on “context” to assist in identifying the relevance of the witness’s “gist” of the conversation is not only a strain; it is also far more harmful than it is helpful. For the Crown, this “context” includes the fact that the brother knew Schneider, that they had talked about the victim in the days leading up to the phone call, that Schneider told his brother some details of his relationship with Ms. Kogawa and that her body could be found in a suitcase prior to the phone conversation, that the brother was physically present for the phone conversation and the attempted suicide, and that he had an understanding of the “tone” of the conversation. These factors add nothing to the assessment of what had been said during the phone call.

entendue six ou sept minutes plus tôt au cours de la conversation, ainsi que, selon la Couronne, du traumatisme résultant du fait d’avoir accompagné son frère durant sa tentative de suicide. En contre-interrogatoire, le témoin a confirmé que, parce qu’il ne savait pas quelles étaient les paroles exactes prononcées par M. Schneider, il était possible qu’elles aient été quelque chose comme [TRADUCTION] « Je l’ai fait », et que ces paroles — quelles qu’elles aient été — avaient pu être prononcées au début, au milieu ou à la fin d’une phrase plus longue (d.a., vol. II, p. 189-190).

[91] Au procès, la Couronne a demandé à présenter en preuve les paroles entendues par le frère de M. Schneider en tant qu’aveu de la responsabilité de ce dernier quant à la mort de la victime, Natsumi Kogawa. Dans ses observations finales, la Couronne a déclaré qu’on avait entendu M. Schneider dire à son épouse [TRADUCTION] « Je l’ai fait » ou « Je l’ai tuée » — tout en reconnaissant que les paroles exactes qui avaient été prononcées n’étaient pas connues —, et elle a dit au jury « vous pouvez inférer de ces paroles qu’il avait l’intention de tuer Natsumi Kogawa ou qu’il voulait tuer Natsumi Kogawa » (d.a., vol. III, p. 286).

[92] Évaluer la pertinence du témoignage du frère de M. Schneider (y compris l’interprétation que lui donne la Couronne) constitue une opération purement conjecturale. Le recours par la Couronne au « contexte » afin de déterminer la pertinence de ce que le témoin estime être l’« essence » de la conversation revient non seulement à forcer le sens des mots, mais s’avère beaucoup plus préjudiciable qu’utile. Selon la Couronne, le « contexte » inclut le fait que le frère connaissait M. Schneider, que ceux-ci avaient parlé de la victime au cours des jours qui ont précédé l’appel téléphonique, qu’avant l’appel téléphonique M. Schneider avait fait part à son frère de certains détails concernant sa relation avec M^{me} Kogawa et lui avait dit que le corps de celle-ci se trouvait dans une valise, que le frère était physiquement présent lors de la conversation téléphonique et de la tentative de suicide, et que ce dernier avait bien saisi le « ton » de la conversation. Ces facteurs n’appuient en rien l’appréciation de ce qui a été dit durant l’appel téléphonique.

[93] Our colleagues overstate the significance of the Court of Appeal’s references to the “macro” and “micro” contexts (Rowe J.’s reasons, at paras. 6, 28 and 42). These statements were not intended to alter assessments of relevance. Rather, they were simply shorthand for what the majority and the dissent considered to be the relevant context. Justice DeWitt-Van Oosten took a broader view of the relevant context (which, in our respectful view, overreached by considering the same irrelevant factors as the Crown), while Justice Goepel (correctly) confined himself to considering the context arising from the conversation itself. This is not to say that context beyond the immediate conversation can never inform the meaning of statements made within the conversation. Rather, in this case, the Crown relies on contextual features beyond the conversation itself that were irrelevant, and there was insufficient context arising from the conversation itself to inform the meaning of the overheard statements.

[94] In our view, the Crown relies on “context” that is not only irrelevant, but which augments the prejudicial effect of admitting the statements even if they were relevant. The jury may have focused on aspects of the context which tended to implicate Schneider in the death — such as his statement about where Ms. Kogawa’s body was located — to reason that Schneider must have therefore admitted responsibility for the death. In *R. v. Ferris* (1994), 149 A.R. 1, at para. 27, Conrad J.A. described the danger involved in this type of reasoning as follows:

There would be an enormous temptation for any trier of fact to look at the outside evidence that tends to implicate the accused in the murder, use those facts to conclude that the accused probably committed the murder, and that therefore he admitted that he did. That finding would then be used to raise the probability of guilt to a conclusion of guilt. The danger implicit in that type of circuitous reasoning is obvious.

[93] Nos collègues exagèrent l’importance des observations de la Cour d’appel relatives au « macro-contexte » et au « micro-contexte » (motifs du juge Rowe, par. 6, 28 et 42). Ces observations ne visaient pas à modifier la manière dont il faut apprécier la pertinence. Il s’agissait plutôt de termes concis servant à désigner ce que les juges majoritaires et la juge dissidente considéraient comme étant le contexte pertinent. La juge DeWitt-Van Oosten a adopté une conception plus vaste du contexte pertinent (qui, avec égards, était trop large en ce qu’il tenait compte des mêmes facteurs non pertinents considérés par la Couronne), tandis que le juge Goepel a (à juste titre) limité son examen au contexte de la conversation elle-même. Cela ne signifie pas qu’un examen allant au-delà du contexte immédiat d’une conversation donnée ne peut jamais éclairer le sens de déclarations faites durant celle-ci. Cependant, le fait est qu’en l’espèce la Couronne s’appuie sur des aspects contextuels qui vont au-delà de la conversation elle-même et ne sont pas pertinents, et que la conversation à elle seule ne fournissait pas suffisamment de contexte pour éclairer le sens des déclarations entendues.

[94] À notre avis, la Couronne s’appuie sur un « contexte » qui est non seulement dénué de pertinence, mais qui accroît en outre l’effet préjudiciable de l’admission des déclarations en preuve, et ce, même si celles-ci avaient été pertinentes. Il est possible que le jury se soit attaché à des aspects du contexte qui tendaient à impliquer M. Schneider dans la mort de la victime — par exemple sa déclaration concernant l’endroit où se trouvait le corps de M^{me} Kogawa — et en ait déduit que M. Schneider avait par conséquent avoué qu’il était responsable de la mort de cette dernière. Dans l’arrêt *R. c. Ferris* (1994), 149 A.R. 1, par. 27, la juge Conrad de la Cour d’appel a décrit ainsi le danger que crée ce type de raisonnement :

[TRADUCTION] Il serait énormément tentant pour tout juge des faits de considérer les éléments de preuve extrinsèques qui tendent à impliquer l’accusé dans le meurtre, de se fonder sur ces faits pour conclure que l’accusé a probablement commis le meurtre, et qu’en conséquence il a avoué l’avoir commis. Cette constatation serait ensuite invoquée pour élever la probabilité de culpabilité au rang de conclusion de culpabilité. Le danger implicite de ce type de raisonnement sinueux est évident.

This very concern arises in the instant case where the jury was left to assess the logical relevance of a “gist”, unaccompanied by any recollection of what was said, or at least any recollection of the substance of what was said.

[95] The trial judge did not explicitly identify any dangers of admitting the evidence of the overheard statements or how they might impact the fairness of the trial. She simply concluded that “[t]he prejudicial effect can be ameliorated by a strong caution to the jury about what use can be made of the evidence” (2018 BCSC 2546, at para. 21, reproduced in A.R., vol. I, at p. 5). In our view, the jury instruction did not cure the prejudice. It presupposed that the jury could decide what Schneider said despite having no basis in the evidence to do so.

[96] We conclude that the evidence of the overheard statements should not have been admitted. We acknowledge that the threshold for logical relevance is low. But it is still *a threshold*, in that it must “increase or diminish the probability of the existence of a fact in issue” (*R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 38, citing R. Eggleston, *Evidence, Proof and Probability* (2nd ed. 1978), at p. 83). If Schneider’s brother’s testimony meets this threshold, it would be difficult to conceive of anything Schneider might have said (or might be felt to have said), howsoever partial, oblique or indistinct, that would *not* be “relevant”. In any event, when the potential for misuse is measured against the absence of any significant probative value, the result is that the evidence should have been removed from the jury’s consideration altogether.

Cette même préoccupation se soulève en l’espèce du fait qu’on a laissé au jury le soin d’évaluer la pertinence logique de l’« essence » d’une conversation, en l’absence d’un quelconque souvenir de ce qui a été dit, ou à tout le moins d’un quelconque souvenir de la teneur de ce qui a été dit.

[95] La juge du procès n’a pas indiqué explicitement les dangers liés à l’admission en preuve des déclarations entendues ou à l’incidence que celles-ci pourraient avoir sur l’équité du procès. Elle a simplement conclu que [TRADUCTION] « [l’]effet préjudiciable peut être tempéré par une mise en garde ferme au jury relativement à l’utilisation qui peut être faite de l’élément de preuve » (2018 BCSC 2546, par. 21, reproduit au d.a., vol. I, p. 5). Selon nous, les directives données au jury n’ont pas remédié au préjudice. Elles présupposaient que le jury était en mesure de décider ce que M. Schneider avait dit malgré l’absence dans la preuve d’éléments lui permettant de le faire.

[96] Nous concluons que la preuve relative aux déclarations entendues n’aurait pas dû être admise. Nous reconnaissons que le seuil de pertinence logique est peu élevé. Mais il constitue néanmoins *un seuil* à respecter, en ce que l’élément de preuve doit [TRADUCTION] « accroître ou diminuer la probabilité de l’existence d’un fait en litige » (*R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 38, citant R. Eggleston, *Evidence, Proof and Probability* (2^e éd. 1978), p. 83). Si le témoignage du frère de M. Schneider respecte ce seuil, il est difficile d’imaginer quoi que ce soit que M. Schneider ait pu dire (ou soit considéré comme ayant dit) — aussi partiel, oblique ou indistinct que cela puisse être — qui *ne serait pas* « pertinent ». Quoi qu’il en soit, lorsqu’on soupèse le risque de mauvaise utilisation et l’absence de toute valeur probante appréciable, il faut conclure que la preuve litigieuse aurait dû être soustraite entièrement à l’examen du jury.

[97] We would therefore dismiss the appeal.

[97] Par conséquent, nous rejetterions le présent pourvoi.

APPENDIX

ANNEXE

Could you please expand on
 THE DEFINITION OF BODILY HARM
 IN ~~Part~~ ^Q 3 (INTENT Required
 FOR MURDER) VERSUS BODILY HARM
 AS DESCRIBED IN PART 109/111
 FOR MANSLAUGHTER.

* BODILY HARM.
 ANY HURT OR INJURY....
 INTERFERES HEALTH....
 MORE THAN JUST BACIT / MINOR.

*
 CONCEPT OF BODILY HARM.
 THAT THE ACCUSED KNOWS/likely TO
 CAUSE DEATH AND RECKLESS....

*Appeal allowed, KARAKATSANIS and BROWN JJ.
 dissenting.*

*Pourvoi accueilli, les juges KARAKATSANIS et
 BROWN sont dissidents.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of
 British Columbia, Vancouver.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général de
 la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: DG Barristers,
 Vancouver.*

Procureurs de l'intimé : DG Barristers, Vancouver.