

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

David Raymond Couture *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. COUTURE

Neutral citation: 2007 SCC 28.

File No.: 30975.

2006: May 15; 2007: June 15.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Spousal incompetency rule — Trial judge admitting into evidence out-of-court statements made by accused's spouse to police during marriage — Whether statements admissible under principled exception to hearsay rule — Whether admission of statements would undermine spousal incompetency rule or its underlying rationales.

The accused was convicted of two counts of second degree murder. His convictions were based, in part, on two out-of-court statements made by his spouse C. She had disclosed to the police that some time before their marriage, she had been the accused's Christian volunteer counsellor in prison where he was serving time on unrelated offences and that during the course of the counselling, he had confided in her that he had murdered two women. The first statement was audiotaped and the second videotaped, but neither statement was made under oath. At the time C gave the two statements she was living estranged from the accused. The couple reconciled shortly after and, at the time of trial, their marriage was valid and subsisting. As C was not a competent or compellable witness for the Crown, the trial judge, based on the authority of this Court's decision *Hawkins*, admitted C's hearsay statements under the principled exception to the hearsay rule having found

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

David Raymond Couture *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. COUTURE

Référence neutre : 2007 CSC 28.

N^o du greffe : 30975.

2006 : 15 mai; 2007 : 15 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner — Admission en preuve par la juge du procès des déclarations extrajudiciaires faites à la police par la conjointe de l'accusé durant le mariage — Ces déclarations sont-elles admissibles à titre d'exception raisonnée à la règle du ouï-dire? — L'admission des déclarations irait-elle à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou de ses fondements?

L'accusé a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré. Ses condamnations reposent en partie sur deux déclarations extrajudiciaires faites par sa conjointe, C. Celle-ci avait révélé à la police que, bien avant d'épouser l'accusé, elle avait été sa conseillère chrétienne bénévole pendant son incarcération pour des infractions non liées aux meurtres et qu'il lui avait confié, dans ce contexte, avoir tué deux femmes. La première déclaration avait été enregistrée au magnétophone et la deuxième sur bande vidéo, mais aucune n'avait été faite sous serment. À l'époque où C a fait ces déclarations, elle avait quitté l'accusé. Ils se sont réconciliés peu de temps après et, au moment du procès, ils étaient toujours mariés et leur mariage était valide. Comme C n'était ni habile à témoigner ni contraignable pour le ministère public, la juge du procès s'est fondée sur l'arrêt de la Cour dans *Hawkins* pour admettre les déclarations relatées émanant de C

that both necessity and threshold reliability had been met. The Court of Appeal distinguished *Hawkins*, ruled the statements inadmissible, set aside the convictions, and ordered a new trial. The sole question before this Court concerns the admissibility of C's out-of-court statements. The Crown contends that, as a matter of principle, this Court has ruled in *Hawkins* that the spousal incompetency rule does not extend to a spouse's out-of-court statements and, because necessity is made out by reason of the spouse's incompetency, any out-of-court statement from the spouse may be admitted under the principled exception to the hearsay rule, provided that it is sufficiently reliable.

Held (Bastarache, Deschamps, Abella, and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ.: The spouse's out-of-court statements are inadmissible because their admission under the principled exception to hearsay would, in the circumstances of this case, undermine the spousal incompetency rule and its underlying rationales. Unless there is good reason to modify an established common law rule, the modern approach to hearsay should be applied in a manner which preserves and reinforces the integrity of the traditional rules of evidence. Here, the approach advocated by the Crown and adopted by the trial judge must be rejected. This approach represents a drastic change in the role played by the spouse in criminal law trials and such a substantial reform of the spousal incompetency rule is a matter better left for Parliament. Moreover, this approach is not consistent with *Hawkins*. *Hawkins* was based on its own particular fact situation and did not create a broad exception that would admit all out-of-court statements made by spouses on the basis of threshold reliability alone. Reliability alone cannot overcome the rule because spousal incompetency is not based on any concern about the reliability of a spouse's testimony. The evidence is excluded, not because it lacks probative value but, rather, on policy grounds based on broader social interests. In addition, *Hawkins* indicates that regard must also be had to the particular circumstances of the case to determine whether the admission of the evidence would undermine the spousal incompetency rule. [51] [54-55] [62]

Accordingly, hearsay evidence may be admitted under the principled approach if it meets the twin

suit l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, après avoir conclu que les critères de la nécessité et de la fiabilité étaient remplis. La Cour d'appel a établi une distinction avec l'affaire *Hawkins*, conclu à l'inadmissibilité des déclarations, annulé les condamnations et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La seule question dont la Cour est saisie est l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de C. Le ministère public prétend que, dans *Hawkins*, la Cour a statué, sur le plan des principes, que la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner ne s'applique pas à ses déclarations extrajudiciaires et que, la nécessité étant établie du fait de l'incapacité du conjoint à témoigner, toute déclaration extrajudiciaire de celui-ci pourrait être admise suivant l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, à condition d'être suffisamment fiable.

Arrêt (les juges Bastarache, Deschamps, Abella et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron : Les déclarations extrajudiciaires de la conjointe sont inadmissibles parce que, dans les circonstances de l'espèce, leur admission suivant l'exception raisonnée à la règle du oui-dire irait à l'encontre de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner et de ses fondements. À moins qu'il n'existe une bonne raison de modifier une règle de common law bien établie, la méthode d'analyse moderne en matière de oui-dire devrait être appliquée d'une façon qui préserve et renforce l'intégrité des règles de preuve traditionnelles. En l'espèce, le raisonnement préconisé par le ministère public et retenu par la juge du procès doit être rejeté. Cette approche modifierait radicalement le rôle du conjoint dans les procès criminels et il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter une modification aussi importante à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. De plus, elle n'est pas compatible avec *Hawkins*. L'arrêt *Hawkins* s'appuyait sur les faits propres à l'affaire et n'a pas créé une exception générale permettant l'admission de toutes les déclarations extrajudiciaires des conjoints répondant au seul critère du seuil de fiabilité. La fiabilité ne peut à elle seule faire échec à la règle puisque l'incapacité du conjoint à témoigner ne repose sur aucune préoccupation touchant la fiabilité de son témoignage. La preuve est exclue, non pas parce qu'elle n'est pas suffisamment probante, mais pour des motifs de principe fondés sur des intérêts sociaux plus généraux. De plus, *Hawkins* indique qu'il faut également tenir compte des circonstances particulières de l'affaire pour décider si l'admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. [51] [54-55] [62]

Par conséquent, la preuve par oui-dire peut être admise suivant la méthode d'analyse raisonnée si elle

criteria of necessity and reliability and if its admission would not undermine the spousal incompetency rule or its rationales. Consideration of the rule is not a matter of residual discretion. Since the rule is based on rationales that are unconnected to the reliability concerns arising from the hearsay nature of the evidence, the spousal incompetency inquiry must be kept analytically distinct from the hearsay inquiry. In the spousal competency inquiry, the circumstances surrounding the creation of the evidence are a relevant consideration and, in considering whether the admission of the evidence would undermine the spousal incompetency rule or its underlying rationales, the inquiry should not be focussed on the individual marriage. The rule is triggered by the very existence of a valid and subsisting marriage. Unless the accused and the spouse are irreconcilably separated, the extent to which there is marital harmony or marital discordance in the particular marriage is irrelevant. The question rather is whether, from an objective standpoint, the operation of the principled exception to the hearsay rule in the particular circumstances of the case would be disruptive of marital harmony or give rise to the natural repugnance resulting from one spouse testifying against the other. Here, the Court of Appeal was correct to distinguish *Hawkins*. The operation of the principled approach to the hearsay rule would effectively thwart the spousal competency rule and, consequently, cannot provide a basis for admitting the evidence in this case. [63-66] [70-71]

There is a second basis for distinguishing *Hawkins*. While the Crown has established necessity because C is neither competent nor compellable to testify for the prosecution, her statements were not sufficiently reliable to warrant admission under the principled exception to the hearsay rule. First, the trial judge erred in finding that the three witnesses upon whom she relied provided any corroborative evidence. Independent evidence that supports the truth of an assertion is corroborative. The fact that C may have disclosed similar information to others is neither independent nor supportive of the truth of her assertions about the accused's involvement in the murders. Second, the trial judge did not apply the correct test. A trial judge must start from the premise that the statements are presumptively inadmissible and then search for indicia of trustworthiness that can overcome the general exclusionary rule. Here, the trial judge reversed the onus. She also failed to consider whether the admission of the evidence under the principled approach would undermine the spousal incompetency rule or its rationales. In light of these errors, the trial judge's ruling is not entitled to

satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité et si son admission ne porte pas atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ni à ses fondements. L'examen dicté par cette règle ne relève pas du pouvoir discrétionnaire résiduel. Étant donné que la règle repose sur des justifications sans lien avec les problèmes de fiabilité liés à la nature du oui-dire, la question de l'inhabilité du conjoint doit être tenue analytiquement séparée de celle du oui-dire. Lorsqu'on examine la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner, les circonstances entourant la constitution de la preuve sont pertinentes et, lorsqu'il s'agit de savoir si l'admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements, l'examen ne devrait pas être axé sur le mariage précis en cause. L'application de la règle est déclenchée par la seule existence d'un mariage valide et toujours existant. À moins que la personne accusée et son conjoint ne soient irrémédiablement séparés, la mesure dans laquelle l'harmonie ou la mésentente règne dans le mariage précis en cause n'a aucune pertinence. Il s'agit plutôt de savoir si, d'un point de vue objectif, l'application de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire dans les circonstances particulières de l'affaire romprait l'harmonie conjugale ou engendrerait la répugnance naturelle à voir les conjoints témoigner l'un contre l'autre. La Cour d'appel a eu raison d'établir une distinction avec l'affaire *Hawkins*. L'application de la méthode d'analyse raisonnée du oui-dire ferait en réalité échec à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ne peut, par conséquent, justifier l'admission de la preuve en l'espèce. [63-66] [70-71]

L'affaire *Hawkins* doit être distinguée à un deuxième égard. Bien que le ministère public ait établi la nécessité du fait que C n'est ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant, ses déclarations n'étaient pas suffisamment fiables pour justifier leur admission suivant l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. Premièrement, la juge du procès a eu tort de conclure que les trois témoins sur lesquels elle s'est appuyée ont fourni une preuve corroborante. Une preuve indépendante qui atteste la véracité d'une affirmation est une preuve corroborante. Le fait que C ait pu révéler des renseignements semblables à d'autres personnes ne constitue pas une preuve indépendante et n'atteste pas la véracité de ses affirmations concernant l'implication de l'accusé dans les meurtres. Deuxièmement, la juge du procès n'a pas appliqué le bon critère. Le juge du procès doit, au départ, considérer que les déclarations sont présumées inadmissibles, puis se mettre à la recherche d'indices de fiabilité permettant de surmonter la règle de l'exclusion générale. En l'occurrence, la juge du procès a inversé le fardeau de la preuve. Elle a aussi omis de se demander si l'admission de la preuve suivant

deference and it is open to this Court to come to its own conclusion on the question of admissibility. [5] [72] [79] [83] [85-86]

The criterion of reliability is usually met either because of the way in which the statement came about, its contents are trustworthy, or where circumstances permit the ultimate trier of fact to sufficiently assess its worth. In the circumstances of this case, absent the opportunity to cross-examine C, there is no basis upon which a court could find that there are adequate substitutes for testing the accuracy and truth of C's statements. Neither statement was given under oath and the first statement — the pivotal one — was not videotaped. Although the police videotaped the second statement, C did not repeat the crucial evidence in that statement. Because of the exigencies of the spousal incompetency rule, it is not open to the Crown, which bears the onus of showing that there are adequate substitutes, to rely on the accused's ability to cross-examine his spouse as his own witness in order to meet its burden on the admissibility inquiry. The accused, in order to properly test the evidence put against him, would be forced to confront his spouse in cross-examination and, ultimately, also risk being convicted on the basis of her evidence. This approach would clearly undermine the rationales underlying the spousal incompetency rule and therefore cannot be countenanced by this Court. Moreover, there is nothing about the statements themselves that compels one to trust their truth and accuracy in this untested form. [80] [89-91] [94] [101]

Per Bastarache, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): This appeal raises the question of the impact of the spousal incompetency rule on the principled approach to the admission of hearsay evidence. This Court resolved this issue in *Hawkins* by finding that the rule does not affect the necessity and reliability assessment but can be considered as a part of a trial judge's residual discretion to exclude hearsay where to admit a spouse's statements would result in "unfairness" to the accused. The majority's reasons effectively endorse the dissent in *Hawkins*. The majority reasons are also a departure from this Court's previous rulings regarding what gives hearsay evidence circumstantial indicia of reliability that would allow it to be admitted under the principled approach to hearsay. [104]

la méthode d'analyse raisonnée porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements. Compte tenu de ces erreurs, il n'y a pas lieu de faire montre de retenue à l'égard de la décision de la juge du procès, et notre Cour peut tirer sa propre conclusion sur la question de l'admissibilité. [5] [72] [79] [83] [85-86]

Une déclaration répond habituellement au critère de la fiabilité si son contenu est fiable en raison de la manière dont elle a été faite ou si les circonstances permettent au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. En l'espèce, vu l'impossibilité de contre-interroger C, rien ne permettrait à un tribunal de conclure à l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la véracité et l'exactitude de ses déclarations. Aucune de ces déclarations n'a été faite sous serment et la déclaration essentielle — la première — n'a pas été enregistrée sur bande vidéo. La police a enregistré la deuxième déclaration sur bande vidéo, mais C n'y répète pas les éléments cruciaux de sa déposition. En raison des exigences de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, le ministère public, qui doit démontrer l'existence de substituts adéquats, ne peut s'appuyer sur le droit de l'accusé de contre-interroger son conjoint comme son propre témoin, pour s'acquitter de son fardeau d'établir l'admissibilité. Pour vérifier convenablement la preuve déposée contre lui, l'accusé se verrait obligé de confronter sa conjointe en contre-interrogatoire et risquerait, finalement, d'être déclaré coupable sur la foi de son témoignage. Cette façon de procéder irait manifestement à l'encontre des fondements de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ne saurait être admise par notre Cour. En outre, aucun élément relatif aux déclarations elles-mêmes ne porte à croire irrésistiblement à leur véracité et à leur exactitude sous cette forme non vérifiée. [80] [89-91] [94] [101]

Les juges Bastarache, Deschamps, Abella et Rothstein (dissidents) : Le pourvoi concerne l'incidence de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner sur la méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. Dans *Hawkins*, notre Cour a tranché la question en concluant que cette règle n'a aucun effet sur l'appréciation de la nécessité et de la fiabilité, mais peut être considérée comme relevant du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'exclure une preuve par ouï-dire, lorsque l'admission des déclarations du conjoint entraînerait une « iniquité » envers l'accusé. Les motifs des juges majoritaires approuvent en fait l'opinion dissidente dans *Hawkins*. Ils s'écartent aussi des précédents de notre Cour sur les éléments qui confèrent à la preuve par ouï-dire la fiabilité circonstancielle voulue pour qu'elle soit admise suivant la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire. [104]

The trial judge proceeded on the correct assumption that the judgment of this Court in *Hawkins* determined the principles to be applied when the issue is an out-of-court statement of a spouse. The Crown has established necessity because C is neither competent nor compellable to testify for the prosecution. With respect to the second requirement, reliability is satisfied where the hearsay statement is made in circumstances which provide sufficient guarantees of its trustworthiness. While the importance of an oath and cross-examination cannot be disputed, their availability is not the *sine qua non* of admissibility under the principled approach to hearsay. To place too much focus on their absence as a reason for excluding hearsay statements may have the effect of leaving a witness's otherwise reliable and relevant evidence altogether unutilized. In this case, the trial judge made a reasonable factual finding that C's statements met threshold reliability. She noted the importance of both an oath and a cross-examination, and their absence in relation to C's hearsay evidence. However, after listening to the audiotape of the first statement, watching the videotape of the second interview, reading the transcripts of both interviews and hearing from the police officers who conducted the interviews, she concluded that the hearsay dangers of coercion, leading questions or other investigatory misconduct on the part of the police were not present during either statement and that the statements were made voluntarily and without suggestion. The trial judge also concluded on the basis of the evidence at the *voir dire* that C had no motive to mislead. The trial judge applied the correct test for determining threshold reliability and placed the onus on the Crown to establish that C's statements met that threshold. In the end, her reasons demonstrate that she accepted facts which constitute sufficient indicia to conclude that C's statements met threshold reliability. Lastly, it is not open to the Crown to rely on the accused's exclusive right to call the spouse as a witness in order to meet its burden of proving threshold reliability on the admissibility inquiry. However, the trial judge's finding of reliability in no way hung upon the accused's opportunity to call C at trial. [106] [112-113] [116-117] [119-120] [129] [132-133]

Under the principled approach to the admission of out-of-court statements, even where a particular hearsay statement satisfies the criteria for necessity and reliability, the hearsay statement remains subject to the trial judge's residual discretion to exclude a statement where its probative value is slight and undue prejudice might

La juge du procès a tenu pour acquis, à juste titre, que l'arrêt *Hawkins* de notre Cour a établi les principes applicables lorsque l'objet du litige est la déclaration extrajudiciaire d'un conjoint. Le ministère public a établi la nécessité du fait que C n'est ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant. En ce qui a trait au deuxième critère, l'exigence de fiabilité est remplie si la déclaration relatée a été faite dans des circonstances qui fournissent des garanties suffisantes de sa véracité. Bien que l'importance du serment et du contre-interrogatoire soit incontestable, ces éléments ne constituent pas des conditions *sine qua non* de l'admissibilité suivant la méthode d'analyse raisonnée du oui-dire. Trop s'appuyer sur leur absence pour exclure de telles déclarations peut mener à la non-utilisation pure et simple du témoignage par ailleurs fiable et pertinent d'un témoin. En l'espèce, la juge du procès a tiré une conclusion de fait raisonnable en statuant que les déclarations de C satisfaisaient au critère du seuil de fiabilité. Elle a souligné l'importance tant du serment que du contre-interrogatoire, et leur absence en ce qui concerne la preuve par oui-dire émanant de C. Toutefois, après avoir écouté la bande sonore de la première déclaration, visionné la bande vidéo de la deuxième entrevue, lu les transcriptions des deux entrevues déposées en preuve comme pièces et entendu les policiers qui ont procédé aux entrevues, elle a conclu dans le cas des deux déclarations, à l'absence des dangers associés au oui-dire que sont la coercition, les questions suggestives ou d'autres manquements de la part des enquêteurs, et que C avait fait ses déclarations volontairement et sans qu'on les lui suggère. La juge du procès a aussi conclu, à partir de la preuve présentée lors du voir-dire, que C n'avait aucune raison de travestir les faits. La juge du procès a appliqué le bon critère pour déterminer le seuil de fiabilité et elle a attribué au ministère public le fardeau d'établir que les déclarations de C satisfaisaient à ce critère. En bout de ligne, il ressort de ses motifs qu'elle a admis des faits qui constituent des indices suffisants pour conclure que les déclarations de C répondaient au critère du seuil de fiabilité. Enfin, le ministère public ne peut s'appuyer sur le droit exclusif de l'accusé de citer son conjoint comme témoin pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe d'établir le seuil de fiabilité lors de l'examen de l'admissibilité. Cependant, la conclusion de la juge du procès concernant la fiabilité ne tenait pas au fait que l'accusé avait la possibilité d'appeler C à témoigner au procès. [106] [112-113] [116-117] [119-120] [129] [132-133]

Selon la méthode d'analyse raisonnée en matière d'admissibilité des déclarations extrajudiciaires, même dans le cas où une déclaration relatée particulière satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, elle demeure assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel du juge de l'exclure lorsque sa valeur probante est faible

result to the accused. It is at this stage that a policy consideration justifying the spousal incompetency rule may have an impact on the admissibility of an accused's spouse's out-of-court statements. The reasons of the trial judge in this case do not indicate that she considered any potential harm to the couple's marital harmony in finding the statements admissible. However, it also appears from the record that the accused never raised the issue or tendered any evidence on this point. A trial judge is not obliged to address a potential issue that the parties have not raised. Where evidence is led on the issue, the "unfairness" inquiry requires an assessment of whether the admission of the hearsay statement will jeopardize the accused's marital harmony. When the marriage took place is irrelevant. Here, the admission of the hearsay statements would not result in such "unfairness". The evidence indicates that the parties reconciled despite the accused knowing that his wife gave voluntary statements to the police. Their marital bond remained intact up to and including the time of trial. Any threat to the couple's marital harmony would have occurred at the time when the accused discovered that his wife voluntarily approached the police. If this did not jeopardize the couple's relationship, it is difficult to see how admitting C's hearsay statements into evidence at trial would do so. [134] [139] [141-142] [144]

The extent to which the spousal testimonial incompetency rule may preclude the admission of otherwise admissible hearsay statements must be considered in the context of the rationale that weighs heavily in support of admitting the evidence: the fact that a trial is primarily a truth-seeking inquiry. This consideration supports limiting the impact of the rule on the assessment of hearsay admissibility to the analytical framework set out by the majority in *Hawkins*. [150]

Cases Cited

By Charron J.

Distinguished: *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; **referred to:** *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. McGinty* (1986), 1 Y.R. 27; *Lloyd v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 645; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Hawkins v. United States*, 358 U.S. 74 (1958); *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R.

et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. C'est à cette étape qu'une considération de principe justifiant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut avoir une incidence sur l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires du conjoint d'un accusé. Les motifs de la juge du procès en l'espèce n'indiquent pas qu'elle a envisagé la possibilité d'une atteinte à l'harmonie conjugale du couple lorsqu'elle a conclu à l'admissibilité des déclarations. En revanche, il ressort également du dossier que l'accusé n'a jamais soulevé la question ni produit une preuve quelconque en ce sens. Le juge du procès n'est pas tenu d'aborder une question éventuelle que les parties n'ont pas soulevée. Lorsqu'une preuve est produite à cet égard, l'examen relatif à l'« iniquité » doit comprendre une appréciation de la question de savoir si l'admission de la déclaration relatée mettra en péril l'harmonie conjugale de l'accusé. Le moment où le mariage a été célébré n'a aucune importance. En l'espèce, l'admission des déclarations relatées n'entraînerait pas une telle « iniquité ». La preuve révèle que les parties se sont réconciliées même si l'accusé savait que son épouse avait fait des déclarations volontaires à la police. Leur lien matrimonial est demeuré intact jusqu'au procès, et même pendant celui-ci. S'il y a un moment où l'harmonie conjugale du couple aurait pu être menacée, c'est quand l'accusé a découvert que son épouse s'était volontairement adressée à la police. Si cela n'a pas mis leur couple en péril, il est difficile de voir comment l'admission en preuve au procès de la déclaration relatée de C aurait cet effet. [134] [139] [141-142] [144]

La mesure dans laquelle la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut empêcher l'admission de déclarations relatées par ailleurs admissibles doit être examinée dans le contexte du principe qui commande fortement l'admission d'une telle preuve : le procès est avant tout un exercice de recherche de la vérité. Cette considération justifie qu'on limite l'incidence de la règle sur l'appréciation de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire au cadre analytique établi par les juges majoritaires dans *Hawkins*. [150]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; **arrêts mentionnés :** *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. McGinty* (1986), 1 Y.R. 27; *Lloyd c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 645; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Hawkins c. United States*, 358 U.S. 74 (1958); *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *R. c. Khelawon*, [2006] 2

787, 2006 SCC 57; *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

By Rothstein J. (dissenting)

R. v. Hawkins, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57; *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Jean* (1979), 7 C.R. (3d) 338, aff'd [1980] 1 S.C.R. 400; *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4.
Crimes Act 1958 (Vic.), s. 400.

Authors Cited

Canada. Law Commission. *Beyond Conjuality: Recognizing and supporting close personal adult relationships*. Ottawa: The Commission, 2001.

Manson, Allan. *Spousal Testimony in Criminal Cases in Canada*. A Report for the Law Commission of Canada, September 2001.

Sankoff, Peter. "Spousal Incompetence and the Principled Approach to Hearsay Admissibility: When Ancient and Modern Doctrines Collide" (2006), 35 C.R. (6th) 43.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.

Stewart, Hamish. "Spousal Incompetency and the Charter" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 411.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Esson, Southin and Oppal J.J.A.) (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 211 B.C.A.C. 213, 349 W.A.C. 213, [2005] B.C.J. No. 748 (QL), 2005 BCCA 205, setting aside the

R.C.S. 787, 2006 CSC 57; *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

R. c. Hawkins, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57; *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Jean* (1979), 7 C.R. (3d) 338, conf. par [1980] 1 R.C.S. 400; *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76.

Lois et règlements cités

Crimes Act 1958 (Vic.), art. 400.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 4.

Doctrine citée

Canada. Commission du droit. *Au-delà de la conjugalité : La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*. Ottawa : La Commission, 2001.

Manson, Allan. *Témoignage d'un conjoint dans les causes criminelles au Canada*. Un rapport préparé pour la Commission du droit du Canada, septembre 2001.

Sankoff, Peter. « Spousal Incompetence and the Principled Approach to Hearsay Admissibility : When Ancient and Modern Doctrines Collide » (2006), 35 C.R. (6th) 43.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont. : Butterworths, 1999.

Stewart, Hamish. « Spousal Incompetency and the Charter » (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 411.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little, Brown & Co., 1974.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Esson, Southin et Oppal) (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 211 B.C.A.C. 213, 349 W.A.C. 213, [2005] B.C.J. No. 748 (QL), 2005 BCCA 205, qui a annulé les déclarations de

accused's convictions and ordering a new trial. Appeal dismissed, Bastarache, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. dissenting.

Bruce Johnstone, for the appellant.

Susan M. Coristine and *M. Kevin Woodall*, for the respondent.

Jamie C. Klukach, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

¹ David Couture was convicted of two counts of second degree murder in respect of the 1986 killings of his ex-girlfriend Darlinda Lee Ritchey and her friend Karen Ann Baker. His convictions were based, in part, on two out-of-court statements made by his spouse Darlene Couture to the police in 1997. In her statements, Darlene Couture disclosed that in 1989, some time before their marriage, she had been Mr. Couture's Christian volunteer counsellor in prison where he was serving time on unrelated offences and that during the course of the counselling, he had confided in her that he had murdered the two women. This appeal turns on the admissibility of the spouse's out-of-court statements under the principled exception to the hearsay rule.

² At the time Mrs. Couture gave the two statements to the police she was living estranged from Mr. Couture. The couple reconciled shortly after and, at the time of trial, their marriage was valid and subsisting. Under the common law rule, a spouse is an incompetent witness in criminal proceedings in which the other spouse is an accused, except where the charge involves the person, liberty or health of the witness spouse. Further exceptions to the incompetency rule are created by statute under s. 4 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. None of the common law or statutory

culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache, Deschamps, Abella et Rothstein sont dissidents.

Bruce Johnstone, pour l'appelante.

Susan M. Coristine et *M. Kevin Woodall*, pour l'intimé.

Jamie C. Klukach, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish et Charron rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

David Couture a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré relativement aux meurtres de son ex-petite amie, Darlinda Lee Ritchey, et de l'amie de celle-ci, Karen Ann Baker, survenus en 1986. Ses condamnations reposent en partie sur deux déclarations extrajudiciaires faites à la police par sa conjointe, Darlene Couture, en 1997. Dans ses déclarations, elle a révélé que, bien avant d'épouser M. Couture, elle avait été sa conseillère chrétienne bénévole pendant son incarcération pour des infractions non liées aux meurtres, en 1989, et qu'il lui avait confié, dans ce contexte, avoir tué les deux femmes. Le pourvoi porte sur l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de la conjointe suivant l'exception raisonnée à la règle du oui-dire.

À l'époque où M^{me} Couture a fait ses deux déclarations à la police, elle avait quitté M. Couture. Ils se sont réconciliés peu de temps après. Au moment du procès, ils étaient toujours mariés et leur mariage était valide. Selon la règle de common law, le conjoint d'une personne accusée dans une procédure criminelle est inhabile à témoigner dans cette procédure, sauf si l'accusation concerne la personne, la liberté ou la santé du conjoint témoin. Des exceptions légales à la règle de l'inhabilité à témoigner sont par ailleurs prévues par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985,

exceptions applies in this case and, therefore, Mrs. Couture was neither competent nor compellable to testify for the prosecution.

Based on the authority of this Court's decision in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, the trial judge admitted Mrs. Couture's hearsay statements under the principled exception to the hearsay rule. Following his trial before a judge sitting without a jury, Mr. Couture was convicted on both counts of second degree murder. On appeal, the British Columbia Court of Appeal distinguished *Hawkins*, ruled the statements inadmissible, set aside the convictions, and ordered a new trial. The Crown appeals from this order.

The sole question before this Court concerns the admissibility of Mrs. Couture's out-of-court statements. At issue is the scope of this Court's majority ruling in *Hawkins* holding that a spouse's preliminary hearing testimony, given before her marriage to the accused, was admissible under the principled exception to the hearsay rule. The Crown contends that, as a matter of principle, this Court has ruled in *Hawkins* that the spousal incompetency rule does not extend to a spouse's out-of-court statements. Hence, it is argued, because necessity is made out by reason of the spouse's incompetency, any out-of-court statement from the spouse may be admitted under the principled exception to the hearsay rule, provided that it is sufficiently reliable. The trial judge adopted this approach in ruling Mrs. Couture's statements admissible.

Mr. Couture disagrees with the Crown's interpretation of this Court's decision in *Hawkins*. He submits that, unlike *Hawkins*, which was based on unusual circumstances, the ruling sought in this case would be of broad application and would dramatically alter the role of the spouse in the criminal justice system. This approach, he argues, would be inconsistent with the unanimous holding in

ch. C-5. Aucune exception prévue par la common law ou par la loi ne s'applique en l'espèce. Par conséquent, M^{me} Couture n'était ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant.

S'appuyant sur un arrêt de notre Cour, *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, la juge du procès a admis les déclarations relatées de M^{me} Couture comme relevant de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. À l'issue de son procès devant un juge siégeant sans jury, M. Couture a été déclaré coupable des deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré. En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établi une distinction entre la présente affaire et l'affaire *Hawkins*, conclu à l'inadmissibilité des déclarations, annulé les condamnations et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public se pourvoit contre cette ordonnance.

La seule question dont nous sommes saisis est l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de M^{me} Couture. Il s'agit de préciser la portée de la décision de la majorité de notre Cour dans *Hawkins*, selon laquelle le témoignage fourni par la conjointe à l'enquête préliminaire, avant son mariage avec l'accusé, était admissible parce qu'il relevait de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. Le ministère public prétend que, dans *Hawkins*, la Cour a statué, sur le plan des principes, que la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner ne s'applique pas à ses déclarations extrajudiciaires. Selon lui, la nécessité étant établie du fait de l'incapacité du conjoint à témoigner, toute déclaration extrajudiciaire de celui-ci pourrait être admise en application de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, à condition d'être suffisamment fiable. La juge du procès a retenu ce raisonnement pour conclure à l'admissibilité des déclarations de M^{me} Couture.

M. Couture est en désaccord avec le ministère public sur l'interprétation de la décision de notre Cour dans *Hawkins*. Il fait valoir que, contrairement à cet arrêt, qui reposait sur des circonstances exceptionnelles, la décision recherchée en l'espèce recevrait une application large et changerait radicalement le rôle du conjoint dans le système de justice pénale. Selon lui, cette approche serait

3

4

5

Hawkins that any substantial reform of the rule was a matter better left for Parliament. He therefore submits that the British Columbia Court of Appeal was correct to distinguish *Hawkins* and to rule Mrs. Couture's statements inadmissible, not only on the basis that their admission would violate the spirit of the spousal incompetency rule, but also because they were not sufficiently reliable to warrant admission under the principled exception to the hearsay rule.

6

In my view, the approach advocated by the Crown and adopted by the trial judge is inconsistent with this Court's decision in *Hawkins*. The Court was unanimous in upholding the common law rule of spousal incompetency. The Court was divided, however, on the question of whether the admission of the spouse's preliminary hearing testimony, given before the marriage in relation to the same charges, would violate the spirit of the spousal incompetency rule. The majority, for different reasons expressed in three concurring judgments, was of the view that it did not. The minority, on the other hand, concluded that the facts did not permit the use of a principled exception to the hearsay rule. In applying the principled exception to the hearsay rule, however, the majority did not ignore the spousal incompetency rule and its underlying policy. Rather, it took great pain to explain how the admission of the evidence in the circumstances of that case would not undermine the rationale for the rule.

7

For reasons that follow, I conclude that the admission of the spouse's out-of-court statements would violate the spousal incompetency rule in this case. Consequently, the British Columbia Court of Appeal was correct in holding that this case is distinguishable from *Hawkins* and in ruling the spouse's out-of-court statements inadmissible. I would therefore dismiss the appeal.

incompatible avec la conclusion unanime, formulée dans *Hawkins*, selon laquelle il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à la règle. Il soutient donc que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison d'établir une distinction avec l'affaire *Hawkins* et de conclure à l'inadmissibilité des déclarations de M^{me} Couture, non seulement parce que leur admission irait à l'encontre de l'esprit de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner, mais aussi parce qu'elles n'étaient pas suffisamment fiables pour justifier leur admission suivant l'exception raisonnée à la règle du oui-dire.

À mon avis, le raisonnement préconisé par le ministère public et retenu par la juge du procès est incompatible avec l'arrêt de notre Cour dans *Hawkins*. La Cour a confirmé à l'unanimité la validité de la règle de common law établissant l'incapacité du conjoint à témoigner. La Cour était cependant divisée sur la question de savoir si l'admission du témoignage fourni par la conjointe avant son mariage, à l'enquête préliminaire relativement aux mêmes accusations, irait à l'encontre de l'esprit de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Les juges majoritaires, pour des motifs différents exposés dans trois jugements concourants, estimaient que ce n'était pas le cas. Par contre, les juges minoritaires ont conclu que les faits ne permettaient pas d'invoquer une exception raisonnée à la règle du oui-dire. En appliquant une telle exception, les juges majoritaires n'ont toutefois pas fait abstraction de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner et de sa politique sous-jacente. Au contraire, ils ont pris grand soin d'expliquer pourquoi l'admission de la preuve dans les circonstances de cette affaire ne porterait pas atteinte au fondement de cette règle.

Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'admission des déclarations extrajudiciaires de la conjointe en l'espèce violerait la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc eu raison de statuer que la présente affaire se distingue de l'affaire *Hawkins* et que les déclarations extrajudiciaires de la conjointe étaient inadmissibles. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

2. The Proceedings Below

2.1 *The Evidence at Trial*

David Couture was charged with two counts of second degree murder. His trial was held before Morrison J. of the Supreme Court of British Columbia, sitting without a jury. On July 3, 2003, he was convicted on both counts and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 16 years: [2003] B.C.J. No. 3209 (QL), 2003 BCSC 2026.

The crimes were committed years earlier. The victims, Darlinda Lee Ritchey and Karen Ann Baker, were last seen alive on September 12, 1986. Their badly decomposed bodies were found in December 1986. No cause of death could be determined. There were no eyewitnesses to the murders nor was there any forensic evidence linking Mr. Couture to the crimes. The case for the prosecution was based in large part on circumstantial evidence. Of particular relevance was the fact that Darlinda and Mr. Couture had been dating and living together before the murders occurred. There was considerable evidence that their relationship had been a stormy one, that Mr. Couture had been abusive to Darlinda, and that shortly before her disappearance she had been attempting to leave the relationship. Karen had been a friend of Darlinda.

The case for the Crown was also based on incriminating admissions made by Mr. Couture to several persons, including to his prison Christian counsellor Darlene Schwab (later to become his spouse Darlene Couture) in 1989. The alleged confession to Darlene is the only evidence of relevance to this appeal. It was adduced at trial in the form of two out-of-court statements made by Darlene Couture to the police in 1997. There is no question that there must be a new trial if this Court finds that this evidence was admitted in error. Since I have concluded that the out-of-court statements are inadmissible, I will not review the evidence at trial or the reasons for conviction. I will only summarize the evidence and ruling on the *voir dire*

2. Les instances inférieures

2.1 *La preuve produite au procès*

David Couture devait répondre à deux accusations de meurtre au deuxième degré. Son procès a eu lieu devant la juge Morrison de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, siégeant sans jury. Le 3 juillet 2003, il a été déclaré coupable des deux accusations et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 16 ans : [2003] B.C.J. No. 3209 (QL), 2003 BCSC 2026.

Les crimes avaient été commis longtemps auparavant. Les victimes, Darlinda Lee Ritchey et Karen Ann Baker, ont été vues vivantes pour la dernière fois le 12 septembre 1986. On a retrouvé leurs corps en état de décomposition avancée en décembre 1986. La cause du décès n'a pas pu être déterminée. Aucun témoin oculaire des meurtres ni aucun élément de preuve criminalistique reliant M. Couture aux crimes n'ont été présentés. La preuve du poursuivant était surtout circonstancielle. Le fait que Darlinda et M. Couture s'étaient fréquentés et avaient vécu ensemble avant les meurtres était particulièrement pertinent. De nombreux éléments de preuve indiquaient que leur relation avait été orageuse, que M. Couture avait été violent envers Darlinda et que, peu de temps avant sa disparition, elle avait voulu mettre fin à leur relation. Karen était une amie de Darlinda.

La preuve du ministère public reposait également sur des aveux incriminants que M. Couture avait faits, en 1989, à plusieurs personnes, dont sa conseillère chrétienne bénévole en milieu carcéral, Darlene Schwab (qui est devenue plus tard Darlene Couture en l'épousant). L'aveu allégué à Darlene est le seul élément de preuve en cause dans le pourvoi. Il a été produit au procès sous la forme de deux déclarations extrajudiciaires faites à la police par Darlene Couture en 1997. Il est clair qu'un nouveau procès devra être tenu si notre Cour conclut que cet élément de preuve a été admis à tort. Ayant conclu à l'inadmissibilité de ces déclarations extrajudiciaires, je n'examinerai pas la preuve produite au procès ni les motifs de la condamnation. Je me

8

9

10

relating to the admissibility of these hearsay statements.

2.2 *The Evidence on the Voir Dire*

11 Most of the evidence about the relationship between Darlene Couture and David Couture comes from the contents of the statements themselves. Darlene Couture met Mr. Couture in 1989 at a prison where she was acting as a Christian volunteer counsellor for the inmates. Mr. Couture was serving a sentence for unrelated charges. At the time, Darlene was married to Dennis Schwab, with whom she had two daughters and one stepdaughter. During the course of the first counselling session, Mr. Couture allegedly confessed to her that he had killed Darlinda and Karen in 1986. He revealed that he had killed Darlinda because he was jealous, and Karen, who was in the same apartment at the time, because he wanted to silence her. He also allegedly confessed to committing sexual acts on both bodies after he killed them. Darlene continued to counsel Mr. Couture and to visit him regularly over the course of his imprisonment.

12 Later that year, Mr. Couture was placed on parole, one of the conditions being that he live at the Schwab home with Darlene and her family. He lived with them for 11 or 12 months. At one point he physically attacked Darlene, as a result of which Dennis Schwab asked Mr. Couture to leave. After Mr. Couture moved out of the Schwab family home, Darlene maintained a relationship with him. Darlene subsequently divorced her husband and on February 14, 1996, she married Mr. Couture.

13 On June 19, 1996, two RCMP officers visited Darlene and Mr. Couture's home regarding the ongoing double murder investigation. Mr. Couture was not home at the time and the officers spoke to Darlene. Darlene told the officers that all she knew of the homicides was that one of the victims was Mr. Couture's ex-girlfriends. She later explained in her statement to the police that she did not divulge anything to the officers because she had felt obliged, as a Christian counsellor, to keep Couture's confession confidential.

contenterai de résumer la preuve présentée et la décision rendue lors du voir-dire sur l'admissibilité des déclarations relatées.

2.2 *La preuve présentée lors du voir-dire*

La preuve concernant la relation entre Darlene Couture et David Couture vient principalement du contenu des déclarations elles-mêmes. Darlene Couture a rencontré M. Couture en 1989, dans un établissement carcéral où elle était conseillère chrétienne bénévole auprès des détenus. M. Couture y purgeait alors une peine pour des infractions non liées aux meurtres. À l'époque, Darlene était mariée à Dennis Schwab; elle avait deux filles de lui et une belle-fille. Au cours de sa première séance avec M. Couture, il lui aurait avoué avoir assassiné Darlinda et Karen en 1986. Il aurait tué Darlinda par jalousie et Karen, qui était dans l'appartement à ce moment-là, pour la réduire au silence. Il aurait également avoué s'être ensuite livré à des actes sexuels sur leurs deux cadavres. Darlene a continué à agir comme conseillère auprès de M. Couture et à lui rendre visite régulièrement tout au long de son incarcération.

Plus tard cette année-là, M. Couture a bénéficié d'une libération conditionnelle, dont l'une des conditions était qu'il habite chez les Schwab avec Darlene et sa famille. Il a vécu avec eux 11 ou 12 mois. À la suite d'un incident où il s'en est pris physiquement à Darlene, Dennis Schwab lui a demandé de s'en aller. Après que M. Couture eut quitté la maison des Schwab, Darlene a continué à entretenir une relation avec lui. Plus tard, elle a divorcé et elle a épousé M. Couture le 14 février 1996.

Le 19 juin 1996, deux agents de la GRC se sont rendus chez Darlene et M. Couture dans le cadre de l'enquête sur le double meurtre. M. Couture n'était pas à la maison à ce moment-là et les agents ont parlé à Darlene. Celle-ci a dit aux agents qu'elle ne savait rien au sujet des homicides, hormis le fait que l'une des victimes était l'ex-petite amie de M. Couture. Elle a plus tard expliqué dans sa déclaration à la police qu'elle n'avait alors rien révélé aux agents parce qu'elle s'était sentie obligée, en sa qualité de conseillère chrétienne, de préserver la confidentialité de l'aveu de M. Couture.

Both Jennifer Nickel (Darlene's daughter) and Jan van Cittert (a friend of Darlene and David Couture's) testified that Darlene informed them of the statements that Mr. Couture had made to her regarding the two murders. Jennifer testified that on several occasions she "encouraged her [mother] to do what was right" and go to the police. Jan van Cittert urged her to do the same. Darlene also sought advice from other church counsellors and was told that the information she had received from Mr. Couture was not privileged.

On August 21, 1997, Darlene called Jan van Cittert and met with him. He testified that she was upset and frightened and also testified that there were problems in her marriage and that there had been some incidents of spousal abuse. Darlene had left Mr. Couture a few days earlier and wanted to leave the marital home. Mr. van Cittert was aware that Darlene had received information from Mr. Couture about the murders and urged her to go to the police. Mr. van Cittert phoned the RCMP and arranged an appointment for the same day.

Mr. van Cittert drove Darlene to the RCMP station. Mr. van Cittert testified that before entering the police station he emphasized to Darlene that, for moral reasons, it was necessary for her to give a statement to the police. He testified that Darlene talked about being frightened but that she had agreed with him that it was important for her to make a statement.

Before the interview began, Sgt. Mogridge, the RCMP officer who interviewed Darlene on this occasion, explained to Darlene that as Mr. Couture's wife the Crown could not compel her to testify. There was evidence that Darlene was already aware of this. Darlene also expressed concern that her husband would find out she had spoken to the police. Sgt. Mogridge assured her he would only be sharing the information with the police from the North Vancouver department who were in charge of the murder investigation but that nothing further would be done without consulting her first.

Jennifer Nickel (la fille de Darlene) et Jan van Cittert (un ami de Darlene et David Couture) ont tous deux témoigné que Darlene les avait informés des déclarations que M. Couture lui avait faites concernant les deux meurtres. Jennifer a déclaré avoir, à plusieurs reprises, [TRADUCTION] « encouragé [sa mère] à faire ce qu'elle devait » et à communiquer avec la police. Jan van Cittert lui a vivement conseillé de faire de même. Darlene a également demandé l'avis d'autres conseillers d'église, qui lui ont répondu que les renseignements qu'elle avait reçus de M. Couture n'étaient pas confidentiels.

Le 21 août 1997, Darlene a appelé Jan van Cittert et l'a rencontré. Selon son témoignage, elle était bouleversée et effrayée, elle avait des problèmes conjugaux et elle avait vécu des incidents de violence conjugale. Darlene avait laissé M. Couture quelques jours plus tôt et voulait quitter le foyer conjugal. M. van Cittert savait que M. Couture avait parlé des meurtres à Darlene et l'a pressée d'aller voir la police. M. van Cittert a téléphoné à la GRC et a pris rendez-vous le jour même.

M. van Cittert a conduit Darlene au poste de la GRC. Il a témoigné qu'avant d'entrer dans le poste de police, il a rappelé à Darlene son devoir moral de faire une déclaration à la police. Darlene lui aurait dit avoir peur, mais elle aurait convenu avec lui qu'il était important qu'elle fasse une déclaration.

Avant de commencer l'entrevue, le sergent Mogridge de la GRC, qui a reçu Darlene à ce moment-là, lui a expliqué que le ministère public ne pouvait pas la contraindre à témoigner, parce qu'elle était la conjointe de M. Couture. La preuve indique qu'elle était déjà au courant. Elle a également dit craindre que son mari apprenne qu'elle avait parlé à la police. Le sergent Mogridge lui a assuré qu'il échangerait seulement les renseignements avec la police de North Vancouver qui enquêtait sur les meurtres, et que rien d'autre ne serait fait sans qu'elle soit d'abord consultée.

14

15

16

17

18 Sgt. Mogridge audio-recorded the statement but did not videotape it. The statement was not made under oath and when asked on cross-examination why he did not take a “*K.G.B.*” videotaped statement under oath, Sgt. Mogridge answered that he was taking a statement from a person who was married to a suspect, he was doing it for another department and it was not something that he had considered at the time. He also did not know what information Darlene had when he embarked on the interview.

19 A large part of the statement consists of Darlene relating the abuse she suffered at the hands of Mr. Couture. The fact that Darlene was a victim of spousal abuse was corroborated by the testimony of her daughter Jennifer. During the course of her statement, Darlene conveyed that she cared for Mr. Couture and also expressed much concern about the implications that her statement could have for Mr. Couture, their marriage, and her safety.

20 During this first interview with the police, Darlene recounted the information she received from Mr. Couture regarding the murders. Although she stated that Mr. Couture made some references to the murders at different times during the counselling sessions, it was her recollection that the admissions were essentially all made during the course of the first full counselling session.

21 Darlene Couture’s first statement was regarded as pivotal by the Crown at trial. The trial judge agreed, and relied on the following excerpts, among others, in convicting Mr. Couture:

FM: Okay, now let’s, let’s talk specifically about what he said on this instance then. That day he said that he was, if I understand what you’re telling me.

DC: Yeah, he ad, he admitted to

FM: What did he say?

DC: That he had murdered those two girls.

Le sergent Mogridge a enregistré la déclaration à l’aide d’un magnétophone, mais non sur bande vidéo. La déclaration n’a pas été faite sous serment, et lorsqu’on lui a demandé, lors de son contre-interrogatoire, pourquoi il n’avait pas enregistré une déclaration sous serment sur bande vidéo “conformément à l’arrêt *B. (K.G.)*”, le sergent Mogridge a répondu qu’il avait recueilli la déclaration d’une personne qui était mariée à un suspect, qu’il l’avait fait pour un autre service et qu’il n’y avait pas songé à ce moment-là. Il ne savait pas non plus quels renseignements Darlene détenait lorsqu’il a commencé l’entrevue.

La déclaration de Darlene consiste principalement en un récit des mauvais traitements qu’elle a subis de la part de M. Couture. Le fait que Darlene a été victime de violence conjugale a été corroboré par le témoignage de sa fille Jennifer. Dans sa déclaration, Darlene a indiqué qu’elle se faisait du souci pour M. Couture et qu’elle s’inquiétait beaucoup des répercussions éventuelles de sa déclaration sur M. Couture, leur mariage et sa sécurité.

Au cours de cette première entrevue avec la police, Darlene a rapporté les renseignements qu’elle avait reçus de M. Couture concernant les meurtres. Bien qu’elle ait déclaré que M. Couture avait fait allusion aux meurtres à différents moments lors des séances de counselling, elle se rappelait que les aveux avaient essentiellement tous été faits au cours de la première séance complète.

Au procès, le ministère public estimait que la première déclaration de Darlene Couture était essentielle. La juge du procès était du même avis et s’est notamment fondé sur les extraits suivants pour déclarer M. Couture coupable :

[TRADUCTION]

FM : C’est bien, alors parlons maintenant plus précisément de ce qu’il a dit à ce moment-là. Ce jour-là, il a dit que c’était lui, si je comprends bien ce que vous me dites.

DC : Ouais, il a, il a admis

FM : Qu’est-ce qu’il a dit?

DC : Qu’il avait tué ces deux filles.

- FM: Did he say how he had murdered them? FM : Est-ce qu'il a dit comment il les avait tuées?
- DC: Yes. DC : Oui.
- FM: How, how did he murder them? FM : Comment, comment les a-t-il tuées?
- DC: Well, I'm not sure if it was suffocation or strangulation. DC : Bien, je ne suis pas certaine si c'était par suffocation ou par strangulation.
- FM: Okay. And did he say why he murdered them? FM : D'accord. Et est-ce qu'il a dit pourquoi il les a tuées?
- DC: Well, if I understood him correctly, I believe the motivation was jealousy on behalf of the young lady that was his girlfriend. DC : Bien, si j'ai bien compris, je pense que c'était par jalousie pour la jeune femme qui était sa petite amie.
- FM: Right. And did he say wa, what he did with the bodies afterwards? FM : D'accord. Et est-ce qu'il a dit ce, ce qu'il a fait avec les corps après?
- DC: Yes. DC : Oui.
- FM: What did he say? FM : Qu'est-ce qu'il a dit?
- DC: That he had removed them and had a truck and took them somewhere and buried them. DC : Qu'il les avait sortis, et qu'il avait un camion et qu'il les avait transportés quelque part et les avait enterrés.
- FM: And did he involve anyone else, helping him with this? FM : Et a-t-il demandé à quelqu'un d'autre de l'aider?
- DC: I don't think so. Not that I recall. I don't think so. DC : Je ne pense pas. Pas que je me souviene. Je ne pense pas.
- FM: You said ah, did he say where this took place? FM : Vous avez dit, euh, est-ce qu'il a dit où cela s'est produit?
- DC: I believe it was North Van. I don't remember whether since then he's told me it was North Van it was under investigation but I believe it took place in North Van. DC : Je crois que c'était à North Van. Je ne me souviens pas s'il m'a dit, depuis, que c'était à North Van qu'il y avait une enquête, mais je crois que cela s'est produit à North Van.
- FM: Did he, did he say where the murder took place? FM : Est-ce que, est-ce qu'il a dit où le meurtre s'est produit?
- DC: It was in an apartment in Vancouver. I don't know whether it was North Van or Vancouver. [A.R., at p. 399] DC : C'était dans un appartement à Vancouver. Je ne sais pas si c'était à North Van ou à Vancouver. [d.a., p. 399]
- . . .
- FM: What else had David told you about the murder? FM : Qu'est-ce que David vous a dit d'autre au sujet du meurtre?
- DC: There were sexual acts committed after, on his behalf. DC : Qu'il s'est livré à des actes sexuels par la suite.
- FM: Okay. Can you relate those please? FM : D'accord. Pouvez-vous me les raconter?
- DC: Well my understanding is that the crime was already committed in both situations. DC : Bien, j'ai compris que le crime avait déjà été commis dans les deux cas.
- FM: What do you mean 'both situations'? FM : Que voulez-vous dire par « dans les deux cas »?

- DC: Well in both females. DC : Bien, dans le cas des deux femmes.
- FM: Mm hm. FM : Hum hum.
- DC: And that where the sexual act committed after at both of them. DC : Et qu'il s'est ensuite livré à un acte sexuel sur chacune d'elles.
- FM: And that sexual act was? FM : Quel acte sexuel?
- DC: I believe it was from the rear. DC : Je crois que c'était par derrière.
- FM: Okay. FM : D'accord.
- DC: That's all I know. DC : C'est tout ce que je sais.
- FM: Is that what he said? FM : C'est ce qu'il a dit?
- DC: Yes. DC : Oui.
- FM: [I]s that, he had anal intercourse with both of them? FM : Qu'il a eu une relation sexuelle anale avec les deux?
- DC: I believe so, yes. [A.R., at pp. 406-7] DC : Je pense, oui. [d.a., p. 406-407]
-
- FM: So you, you tell me that he says that he killed both these girls. FM : Donc vous, vous me dites qu'il dit avoir tué ces deux filles.
- DC: Yes. DC : Oui.
- FM: Ah how did he do that without one of them running away or how did that happen? FM : Euh, comment a-t-il pu faire cela sans que l'une d'elles ne s'échappe, ou comment cela s'est-il produit?
- DC: Well, because it was um, they were both sleeping in different rooms and one, one was, one, when David murdered Darlinda then he realized that the other girl would be there and know so he did the same thing. And that's what he told me. I, I've never read anything on it, right? I, DC : Bien, parce que, hum, elles dormaient toutes les deux dans des chambres différentes et l'une d'elles, était, l'une d'elles, après avoir tué Darlinda, David a réalisé que l'autre fille était là et qu'elle saurait, alors il lui a fait la même chose. Et c'est ce qu'il m'a dit. Je, je n'ai jamais rien lu là-dessus, hein? Je,
- FM: No, that's okay. FM : Non, ça va.
- DC: so I DC : Donc, je
- FM: So he says then he, so he says that happened at their place? FM : Donc, il dit que, donc, il dit que cela s'est produit chez elles?
- DC: Yes. DC : Oui.
- FM: And the girls' place? FM : Chez les deux filles?
- DC: Yeah. DC : Ouais.
- FM: And so he, did he say why he murdered Darlinda? Like how that came about? FM : Et, euh, est-ce qu'il a dit pourquoi il a tué Darlinda? Ou comment il en est arrivé là?
- DC: I know the, I don't know the, the circumstances, no, I just know that it was over jealousy. I mean that's what he's told me but I don't know. DC : Je sais que, je ne connais pas les, les circonstances, non, je sais seulement que c'était par jalousie. Je veux dire que c'est ce qu'il m'a dit, mais je ne le sais pas.

FM: And did he say that he was, had gone there to kill her or had gone there for another reason?

DC: I don't think, my understanding wouldn't, isn't that he went there to kill her. [A.R., at p. 410]

After the interview had finished, Mr. van Cittert drove Darlene home. He testified that during the drive home Darlene expressed that she felt she had betrayed Mr. Couture and that she was “distracted about the whole situation”. Further, she explained that she felt that “they [the RCMP] weren't all that concerned about her or her safety, and that she was planning to leave the area as quickly as possible”.

On September 23 of the same year, the RCMP called Darlene and asked her to come into the station to make a second statement. At this time, although Darlene and Mr. Couture were still experiencing problems in their marriage, Darlene was focussed on “reuniting” with Mr. Couture. Jennifer drove her mother to the RCMP station for the second interview and testified that her mother seemed angry and nervous during the trip to the police station. She also testified that during the trip Darlene said: “I will only do the bare minimum”, “I shouldn't have to go back”, “[T]hey can't make me put David in prison” (A.R., at pp. 123 and 141).

This interview was video-recorded although not made under oath. On cross-examination Sgt. Brad Marks, the officer who interviewed Darlene on this occasion, was asked whether he had given any consideration to taking the statement under oath. He replied that he had, but that the practice that he and most of his colleagues employed with respect to *K.G.B.* statements was to “take a statement first to ensure ourselves that the — that the witness or the potential witness is being, in our view, truthful and is being exhaustive in their memory, and then once we're satisfied that that is the case, then to — to take — to essentially take the statement, then take it again, except proceed on the second occasion with the *K.G.B.* warning”. Sgt. Marks agreed that what he was planning to do was see how Darlene did on the second statement and then contemplate taking a third statement under oath, but that as a result of her “reticence” in particular areas of her

FM : Et est-ce qu'il a dit qu'il était, qu'il s'était rendu là-bas pour la tuer ou pour une autre raison?

DC : Je ne pense pas, je n'ai pas compris qu'il s'était rendu là pour la tuer. [d.a., p. 410]

Après l'entrevue, M. van Cittert a ramené Darlene chez elle. Il a témoigné que, sur le chemin du retour, Darlene disait avoir l'impression d'avoir trahi M. Couture et être [TRADUCTION] « bouleversée par toute la situation ». Elle a aussi dit avoir l'impression [TRADUCTION] « qu'ils [la GRC] se fichaient pas mal d'elle, de sa sécurité, et qu'elle avait l'intention de déguerpir au plus vite ».

Le 23 septembre suivant, la GRC a appelé Darlene et lui a demandé de venir au poste pour faire une deuxième déclaration. À ce moment-là, même si elle et M. Couture avaient toujours des problèmes matrimoniaux, Darlene faisait tout ce qu'elle pouvait pour [TRADUCTION] « se raccommoder » avec lui. Jennifer a conduit sa mère au poste de la GRC pour la deuxième entrevue et elle a témoigné que sa mère semblait en colère et nerveuse durant le trajet. Darlene lui aurait alors dit : [TRADUCTION] « je vais faire le strict minimum », « je ne devrais pas être obligée de revenir », « [i]ls ne peuvent pas me forcer à envoyer David en prison » (d.a., p. 123 et 141).

Cette entrevue a été enregistrée sur bande vidéo, mais n'a pas été faite sous serment. Lors de son contre-interrogatoire, on a demandé au sergent Brad Marks, qui a reçu Darlene à ce moment-là, s'il avait songé à recueillir sa déclaration sous serment. Il a répondu qu'il y avait songé, mais que la méthode que lui et la plupart de ses collègues employaient à l'égard des déclarations de type *B. (K.G.)* consistait à [TRADUCTION] « recueillir la déclaration une première fois pour s'assurer que le — que le témoin ou le témoin éventuel est, selon nous, sincère et que sa mémoire n'est pas vacillante, pour ensuite, une fois que nous en sommes convaincus, essentiellement — recueillir la déclaration — puis la recueillir une deuxième fois, mais en faisant cette fois la mise en garde décrite dans *B. (K.G.)* ». Le sergent Marks a reconnu que ce qu'il avait l'intention de faire, c'était de voir comment Darlene se comporterait lors de la deuxième déclaration pour ensuite envisager d'en

22

23

24

second statement, that he had decided not to take a third statement. He acknowledged that the reason he decided not to take a third statement under oath was that it was possible that it would have been completely different from the two statements that Darlene had already given.

25

During this second interview Darlene again reiterated her concern about the implications that her statement could have for Mr. Couture, their marriage, and her safety. Some of the relevant excerpts are the following:

Q: Now, did you maintain a counselling relationship or did it develop into a friendship/romance?

A: I have been, I have been his counsellor. I have been his Bible teacher. I have been his Pastor. I have been his best friend, which he would say that, so I can say that.

Q: Okay.

A: I have been his wife.

Q: Okay.

A: Enemy? I am not.

Q: Okay. Fair enough. Now since?

A: You have to remember the cost involved here to me.

Q: In what sense?

A: My husband, you know? From a human standpoint, I lose a husband, you know? So, and I do love the man. No matter what he's done. It doesn't, hasn't changed the love part, you know? [A.R., at pp. 471-72]

. . .

Q: Mm hm. Now, when you say that there's issues between you and David that you have to resolve. Do you think one of them is this, is this 1986 incident?

A: No.

Q: That's not one of them?

recueillir une troisième sous serment, mais qu'en raison de la « réticence » qu'elle avait manifestée dans certaines parties de sa deuxième déclaration, il avait décidé de ne pas en obtenir une troisième sous serment. Il a reconnu que la raison de cette décision était qu'il était possible que la troisième déclaration de Darlene soit complètement différente de ses deux autres.

Au cours de cette deuxième entrevue, Darlene a exprimé à nouveau des inquiétudes concernant les répercussions éventuelles de sa déclaration sur M. Couture, leur mariage et sa sécurité. En voici les extraits pertinents :

[TRADUCTION]

Q : Maintenant, avez-vous continué à entretenir une relation de conseillère, ou cette relation s'est-elle transformée en une relation d'amitié ou d'amour?

R : J'ai été, j'ai été sa conseillère. Je lui ai enseigné la Bible. J'ai été sa pasteure. J'ai été sa meilleure amie, comme il dirait, donc je peux le dire.

Q : D'accord.

R : J'ai été son épouse.

Q : D'accord.

R : Mais son ennemie? Non.

Q : D'accord. Très bien. Maintenant, depuis?

R : Vous ne devez pas oublier ce que je risque ici.

Q : Dans quel sens?

R : Mon mari, vous comprenez? Sur le plan humain, je perds un mari, vous comprenez? Donc, et j'aime cet homme. Peu importe ce qu'il a fait. Cela ne change rien, cela n'a rien changé à l'amour, vous comprenez? [d.a., p. 471-472]

. . .

Q : Hum hum. Maintenant, quand vous dites que vous avez des choses à régler avec David. Pensez-vous que cet incident, l'incident de 1986 en est une?

R : Non.

Q : Ce n'en est pas une?

- A: No, 'cause I don't consider it personal. I mean, personal to me.
- Q: Okay.
- A: No. Very difficult for me to let it settle in me completely because the personal cost to me is gonna be devastating.
- Q: Mm hm.
- A: You know? That's just the way it is. And I'm trying my darndest to be clean and right about it, and honest about it, you know? Forthright. But it's still very difficult, you know? Very painful, and I don't think the pain's gonna get less. I think the pain's gonna escalate because sooner or later David will find out I've been here and he will feel . . .
- A: . . . extremely violated by the person he trusts most on this earth. That's the way it is.
- Q: What do you think is? Other, other than this feeling?
- A: You know, that's when he's. I mean, this is gonna feel violated, right?
- Q: Right. And what's, what's his likely response to that?
- A: Oh, I don't know. I dare not go there. I mean, I can only go there in my own shoes, you know, if it was myself. You know? What would I do when the person I have on this earth, who happens to be my spouse, has violated trust that. You have to appreciate that as a counsellor, I gave my word to David, believing that. [A.R., at pp. 487-88]
- R: Non, parce que je ne considère pas que ça me concerne. Je veux dire, moi personnellement.
- Q: D'accord.
- R: Non. C'est très difficile pour moi de régler ça complètement en dedans de moi, parce que ce que ça va me coûter personnellement, c'est catastrophique.
- Q: Hum hum.
- R: Vous comprenez? C'est comme cela. Et je fais tout mon possible pour être intègre et droite, et honnête, à ce sujet, vous comprenez? Franchement. Mais c'est encore très difficile, vous comprenez? Très douloureux, et je ne pense pas que la douleur va s'atténuer. Je pense que la douleur va s'aggraver parce que, tôt ou tard, David va apprendre que je suis venue ici, et il va se sentir . . .
- R: . . . affreusement trahi par la personne en qui il a le plus confiance sur cette terre. C'est comme cela.
- Q: Quelles sont ces choses, selon vous? À part, à part ce sentiment?
- R: Vous savez, c'est quand il. Je veux dire, il va se sentir trahi, non?
- Q: Oui. Et quelle sera sa réaction probable?
- R: Oh, je ne sais pas. Je n'ose pas l'imaginer. Je veux dire, je ne peux l'imaginer qu'en me mettant dans mes propres souliers, vous savez, en faisant comme si c'était moi. Vous comprenez? Qu'est-ce que je ferais si la personne que j'ai sur cette terre, qui est mon mari en plus, trahissait la confiance que. Vous devez comprendre que, comme conseillère, j'ai donné ma parole à David, croyant que. [d.a., p. 487-488]

The Crown concedes, and it is obvious from reading the transcript, that throughout the second interview Darlene attempted to downplay the statements she had made in her first statement to the police. She consistently repeated that she had a bad memory. Sgt. Marks also testified that, during the interview, he sensed a general reticence from Darlene to discuss the murders. For example, regarding whether Mr. Couture had told her how he moved the victims' bodies, Darlene said: "And I don't know whether David told me or not, or whether it was my mind, envisioned how he would have removed them. So I'm not certain. So I can't say that as a fact. Right? Can't say that as truth,

Le ministère public concède, et cela ressort clairement de la lecture de la transcription, que tout le long de la deuxième entrevue, Darlene a tenté d'atténuer les déclarations qu'elle avait faites dans sa première déclaration à la police. Elle n'a pas cessé de répéter qu'elle n'avait pas de mémoire. Le sergent Marks a également témoigné que, durant l'entrevue, il avait senti de la part de Darlene une réticence générale à parler des meurtres. Par exemple, concernant la question de savoir si M. Couture lui avait dit comment il avait déplacé les corps des victimes, Darlene a dit ceci : [TRADUCTION] « Et je ne sais pas si David me l'a dit ou non, ou si c'est moi qui ai imaginé comment il les aurait déplacés. Ce

that I know it to be truth.” (A.R., at p. 453) It is apparent that Darlene was also reluctant to talk about the incidents of physical abuse which she had revealed in her first statement. When asked about her relationship with Mr. Couture and the physical abuse, Darlene talked about his “coping skills” and the fact that he was a “great guy”.

27 After this second interview, Darlene and Jennifer drove back to Jennifer’s house. Jennifer testified that during the car ride her mother seemed angry and she expressed regret about having given the first statement because she had then been required to make the second statement.

28 Subsequent to her giving the second statement, Darlene reconciled with Mr. Couture and remained married to him at the date of the trial.

2.3 *The Trial Judge’s Ruling*, [2003] B.C.J. No. 1697 (QL), 2003 BCSC 988 (*voir dire*)

29 There was no issue at trial that Darlene Couture, as a spouse of the accused, was not a competent or compellable witness for the Crown, either at common law or under any of the exceptions created by s. 4 of the *Canada Evidence Act*. However, on the authority of this Court’s decision in *Hawkins*, the trial judge considered whether the statements could be admitted under the principled exception to the hearsay rule which allows for the admission of hearsay evidence when the twin criteria of necessity and reliability have been met.

30 Morrison J. found that because Darlene Couture was neither competent nor compellable that the necessity criterion had been met. Regarding threshold reliability, the trial judge listed a number of relevant cases and, in particular, noted that this Court in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, “wrote of the impact of a statement taken under oath, the importance of contemporaneous cross-examination, and

qui fait que je ne suis pas certaine. Je ne peux pas l’affirmer. Hein? Je ne peux pas dire que c’est la vérité, que je sais que c’est vrai. » (d.a., p. 453) On peut constater que Darlene ne souhaitait pas non plus parler des incidents de violence conjugale qu’elle avait relatés dans sa première déclaration. Lorsqu’on l’a interrogée sur sa relation avec M. Couture et la violence conjugale, Darlene a parlé de la capacité de son mari [TRADUCTION] « d’affronter les difficultés » et du fait qu’il était [TRADUCTION] « un bon gars ».

Après cette deuxième entrevue, Darlene et Jennifer sont retournées chez Jennifer. Cette dernière a témoigné que, durant le trajet, sa mère semblait en colère et a dit regretter d’avoir fait la première déclaration parce que cela l’avait ensuite obligée à faire la deuxième.

Après avoir fait la deuxième déclaration, Darlene s’est réconciliée avec M. Couture, et elle était toujours mariée avec lui au moment du procès.

2.3 *La décision de la juge du procès*, [2003] B.C.J. No. 1697 (QL), 2003 BCSC 988 (*voir-dire*)

Il n’a pas été contesté au procès que Darlene Couture, en tant qu’épouse de l’accusé, n’était habile à témoigner ou contraignable pour le ministère public ni en vertu de la common law ni en application de l’une quelconque des exceptions prévues par l’art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, en se fondant sur l’arrêt de notre Cour dans *Hawkins*, la juge du procès a examiné la question de savoir si les déclarations pouvaient être admises suivant l’exception raisonnée à la règle du ouï-dire, qui permet l’admission d’une preuve par ouï-dire lorsque les deux critères de la nécessité et de la fiabilité sont remplis.

La juge Morrison a conclu que, parce que Darlene Couture n’était ni habile à témoigner ni contraignable, le critère de la nécessité était rempli. Quant au critère du seuil de fiabilité, la juge du procès a énuméré un certain nombre de décisions pertinentes et a notamment souligné que, dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, notre Cour [TRADUCTION] « a parlé de l’effet que produit une

the ability of the trier of fact to be able to observe the demeanour of the witness at the time that the statement was made, such as videotape would allow” (para. 8).

After noting that the first statement was audio-taped, the second videotaped, that neither statement was made under oath, and that there had not been any cross-examination, the trial judge stated the following (at para. 11):

The circumstances surrounding the first and second statements do not lead to a conclusion that would defeat threshold reliability. There was no coercion, nor was there a preponderance of leading questions, or any investigatory misconduct on the part of the police in either statement. With regard to the first statement, Darlene Couture was driven to the police station by her friend and advisor, Mr. Van Cittert. Her statement was given with little if any hesitation, and her demeanour, while flat, was conversational. [Emphasis added.]

The trial judge then rejected defence counsel’s suggestion that Darlene Couture had a motive to lie because she had been abused by her husband and was estranged from him at the time, stating “[t]he evidence on the voir dire does not lead me to that conclusion. Nor did there appear to be any motive by her to mislead” (para. 12). The trial judge then concluded her analysis on threshold reliability as follows (at paras. 13-14):

Further, for the purpose of establishing threshold reliability, the wife’s evidence was corroborated to some degree by evidence from Mr. Van Cittert and Marjorie Hopper. And to a lesser degree, by her daughter.

The statements themselves reveal Darlene Couture’s deep concern and feelings for the accused, and her concern that by telling the police, she could lose the trust of Mr. Couture, trust that she seemed to value highly. The circumstances with regard to the statements did not raise the spectre of untruthfulness. [Emphasis added.]

déclaration faite sous serment, de l’importance d’un contre-interrogatoire effectué au moment de la déclaration et de la possibilité pour le juge des faits d’observer le comportement du témoin au moment où il l’a faite, comme le permet l’enregistrement sur bande vidéo » (par. 8).

Après avoir constaté que la première déclaration avait été enregistrée au magnétophone, que la deuxième l’avait été sur bande vidéo, qu’aucune d’elles n’avait été faite sous serment et qu’aucun contre-interrogatoire n’avait été effectué, la juge du procès a déclaré ce qui suit (par. 11) :

[TRADUCTION] Les circonstances dans lesquelles la première et la deuxième déclaration ont été faites ne conduisent pas à une conclusion qui annihilerait le seuil de fiabilité. Il n’y a eu ni contrainte, ni prépondérance de questions suggestives, ni manquement de la part des policiers enquêteurs à l’occasion de l’une ou l’autre des déclarations. En ce qui concerne la première déclaration, Darlene Couture a été conduite au poste de police par son ami et conseiller, M. Van Cittert. Elle a fait sa déclaration sans hésiter, ou si peu, et son ton, bien que monocorde, était celui d’une conversation. [Je souligne.]

La juge du procès a ensuite rejeté la proposition de l’avocat de la défense voulant que Darlene Couture ait eu une raison de mentir parce que son mari avait été violent avec elle et qu’elle en était séparée à l’époque, affirmant que [TRADUCTION] « [l]a preuve présentée lors du voir-dire ne me permet pas de tirer cette conclusion. Elle ne semble non plus avoir eu aucune raison de faire une déclaration trompeuse » (par. 12). La juge du procès a ensuite conclu ainsi son analyse sur le seuil de fiabilité (par. 13-14) :

[TRADUCTION] En outre, pour ce qui est d’établir le seuil de fiabilité, le témoignage de l’épouse a été corroboré dans une certaine mesure par les témoignages de M. Van Cittert et de Marjorie Hopper. Et, dans une moindre mesure, par sa fille.

Les déclarations elles-mêmes révèlent l’inquiétude et les sentiments profonds de Darlene Couture pour l’accusé, et sa crainte, en parlant à la police, de perdre la confiance de M. Couture, à laquelle elle semblait accorder une grande valeur. Les circonstances entourant les déclarations ne font pas surgir le spectre du mensonge. [Je souligne.]

31

32

33 Having found that both necessity and threshold reliability had been met, the trial judge ruled the statements admissible.

2.4 *The Decision on Appeal* (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 2005 BCCA 205

34 Mr. Couture appealed his convictions on two grounds, only one of which is in issue before this Court — the admissibility of Darlene’s out-of-court statements. Mr. Couture argued that the trial judge erred in admitting the hearsay statements made by his wife Darlene.

35 Southin J.A., writing for the court, distinguished the case at bar from *Hawkins* and concluded that the statements ought not to have been admitted. In a brief analysis, she gave the following reasons for reaching this conclusion (at paras. 13-19):

The learned judge and both counsel appear to have proceeded on the assumption that the judgment of the Supreme Court of Canada in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, . . . determines the principles to be applied when the issue is an out-of-court statement of a spouse who is neither competent nor compellable. It may be thought presumptuous of me to say so, but I have always thought that the dissenting judgment of Major J., concurred in by McLachlin J., as she then was, and the late Sopinka J., was persuasive.

There are some points of difference between this case and *R. v. Hawkins*: first, in *R. v. Hawkins*, the hearsay admitted was a transcript of evidence given under oath; second, that witness had been cross-examined; and, third, the marriage took place after the evidence was given. Here the marriage took place before the statements were given to the police.

As to the first point, I note that the Supreme Court of Canada has recently re-emphasized the importance of cross-examination as fundamental to providing a fair trial to an accused. See *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, . . . The question for this Court, then, becomes whether these differences are such that it is open to this Court to hold that the testimonial incompetence of [Darlene Couture] cannot be overcome by the principled exception to the hearsay rule doctrine.

Après avoir décidé qu’il avait été satisfait tant au critère de la nécessité qu’à celui du seuil de fiabilité, la juge du procès a conclu à l’admissibilité des déclarations.

2.4 *La décision rendue en appel* (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 2005 BCCA 205

M. Couture a invoqué deux moyens pour interjeter appel de ses déclarations de culpabilité, mais un seul est en cause devant notre Cour — l’admissibilité des déclarations extrajudiciaires de Darlene. M. Couture fait valoir que la juge du procès a commis une erreur en admettant les déclarations relatées de son épouse Darlene.

S’exprimant au nom de la cour, la juge Southin a fait une distinction entre la cause dont elle était saisie et l’affaire *Hawkins*, pour conclure que les déclarations n’auraient pas dû être admises. Dans une brève analyse, elle a exprimé les motifs suivants à l’appui de cette conclusion (par. 13-19) :

[TRADUCTION] La juge et les deux avocats semblent avoir tenu pour acquis que le jugement de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, [. . .] **détermine les principes à appliquer** lorsque l’objet du litige est la déclaration extrajudiciaire d’un conjoint qui n’est ni habile à témoigner ni contraignable. Cela peut paraître présomptueux de ma part, mais j’ai toujours pensé que les motifs dissidents du juge Major, auxquels ont souscrit la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, et le regretté juge Sopinka, étaient convaincants.

Il existe quelques différences entre la présente affaire et l’affaire *R. c. Hawkins* : premièrement, dans *R. c. Hawkins*, la preuve par oui-dire qui a été admise était la transcription d’un témoignage fait sous serment; deuxièmement, le témoin avait été contre-interrogé; et, troisièmement, le mariage a été contracté après le témoignage. En l’espèce, le mariage a été célébré avant que les déclarations soient faites à la police.

Quant au premier point, je signale que la Cour suprême du Canada a récemment réitéré l’importance du contre-interrogatoire en tant qu’élément fondamental du procès équitable auquel l’accusé a droit. Voir *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193 [. . .] **La question que nous devons trancher** est donc de savoir si ces différences sont telles qu’elles nous permettent de conclure que l’inhabilité de [Darlene Couture] à témoigner ne peut pas être surmontée par l’exception raisonnée à la règle du oui-dire.

In my opinion, those differences are such. As she was testimonially incompetent, her statements ought not to have been admitted.

On that footing, I would order a new trial.

There are many facets to the rule of spousal incompetence.

If this evidence is properly admitted, what if the charge is not murder but growing marihuana and a wife is overheard by a peace officer saying to a friend, “Last year George grew some pot in the basement and is buying the plants to grow some more.” Is that statement to go into evidence? In principle, there is no difference between that case and this.

Accordingly, the British Columbia Court of Appeal allowed the appeal, set aside the convictions and directed a new trial.

3. Analysis

3.1 *The Law Respecting Spousal Testimony*

Before dealing with the evidentiary issue that occupies us, I will do a brief overview of the current law respecting spousal testimony. Spousal testimony raises issues of competence, compellability, and privilege that are governed by a combination of common law principles and statutory provisions.

At common law, in civil cases, the parties and their spouses were incompetent to testify. The same rule applied in criminal cases to accused persons and their spouses, save in cases that involved the witness spouse’s person, liberty or health. The rule has been abolished in civil cases and, in criminal cases, it has been modified by statute. Section 4 of the *Canada Evidence Act* reads as follows:

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

J’estime que c’est le cas. Étant donné qu’elle était inhabile à témoigner, ses déclarations n’auraient pas dû être admises.

Sur ce fondement, j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès.

La règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner revêt de multiples facettes.

S’il est acceptable d’admettre cette preuve, qu’arrivera-t-il dans le cas où il s’agit d’une accusation de culture de marihuana plutôt que d’une accusation de meurtre, et qu’un agent de la paix entend une épouse dire à une amie : « L’année dernière, George a fait pousser un peu de pot dans le sous-sol et il achète des plants pour en faire pousser encore un peu. » Cette déclaration va-t-elle être admise en preuve? En principe, il n’y a aucune différence entre cette situation et celle qui nous occupe.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a donc accueilli l’appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

3. Analyse

3.1 *Le droit régissant le témoignage du conjoint*

Avant d’aborder la question de preuve qui nous occupe, je ferai un bref survol du droit actuellement applicable au témoignage du conjoint. Le témoignage du conjoint soulève des questions d’habilité à témoigner, de contraignabilité et de privilège qui sont régies par une combinaison de principes de common law et de dispositions législatives.

En common law, dans les affaires civiles, les parties et leurs conjoints étaient inhabiles à témoigner. La même règle s’appliquait, en matière criminelle, aux personnes accusées et à leurs conjoints, sauf dans les affaires touchant la personne, la liberté ou la santé du conjoint témoin. Cette règle a été abolie en matière civile, et a été modifiée par voie législative en matière criminelle. L’article 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* est ainsi libellé :

4. (1) Toute personne accusée d’infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

36

37

38

(2) The wife or husband of a person charged with an offence under subsection 136(1) of the *Youth Criminal Justice Act* or with an offence under any of sections 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or sections 170 to 173, 179, 212, 215, 218, 271 to 273, 280 to 283, 291 to 294 or 329 of the *Criminal Code*, or an attempt to commit any such offence, is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(3) No husband is compellable to disclose any communication made to him by his wife during their marriage, and no wife is compellable to disclose any communication made to her by her husband during their marriage.

(4) The wife or husband of a person charged with an offence against any of sections 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 or 269 of the *Criminal Code* where the complainant or victim is under the age of fourteen years is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(5) Nothing in this section affects a case where the wife or husband of a person charged with an offence may at common law be called as a witness without the consent of that person.

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

39

The statute implicitly preserves the common law, subject to the exceptions that it creates. Section 4(5) makes it clear that the common law exception to spousal incompetency is unaffected and the spouse is therefore both competent and compellable to testify for the prosecution in cases involving the spouse's person, liberty or health. Further exceptions are created for specified offences under ss. 4(2) and 4(4). None of these exceptions apply here. Therefore, because the marriage between Darlene Couture and the accused was valid and subsisting at the time of the trial, Darlene was neither competent nor compellable to testify for the Crown.

40

Under s. 4(1) of the *Canada Evidence Act*, the accused and his or her spouse are both competent

(2) Le conjoint d'une personne accusée soit d'une infraction visée au paragraphe 136(1) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, ou à l'un des articles 151, 152, 153, 155 ou 159, des paragraphes 160(2) ou (3) ou des articles 170 à 173, 179, 212, 215, 218, 271 à 273, 280 à 283, 291 à 294 ou 329 du *Code criminel*, soit de la tentative d'une telle infraction, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(3) Nul ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant leur mariage.

(4) Le conjoint d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 ou 269 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgé de moins de quatorze ans, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(5) Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

La loi maintient implicitement la common law, sous réserve des exceptions qu'elle crée. Il ressort clairement du par. 4(5) que l'exception prévue par la common law à l'inhabilité du conjoint à témoigner n'est pas touchée, et que le conjoint est donc à la fois habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant dans les affaires concernant sa personne, sa liberté ou sa santé. D'autres exceptions ont été créées à l'égard de certaines infractions aux par. 4(2) et 4(4). Aucune de ces exceptions ne s'applique en l'espèce. Par conséquent, vu que Darlene Couture et l'accusé étaient toujours mariés et que leur mariage était valide au moment du procès, Darlene n'était ni habile à témoigner ni contraignable pour le ministère public.

Selon le par. 4(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la personne accusée et son conjoint sont

to testify for the defence. The words of the section address only competence and not compellability, leaving the question whether the spouse can also be *compelled* by her spouse to testify still somewhat unsettled. The provision has been interpreted differently in respect of the accused and the spouse. This Court in *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, held that, under the provisions of the *Canada Evidence Act, 1893* (which did not include the words “for the defence”), the spouse of an accused was not only a competent but a compellable witness for or against the accused person on a trial for an indictable offence. However, Sopinka J., in *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, expressed the view that s. 4(1) only deals with competence and not compellability. He concluded in that case that the provision left intact the common law with respect to the non-compellability of an accused at the instance of the Crown. While it is unnecessary to settle this issue, I will assume for the purpose of this appeal that Darlene Couture, although not compellable by the Crown, could be compelled to testify for the defence. Quite apart from any issue of statutory interpretation, it is well-established at common law that a competent witness is a compellable witness: see review of the relevant law in *R. v. McGinty* (1986), 1 Y.R. 27 (C.A.), *per* McLachlin J.A., as she then was.

Section 4(3) creates a spousal privilege in respect of marital communications. The question of privilege was not really an issue at common law because spouses, with few exceptions, were not competent to testify. The concept of spousal privilege was therefore created by statute after legislation in the 19th century made spouses competent witnesses. The privilege is testimonial in nature, giving a right to withhold evidence but the communications themselves are not privileged. The privilege belongs to the spouse receiving the communication and can be waived by him or her. See *Lloyd v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 645, at pp. 654-55. The question of privilege does not arise in this case with respect to the alleged confessions made by

tous les deux habiles à témoigner pour la défense. Cette disposition ne traite que de l’habilité à témoigner, et non de la contraignabilité, laissant en quelque sorte sans réponse la question de savoir si le conjoint d’une personne accusée peut également être *contraint* par celle-ci à témoigner. Elle a reçu des interprétations différentes en ce qui concerne la personne accusée et son conjoint. Dans *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, notre Cour a conclu que, selon l’*Acte de la preuve en Canada, 1893* (qui ne contenait pas les mots « pour la défense »), le conjoint de la personne accusée était non seulement habile à témoigner, mais aussi contraignable pour témoigner pour ou contre elle lors d’un procès pour un acte criminel. Par contre, dans *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, le juge Sopinka était d’avis que le par. 4(1) porte uniquement sur l’habilité à témoigner, et non sur la contraignabilité. Il a conclu, dans cette affaire, que cette disposition gardait la common law intacte quant à la non-contraignabilité d’un accusé par le ministère public. Bien qu’il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, je tiendrai pour acquis, en l’espèce, que Darlene Couture, bien que non contraignable pour le ministère public, pourrait être contrainte à témoigner pour la défense. Indépendamment de toute question d’interprétation législative, il est bien établi en common law qu’un témoin habile à témoigner est un témoin contraignable : voir l’examen des dispositions pertinentes effectué par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada) dans *R. c. McGinty* (1986), 1 Y.R. 27 (C.A.).

Le paragraphe 4(3) crée un privilège propre aux conjoints concernant les communications faites entre eux durant le mariage. La question du privilège ne se posait pas vraiment en common law parce que, à quelques exceptions près, les conjoints n’étaient pas habiles à témoigner. La notion de privilège accordé aux conjoints a donc été introduite par voie législative après que la loi édictée au 19^e siècle eut rendu les conjoints habiles à témoigner. Ce privilège est de nature testimoniale — il permet de ne pas témoigner —, mais il ne protège pas les communications elles-mêmes. Il appartient au conjoint qui reçoit la communication et ce conjoint peut y renoncer. Voir *Lloyd c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 645, p. 654-655. En l’espèce, la question du privilège ne se pose pas

Mr. Couture to Darlene in 1989 since these communications were made prior to their marriage on February 14, 1996. It would arise in respect of any later communications made during the marriage. The question of spousal privilege must be kept in mind in considering broader implications that may result from any modification to the law respecting spousal testimony.

42 Historically, different rationales were advanced to support and justify the rule of spousal incompetency, some of which have been overcome in the more modern era with the legal recognition of spouses as being two separate entities. However, two rationales have survived to this day. They were explained in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 672, and reiterated in *Hawkins*, at para. 38.

43 The first justification for the rule is that it promotes conjugal confidences and protects marital harmony. The second is that the rule prevents “the indignity of conscripting an accused’s spouse to participate in the accused’s own prosecution” (*Hawkins*, at para. 38). Wigmore describes this second justification as the “*natural repugnance* in every fair-minded person to compelling a wife or husband to be the means of the other’s condemnation, and to compelling the culprit to the humiliation of being condemned by the words of his intimate life partner” (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at §2228, p. 217, cited in part in *Salituro*, at p. 672). The disruption to marital harmony and “*natural repugnance*” resulting from one spouse testifying against the other has been aptly described, in words that somewhat reflect the sentiments expressed by Darlene Couture in her statements to the police, by Professor Hamish Stewart in his article “Spousal Incompetency and the Charter” (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 411, as follows (at p. 417):

[O]ne can easily envisage that both the accused and his spouse would feel considerable resentment and distrust arising from the mere fact of the spouse’s testifying for the Crown and from cross-examination of the spouse by counsel or indeed by the accused himself, quite apart

en ce qui concerne les aveux que M. Couture aurait faits à Darlene en 1989, puisque ces communications ont été faites avant leur mariage célébré le 14 février 1996. Elle se poserait relativement à toute communication subséquente faite durant le mariage. Il ne faut pas perdre de vue la question du privilège accordé au conjoint lorsqu’on évalue les conséquences éventuelles plus générales d’une modification du droit applicable au témoignage du conjoint.

Au cours de l’histoire, différentes raisons ont été avancées pour appuyer et justifier la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner, dont certaines ne tiennent plus depuis que le droit moderne a reconnu les conjoints comme des entités distinctes. Deux de ces justifications subsistent néanmoins aujourd’hui. Elles ont été exposées dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 672, et reprises dans *Hawkins*, au par. 38.

La première justification de cette règle est qu’elle favorise les confidences entre époux et protège l’harmonie conjugale. La seconde est qu’elle empêche « l’indignité d’avoir à forcer le conjoint d’une personne accusée à participer aux poursuites dirigées contre l’accusé » (*Hawkins*, par. 38). Wigmore décrit cette seconde justification comme [TRADUCTION] « la *répugnance naturelle* qu’éprouve toute personne honnête à forcer la femme ou le mari à se faire l’instrument de la condamnation de l’autre et à forcer le coupable à subir l’humiliation de se voir condamner par les paroles de son partenaire de vie intime » (*Wigmore on Evidence* (rév. McNaughton 1961), vol. 8, §2228, p. 217, cité en partie dans *Salituro*, à la p. 672). Dans son article intitulé « Spousal Incompetency and the Charter » (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 411, le professeur Hamish Stewart a ainsi décrit avec justesse, en des termes qui reflètent assez bien les sentiments exprimés par Darlene Couture dans ses déclarations à la police, la rupture de l’harmonie conjugale et la « *répugnance naturelle* » liées au fait qu’un conjoint témoigne contre l’autre (p. 417) :

[TRADUCTION] [O]n peut facilement imaginer la méfiance et le ressentiment profonds qu’éprouveraient tant l’accusé que sa conjointe du simple fait du témoignage de celle-ci pour le ministère public et de son contre-interrogatoire par un avocat, ou par l’accusé lui-même, sans parler du

from the resentment that would arise if the accused were actually convicted as a result of his spouse's testimony. There is more than mere sentiment at work in the marital harmony justification. If the marital relationship deserves protection — and most people would agree that it does — then at times other social goals, including even truth-finding, may have to give way before it.

There is no question that the spousal incompetency rule and its underlying rationales have been the subject of significant criticism. The various bases for this criticism have been discussed at some length in *Salituro* and again in *Hawkins* and need not be repeated here. However, while there seems to be a growing consensus that the rules should be changed, it is less clear how they should be changed. On the one hand, there would be sound reasons for giving the spouse the choice whether to testify or not. As Iacobucci J. noted in *Salituro* (at p. 673):

The grounds which have been used in support of the rule are inconsistent with respect for the freedom of all individuals, which has become a central tenet of the legal and moral fabric of this country particularly since the adoption of the *Charter*. . . . The common law rule making a spouse an incompetent witness involves a conflict between the freedom of the individual to choose whether or not to testify and the interests of society in preserving the marriage bond.

La Forest J. made similar comments about a spouse's liberty and equality interests in *Hawkins* (para. 101).

On the other hand, there are sound reasons for not giving the spouse the choice whether to testify or not. As aptly noted by McLachlin J.A., in *McGinty*, giving the spouse a choice “is more likely to be productive of family discord than to prevent it. It leaves the victim-spouse open to further threats and violence aimed at preventing him or her from testifying, and leaves him or her open to recriminations if he or she chooses to testify” (p. 40). Based on this rationale, the options for reform appear to be between leaving the rule as it is, or abolishing it altogether making spouses competent and compellable by both the Crown and defence in all cases.

ressentiment qu'entreprendrait l'accusé s'il devait effectivement être déclaré coupable par suite du témoignage de sa conjointe. La justification de l'harmonie conjugale implique davantage que des sentiments. Si la relation conjugale mérite d'être protégée — et la plupart des gens conviendraient qu'elle le mérite — il peut arriver que d'autres objectifs sociaux, y compris même la recherche de la vérité, doivent lui céder le pas.

Il est évident que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, ainsi que ses justifications, ont suscité beaucoup de critiques. Les différents fondements de ces critiques ayant été examinés en détail dans *Salituro*, puis dans *Hawkins*, il n'est pas nécessaire de les reprendre ici. Toutefois, bien que la nécessité de modifier les règles fasse de plus en plus consensus, les modifications à y apporter sont moins évidentes. D'un côté, il existerait de bonnes raisons de laisser au conjoint le choix de témoigner ou non. Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans *Salituro* (p. 673) :

En effet, les arguments invoqués à son appui sont incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte* [. . .] Or, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la liberté qu'a une personne de choisir de témoigner ou non et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé.

Dans *Hawkins* (au par. 101), le juge La Forest a fait une remarque semblable au sujet des droits à la liberté et à l'égalité du conjoint.

D'un autre côté, il existe des raisons valables de ne pas laisser au conjoint le choix de témoigner ou non. Comme l'a signalé avec justesse le juge McLachlin dans *McGinty*, donner le choix au conjoint [TRADUCTION] « risque plus d'attiser la discorde familiale que de l'éviter. Le conjoint victime risque ainsi de subir de nouvelles menaces et de nouveaux actes de violence visant à l'empêcher de témoigner, et il s'expose à des représailles s'il décide de témoigner » (p. 40). Ce raisonnement semble limiter les possibilités de réforme à un seul choix : garder la règle intacte ou l'abolir complètement en faisant des conjoints des témoins habiles à témoigner et contraignables tant pour le ministère public que pour la défense, dans tous les cas.

46

However, it is far from clear that the question is an “all or nothing” proposition. Other options would be available. For example, in some Australian states, the spouse is a compellable witness for the prosecution but the trial judge has a discretion to exempt the witness from testifying: *Crimes Act 1958* (Vic.), s. 400. In the United States, the accused’s spouse is competent but the testimony is subject to various privileges, including the spouse’s privilege not to testify against the accused: see, for example, *Hawkins v. United States*, 358 U.S. 74 (1958), and *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980), at p. 44. (See Law Commission of Canada, *Beyond Conjuality: Recognizing and supporting close personal adult relationships* (2001); A. Manson, *Spousal Testimony in Criminal Cases in Canada* (September 2001), and Stewart.)

Cependant, il est loin d’être certain que la solution au problème soit de l’ordre du « tout ou rien ». Il existerait d’autres solutions. Par exemple, dans certains États australiens, le conjoint est un témoin contraignable pour le poursuivant, mais le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de le dispenser de témoigner : *Crimes Act 1958* (Vic.), art. 400. Aux États-Unis, le conjoint de la personne accusée est habile à témoigner, mais son témoignage est assorti de différents privilèges, dont celui de ne pas témoigner contre son conjoint accusé : voir *Hawkins c. United States*, 358 U.S. 74 (1958), et *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980), p. 44. (Voir Commission du droit du Canada, *Au-delà de la conjugalité : La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes* (2001); A. Manson, *Témoignage d’un conjoint dans les causes criminelles au Canada* (septembre 2001), et Stewart.)

47

The recurring question before the courts is the extent to which any reform of the rule can or should be made by the courts as opposed to the legislator. Although recognized, at least implicitly, by statute, the spousal incompetency rule is grounded in common law and hence its scope subject to interpretation by the courts. For example, this Court held in *Salituro* that spousal incompetency did not apply where the spouses, although still legally married, were irreconcilably separated because, in such cases, “there is no marital harmony to be preserved” (p. 676). However, there are constraints on the power of courts to change the common law. In *Salituro*, Iacobucci J. reflected on the limits of the judiciary’s power in this area:

La question sans cesse soumise aux tribunaux est celle de savoir dans quelle mesure la règle peut ou devrait être modifiée par eux plutôt que par le législateur. Bien que reconnue, au moins implicitement, par une loi, la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner est fondée sur la common law, et sa portée est donc susceptible d’interprétation par les tribunaux. Par exemple, dans *Salituro*, notre Cour a conclu qu’elle ne s’applique pas lorsque les conjoints, tout en étant encore légalement mariés, sont irrémédiablement séparés puisque, en pareil cas, « il n’y a plus d’harmonie conjugale à préserver » (p. 676). Le pouvoir des tribunaux de modifier la common law est toutefois assujéti à certaines contraintes. Dans *Salituro*, le juge Iacobucci a examiné les limites du pouvoir judiciaire dans ce domaine :

Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As McLachlin J. indicated in *Watkins*, *supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or

Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s’empresse de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D’importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge McLachlin l’a souligné dans l’arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c’est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement

desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society. [p. 670]

This principle was restated in *Hawkins*. Since the import of the holding in *Hawkins* is at the heart of this appeal, I will review this case in some detail.

3.2 *Hawkins and Spouses' Out-of-Court Statements*

In *Hawkins*, the accused's then girlfriend testified at his preliminary hearing on charges of obstructing justice and corruptly accepting money. The accused subsequently married the witness. By the time of the trial, the Crown conceded that the marriage, which was still subsisting, was not a sham. Consequently, the spouse was incompetent to testify for the prosecution. The accused was acquitted at trial and the verdict was overturned on appeal. On further appeal to this Court, the Crown urged the Court to modify the common law spousal incompetency rule and admit an exception in cases where the marriage was solemnized after the charges had been laid or, alternatively, where an accused married a witness for the purpose of insulating that witness from being called by the prosecution.

The Court was unanimously of the view that the facts in *Hawkins* did not warrant modifying the rule as suggested by the Crown and reiterated that any substantial reform of the rule, which has remained largely unchanged for 350 years, was a matter better left for Parliament. The Court, however, was divided on the question of whether the admission of the spouse's preliminary hearing testimony, given before the marriage in relation to the same charges, would undermine the rationales underlying the spousal incompetency rule. The majority, for different reasons expressed in two main concurring judgments, was of the view that it did not and ruled the preliminary hearing transcript admissible under the principled exception to the hearsay rule. The necessity criterion was met because the

qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société. [p. 670]

Ce principe a été repris dans *Hawkins*. Comme la portée de la décision rendue dans *Hawkins* est au cœur du présent pourvoi, j'examinerai cet arrêt plus en profondeur.

3.2 *L'arrêt Hawkins et les déclarations extrajudiciaires des conjoints*

Dans *Hawkins*, la petite amie de l'accusé a témoigné à son enquête préliminaire concernant des accusations d'entrave à la justice et d'acceptation d'argent par corruption. Par la suite, l'accusé a épousé le témoin. Au moment du procès, le ministère public a reconnu que le mariage, toujours existant, n'était pas une façade. La conjointe était donc inhabile à témoigner pour le poursuivant. L'accusé a été acquitté, mais ce verdict a été infirmé en appel. Lors du pourvoi devant notre Cour, le ministère public a exhorté la Cour à modifier la règle de common law selon laquelle le conjoint est inhabile à témoigner et à admettre une exception dans le cas où le mariage a été célébré après le dépôt des accusations ou, subsidiairement, dans le cas où l'accusé a épousé un témoin dans le but d'empêcher qu'il soit assigné par le poursuivant.

La Cour, à l'unanimité, a conclu que les faits de l'affaire *Hawkins* ne justifiaient pas que la règle soit modifiée comme le suggérait le ministère public, et a rappelé qu'il était préférable de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à cette règle, demeurée pratiquement inchangée depuis 350 ans. La Cour était cependant divisée quant à savoir si l'admission du témoignage de la conjointe, recueilli avant le mariage, à l'enquête préliminaire relativement aux mêmes accusations, porterait atteinte aux fondements de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Les juges majoritaires, pour des motifs différents exposés dans deux principaux jugements concourants, ont estimé que ce n'était pas le cas et ont conclu à l'admissibilité de la transcription de l'enquête préliminaire

48

49

50

spouse was incompetent to testify. The threshold reliability requirement was also met. Although the statement itself was not inherently trustworthy (indeed the spouse had given contradictory statements under oath), there were adequate substitutes for testing the evidence: it was given under oath and subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving precisely the same issues. Major J., in writing for the three dissenting justices, disagreed, finding that the facts did not permit the use of a principled exception to the hearsay rule. In his view, reading in the spouse's "testimony from the preliminary inquiry equates with forcing her to give testimony against her husband" contrary to the spirit of the common law rule and s. 4 of the *Canada Evidence Act* (para. 159).

en application de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. Il avait été satisfait au critère de la nécessité parce que la conjointe était inhabile à témoigner. L'exigence du seuil de fiabilité avait également été remplie. Malgré l'absence de fiabilité inhérente de la déclaration (la conjointe avait fait des déclarations sous serment contradictoires), il existait d'autres moyens de vérifier la preuve : la déclaration avait été faite sous serment et accompagnée d'une possibilité de contre-interrogatoire au moment précis où elle avait été faite dans le cadre d'une audience portant exactement sur les mêmes questions. S'exprimant au nom des trois juges dissidents, le juge Major s'est dit en désaccord, estimant que les faits ne permettaient pas d'invoquer une exception raisonnée à la règle du oui-dire. À son avis, déposer « le témoignage [que la conjointe a] fourni à l'enquête préliminaire équivaut à la forcer à témoigner contre son mari » contrairement à l'esprit de la règle de common law et de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* (par. 159).

51 No case has been made here to depart from the Court's holding in *Hawkins* that any substantial reform of the rule is a matter better left for Parliament. Indeed, unlike *Hawkins*, where the Crown expressly urged this Court to create a new exception to the common law rule of spousal incompetency, no modification of the rule is sought in this case. The parties are divided, rather, on the extent to which the existing common law rule, as interpreted in *Hawkins*, should have any bearing on the Court's application of the principled exception to the hearsay rule in respect of a spouse's out-of-court statements.

Il n'a pas été établi, en l'espèce, que la Cour devrait déroger à sa conclusion dans *Hawkins*, selon laquelle il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à la règle. D'ailleurs, contrairement à l'affaire *Hawkins*, dans laquelle le ministère public a expressément exhorté notre Cour à créer une nouvelle exception à la règle de common law selon laquelle le conjoint est inhabile à témoigner, aucune modification de la règle n'est réclamée en l'espèce. Le différend entre les parties porte plutôt sur l'incidence que devrait avoir la règle de common law actuelle, telle qu'elle a été interprétée dans *Hawkins*, sur l'application par la Cour de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire relativement aux déclarations extrajudiciaires d'un conjoint.

52 As noted earlier, it is the Crown's position, that this Court has ruled in *Hawkins* that the spousal incompetency rule, as a matter of principle, does not apply to a spouse's out-of-court statements. Hence, under this approach, rather than being a bar to admissibility, spousal testimonial incompetence provides the basis upon which the criterion of necessity is satisfied and a spouse's out-of-court statement may be admitted in any case, provided

Comme je l'ai déjà mentionné, le ministère public estime que notre Cour a statué, dans *Hawkins*, que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ne s'applique pas, en principe, à ses déclarations extrajudiciaires. Selon cette approche, l'inhabilité du conjoint à témoigner, plutôt que de constituer un obstacle à l'admissibilité, permet de satisfaire au critère de la nécessité, de sorte que la déclaration extrajudiciaire d'un conjoint est admissible

that it is sufficiently reliable. Further, in order to meet the reliability criterion, it is argued that whenever the spouse is available, as here, the accused's ability to call the hearsay spouse as a witness provides a unique and significant compensation for the absence of cross-examination, oath and demeanour. The Crown submits therefore that the trial judge was correct to admit Darlene's hearsay statements under this approach and that the Court of Appeal should have deferred to her ruling on threshold reliability.

Mr. Couture disagrees with this interpretation of the decision in *Hawkins*. He submits that, unlike *Hawkins*, which was based on unusual circumstances, the ruling sought in this case would be of broad application and would dramatically alter the role of the spouse in the criminal justice system. As he puts it in his factum (at para. 26), “[i]t would encourage the creation of an institutionalized procedure whereby the police take statements of spouses out-of-court, with the express intention of having them introduced as evidence at court, contrary to the policy of section 4 of the [*Canada Evidence Act*]”. This approach, Mr. Couture argues, would be inconsistent with the unanimous holding in *Hawkins* that any substantial reform of the rule was a matter better left for Parliament. He therefore submits that the British Columbia Court of Appeal was correct to distinguish *Hawkins* and to rule Darlene Couture's statements inadmissible, not only on the basis that their admission would violate the spirit of the spousal incompetency rule, but also because they were not sufficiently reliable to warrant admission under the principled exception to the hearsay rule.

I do not accept the Crown's position. There is no question that the spousal incompetency rule is *testimonial* in nature. Therefore it is correct to say that the rule does not, as a matter of principle, bar proof of the out-of-court statements of a spouse —

dans tous les cas, pourvu qu'elle soit suffisamment fiable. Quant au critère de la fiabilité, on prétend en outre que, lorsque le conjoint est disponible, comme en l'espèce, la possibilité pour l'accusé de le citer comme témoin contrebalance remarquablement et largement l'absence de contre-interrogatoire, de serment et d'observation du comportement. Le ministère public soutient donc que la juge du procès a eu raison de conclure à l'admissibilité des déclarations relatées de Darlene en se fondant sur ce raisonnement, et que la Cour d'appel aurait dû faire preuve de retenue à l'égard de sa décision concernant le seuil de fiabilité.

M. Couture n'est pas d'accord avec cette interprétation de la décision rendue dans *Hawkins*. Il fait valoir que, contrairement à cet arrêt, qui reposait sur des circonstances exceptionnelles, la décision recherchée en l'espèce recevrait une application large et changerait radicalement le rôle du conjoint dans le système de justice pénale. Comme il le dit dans son mémoire (au par. 26), [TRADUCTION] « [e]lle encouragerait la création d'une procédure institutionnalisée permettant à la police de recueillir des déclarations extrajudiciaires des conjoints dans l'intention expresse de les faire admettre en preuve devant le tribunal, ce qui irait à l'encontre de l'esprit de l'article 4 de la [*Loi sur la preuve au Canada*] ». Cette approche, affirme M. Couture, serait incompatible avec la conclusion unanime, tirée dans *Hawkins*, selon laquelle il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter toute modification importante à la règle. Il soutient donc que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison d'établir une distinction avec l'affaire *Hawkins* et de conclure à l'inadmissibilité des déclarations de Darlene Couture, non seulement pour le motif que leur admission irait à l'encontre de l'esprit de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner, mais aussi parce qu'elles n'étaient pas suffisamment fiables pour justifier leur admission en application de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire.

Je ne partage pas l'opinion du ministère public. Il ne fait aucun doute que la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner est de nature *testimonial*. On peut donc dire qu'elle n'empêche pas, en principe, la présentation en preuve des déclarations

indeed, if it were otherwise, the result in *Hawkins* could not have been reached. Hence, I am not suggesting, as stated by my colleague Rothstein J. at para. 148, that the spousal incompetency rule creates “a right for the accused to suppress *any* evidence emanating from his spouse” (emphasis in original). Indeed, no one is contending that the rule should have that effect. In my respectful view, however, the Crown’s submission overstates the holding of the majority in *Hawkins*. I agree rather with Mr. Couture that the approach advocated by the Crown would represent a drastic change in the role played by the spouse in criminal law trials, a result which, in my view, does not accord with this Court’s decision in *Hawkins* to leave any substantial reform of the rule to Parliament. Further, this analytical approach would not be consistent with this Court’s jurisprudence on the principled approach to the hearsay rule. I will explain.

55 Unless there is good reason to modify an established common law rule, the modern approach to hearsay should be applied in a manner which preserves and reinforces the integrity of the traditional rules of evidence. This overarching principle was expressly reiterated by Lamer C.J. and Iacobucci J. in *Hawkins* in their general discussion of the principled approach (para. 69). The spousal incompetency rule was reaffirmed in *Hawkins*. The Court was unanimous in finding that any substantial reform of the rule was a matter better left for Parliament. Consequently, it is one of those traditional rules of evidence that should not be undermined by the application of the principled exception to hearsay.

56 However, under the approach suggested by the Crown, the court does not have to consider whether, in the circumstances of the particular case, the admission of the evidence would have the effect of undermining the spousal incompetency rule or its underlying rationales. Under that approach, the spousal incompetency rule is only relevant in

extrajudiciaires d’un conjoint — d’ailleurs, s’il en était autrement, il aurait été impossible d’arriver au résultat obtenu dans *Hawkins*. Par conséquent, je ne dis pas, comme l’affirme mon collègue le juge Rothstein au par. 148, que la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner crée « un droit conféré à l’accusé d’éliminer *toute* preuve émanant de son conjoint » (en italique dans l’original). En fait, personne ne prétend que la règle devrait avoir cet effet. À mon humble avis, cependant, le ministère public exagère la portée de la décision des juges majoritaires dans cette affaire. Je suis plutôt d’accord avec M. Couture pour dire que l’approche préconisée par le ministère public modifierait radicalement le rôle du conjoint dans les procès criminels, ce qui, selon moi, irait à l’encontre de la décision de notre Cour, dans *Hawkins*, de laisser au législateur le soin d’apporter toute modification importante à la règle. En outre, cette démarche analytique ne serait pas compatible avec la jurisprudence de notre Cour sur la méthode d’analyse raisonnée de la règle du oui-dire. Je m’explique.

À moins qu’il n’existe une bonne raison de modifier une règle de common law bien établie, la méthode d’analyse moderne en matière de oui-dire devrait être appliquée d’une façon qui préserve et renforce l’intégrité des règles de preuve traditionnelles. Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont expressément réitéré ce principe fondamental dans leur examen général de la méthode d’analyse raisonnée dans *Hawkins* (par. 69). La règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner a été confirmée dans cet arrêt. La Cour a conclu à l’unanimité qu’il était préférable de laisser au législateur le soin d’apporter toute modification importante à la règle. Il s’agit donc d’une de ces règles de preuve traditionnelles à laquelle l’application de l’exception raisonnée à la règle du oui-dire ne devrait pas porter atteinte.

Selon la méthode préconisée par le ministère public, cependant, le tribunal n’a pas à se demander si, dans les circonstances de l’espèce, l’admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements. Selon cette méthode, la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner n’est pertinente que

providing the basis for establishing the criterion of necessity. Once necessity is made out — as it would in all cases where the spouse is incompetent to testify for the Crown — the hearsay statement can be admitted provided it is sufficiently reliable, regardless of whether its admission in the trial would have the effect of undermining the rule or its underlying rationales. In my respectful view, this approach is not the one adopted by the majority in *Hawkins*. In each concurring judgment, the writer explained, *albeit* from different perspectives, why the operation of the principled exception in the circumstances of that case would not undermine the rationales of the rule.

Lamer C.J. and Iacobucci J. (Gonthier and Cory JJ. concurring) considered the issue of spousal incompetence as part of their analysis on the question of residual discretion. Under the principled exception to the hearsay rule, even when the criteria of necessity and reliability are satisfied, the trial judge has the residual discretion to exclude the statement where its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. I will say more about the residual discretion later. For a number of reasons unrelated to the question that occupies us, Lamer C.J. and Iacobucci J. concluded that the trial judge had erred in excluding the evidence. On the question of spousal incompetence, they reviewed the two justifications for the rule and concluded that neither of those interests was at stake in the circumstances of the case. They explained it as follows (at paras. 93, 94 and 96):

The admission of the transcripts at trial would not undermine the established protection of the spousal incompetency rule. The rule serves to protect the appellant's dual interests in preserving his marital harmony and in avoiding the "natural repugnance" of having his spouse testify against him in the course of the marriage. But neither of those interests is threatened in this instance.

If Graham was compelled to testify at trial for the prosecution following her marriage with *Hawkins*, his marital harmony would indeed be jeopardized. However, we do not believe that his marital bond would

pour établir le critère de la nécessité. Une fois la nécessité établie — comme ce serait toujours le cas lorsque le conjoint est inhabile à témoigner pour le ministère public — la déclaration relatée peut être admise si elle est suffisamment fiable, peu importe que son admission au procès porte ou non atteinte à la règle ou à ses fondements. À mon humble avis, cette méthode n'est pas celle que les juges majoritaires ont retenue dans *Hawkins*. Chacun des juges qui ont rédigé des motifs concourants a expliqué, *bien qu'*à partir de points de vue différents, pourquoi l'application de l'exception raisonnée dans les circonstances de cette affaire ne porterait pas atteinte aux fondements de la règle.

Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (avec l'appui des juges Gonthier et Cory) ont examiné la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner dans le cadre de leur analyse de la question du pouvoir discrétionnaire résiduel. Selon l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, même s'il a été satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure la déclaration lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. Je reviendrai sur le pouvoir discrétionnaire résiduel un peu plus loin. Pour différentes raisons n'ayant aucun rapport avec la question qui nous occupe, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont conclu que le juge du procès avait eu tort d'exclure la preuve. Quant à la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner, ils ont examiné les deux justifications de la règle et ont conclu qu'aucun de ces intérêts n'était en jeu dans les circonstances de l'affaire. Ils ont expliqué ainsi leur conclusion (par. 93, 94 et 96) :

L'admission des transcriptions au procès n'irait pas à l'encontre de la protection offerte en vertu de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Cette règle sert à protéger le double intérêt de l'appelant, soit celui de préserver l'harmonie conjugale et d'éviter la « répugnance naturelle » de *Hawkins* à voir sa conjointe témoigner contre lui pendant qu'ils sont mariés. Cependant, ni l'un ni l'autre de ces intérêts n'est menacé en l'espèce.

Si Graham était contrainte à témoigner au procès pour le poursuivant ultérieurement à son mariage avec *Hawkins*, l'harmonie conjugale serait effectivement compromise. Cependant, nous ne croyons pas que le

be similarly threatened if the prosecution simply read into evidence the testimony which Graham willingly gave before an adjudicative proceeding prior to the marriage.

Furthermore, it is difficult to see how the admission of the transcripts would result in an incident of “natural repugnance” to the marriage. As Wigmore explained this second surviving justification of the spousal incompetency rule, the law must prevent the inherent human harshness in permitting an accused’s spouse to assume the stand to assist in the accused’s prosecution. But since the Crown may not call or compel Graham to assume the stand, Graham is not being conscripted and the threat of a repugnant spectacle is avoided. In short, the operation of the principled exception to the hearsay rule would not thwart the purposes underlying the spousal competency rule. [Emphasis added.]

58

L’Heureux-Dubé J. (La Forest J. concurring) reached the same conclusion but for different reasons. First, she disagreed with Lamer C.J. and Iacobucci J.’s analytical framework. In her view, the question of whether the spousal incompetency rule constituted a bar to the admission of the evidence should not be answered based on an “abstract measuring of ‘unfairness’ to the accused” (para. 108). In her view, this approach was fraught with evidentiary difficulties because in most cases it “would depend on a speculative appraisal of the potential for damage to an accused’s marriage because of the admission of a statement made prior to trial by his or her spouse” (para. 108). As she stated:

This potential harm would be almost impossible to predict: David Medine, “The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a ‘Sentimental Relic’” (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519, at p. 555. An analysis of the theoretical disruption of an accused’s marriage on a case-by-case basis is simply an inadequate manner to proceed with this problem. [para. 108]

59

Although L’Heureux-Dubé J. disagreed with Major J.’s conclusions, she preferred his approach: the issue of whether the spousal incompetency rule

lien matrimonial serait mis en danger si le poursuivant ne faisait que lire à titre de preuve le témoignage que Graham a volontairement donné dans le cours d’une procédure décisionnelle avant le mariage.

Par ailleurs, il est difficile de voir comment l’admission des transcriptions créerait une « répugnance naturelle » relativement au mariage. Selon l’explication que Wigmore a donnée de cette deuxième justification, toujours valide, de la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner, la loi doit éviter la rigueur sur le plan humain que constituerait le fait de permettre au conjoint d’un accusé de témoigner pour venir en aide au poursuivant. Cependant, puisque le ministère public ne peut assigner ni contraindre Graham à témoigner, celle-ci n’est pas forcée et la menace d’une scène répugnante se trouve évitée. Bref, l’application de l’exception de principe à la règle du oui-dire n’irait pas à l’encontre des objets qui sous-tendent la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner. [Je souligne.]

La juge L’Heureux-Dubé (avec l’appui du juge La Forest) est arrivée à la même conclusion, mais pour des motifs différents. D’abord, elle a dit être en désaccord avec le cadre d’analyse appliqué par le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci. Selon elle, la question de savoir si la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner interdisait l’admission de la preuve ne devait pas être liée à « l’application d’un concept abstrait d’“iniquité” envers l’accusé » (par. 108). À son avis, cette méthode présentait de nombreuses difficultés sur le plan de la preuve parce que, dans la plupart des cas, elle « ne serait que pure spéculation en ce qui a trait au risque de préjudice que l’admission d’une déclaration, faite par un conjoint antérieurement au procès, aurait sur le mariage d’un accusé » (par. 108). Comme elle l’a affirmé :

Il serait pratiquement impossible de prédire ce risque de préjudice : David Medine, « The Adverse Testimony Privilege : Time to Dispose of a “Sentimental Relic” » (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519, à la p. 555. Une analyse cas par cas de la perturbation théorique du mariage d’un accusé ne constitue tout simplement pas une façon appropriée de régler ce problème. [par. 108]

Bien qu’en désaccord avec les conclusions du juge Major, la juge L’Heureux-Dubé a dit préférer sa méthode d’analyse : la question de savoir si la

constituted a bar to the admission of the evidence was a threshold question. In her view, this question was also one that should be kept analytically distinct from the hearsay question (paras. 107-10). While under this approach Major J. would preclude the Crown from ever admitting the hearsay evidence of a husband or wife on the ground that it would violate the spousal incompetency rule, L'Heureux-Dubé J. disagreed. In her view, the testimonial incompetence of a spouse did not bar proof of that spouse's out-of-court statements.

At first blush, L'Heureux-Dubé J.'s approach in determining, as a threshold question, that testimonial incompetence did not bar proof of a spouse's out-of-court statements, appears to lend some support to the Crown's position that any such statement would be admissible under the principled exception to the hearsay rule, provided the reliability criterion was met. However, it is apparent from L'Heureux-Dubé J.'s reasons that her conclusion was very much premised on the particular circumstances of that case and on her view that neither the *creation* nor the *admission* of the evidence offended the spousal incompetency rule.

For example, L'Heureux-Dubé J. framed the question on appeal in very specific terms: "The question that remains, therefore, is whether the statements made at the preliminary inquiry, while the witness was not yet — although she later became — the spouse of the appellant, can nonetheless be admitted as an exception to the rule against hearsay" (para. 105 (emphasis added)). Likewise, she stated her conclusion by making reference to the manner in which the statement was created: "The evidence in the case at bar was not created in a manner which offends the spousal incompetency rule, and therefore, there is no need to prevent its admission" (para. 141 (emphasis added)). In addition, L'Heureux-Dubé J. placed much emphasis on the fact that the spouse would not be involved in the presentation of the evidence at trial because the preliminary hearing transcript would simply be

règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner faisait obstacle à l'admission de la preuve était une question préliminaire. À son avis, il s'agissait également d'une question qu'il fallait tenir analytiquement séparée de celle du oui-dire (par. 107-110). Alors que suivant cette méthode, le juge Major estimait que le ministère public était forclos de présenter la preuve par oui-dire d'un conjoint parce que cette preuve violerait la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, la juge L'Heureux-Dubé croyait plutôt que l'inhabilité à témoigner d'un conjoint n'interdisait pas la présentation en preuve de ses déclarations extrajudiciaires.

À première vue, le raisonnement qu'a suivi la juge L'Heureux-Dubé pour conclure, à titre préliminaire, que l'inhabilité à témoigner n'empêchait pas la présentation en preuve des déclarations extrajudiciaires d'un conjoint semble, dans une certaine mesure, appuyer la thèse du ministère public voulant que ces déclarations soient admissibles suivant l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, à condition de répondre au critère de la fiabilité. Il ressort cependant clairement des motifs de la juge L'Heureux-Dubé que sa conclusion reposait largement sur les circonstances particulières de cette affaire et sur son opinion que ni la *constitution* ni l'*admission* de la preuve n'allaient à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner.

Par exemple, la juge L'Heureux-Dubé a énoncé la question en litige en termes très précis : « Il reste donc à déterminer si les déclarations faites à l'enquête préliminaire par un témoin qui n'était pas encore à cette époque l'épouse de l'appelant — mais qui l'est devenue par la suite — peuvent, néanmoins, être admises à titre d'exception à la règle du oui-dire » (par. 105 (je souligne)). Dans sa conclusion, elle se reporte aussi à la façon dont la déclaration a été constituée : « La preuve dans cette affaire n'a pas été constituée d'une façon qui contrevienne à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et, par conséquent, il n'y a pas lieu d'en forclore l'admission » (par. 141 (je souligne)). En outre, la juge L'Heureux-Dubé a beaucoup insisté sur le fait que le conjoint ne participerait pas à la présentation de la preuve au procès parce que la transcription de l'enquête préliminaire serait simplement lue. (Voir,

60

61

read in. (See, for example, at para. 127.) Indeed, she expressly acknowledged that “in deciding this case I did not have to consider the potential impact of the rationale that a spouse’s testimony at trial would cause a natural repugnance” (para. 139). As we shall see, the circumstances are much different here.

62 Hence, it is my view that the position advocated by the Crown cannot be sustained on the basis of the reasons given in support of the majority ruling in *Hawkins*. *Hawkins* was based on its own particular fact situation and did not create a broad exception that would admit all out-of-court statements made by spouses on the basis of threshold reliability alone. In addition, regard must also be had to the particular circumstances of the case to determine whether the admission of the evidence would undermine the spousal incompetency rule. It should come as no surprise that reliability alone cannot overcome the rule because spousal incompetency is not based on any concern about the reliability of a spouse’s testimony. The rule, rather, is a form of privilege. Privilege, unlike other rules of exclusion, is not intended to facilitate truth-finding. The evidence is excluded, not because it lacks probative value but, rather, on policy grounds based on broader social interests.

63 Because exclusion of evidence under the spousal incompetency rule has nothing to do with the reliability or probative value of the evidence, I would not characterize the court’s consideration of the rule as a question of “residual discretion”. On this point, I respectfully disagree with the approach adopted by four of the justices in *Hawkins* and by Rothstein J. As indicated earlier, even when the criteria of necessity and reliability are satisfied, the trial judge has the residual discretion under the principled exception to the hearsay rule to exclude the statement where its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. Consideration of the spousal incompetency rule, however, is a distinct exercise, unrelated to any consideration of the probative value of the evidence under the hearsay analysis. The proposed evidence may be highly

par exemple, le par. 127.) Elle a, en fait, expressément reconnu que « pour trancher les présents pourvois, je n’avais pas à examiner l’impact possible de la justification fondée sur la répugnance naturelle liée au témoignage d’un conjoint au procès » (par. 139). Comme nous le verrons, les circonstances de l’espèce sont bien différentes.

En conséquence, j’estime que la position défendue par le ministère public ne peut être retenue sur la base des motifs exposés par les juges majoritaires à l’appui de leur décision dans *Hawkins*. Cet arrêt s’appuyait sur les faits propres à l’affaire et n’a pas créé une exception générale permettant l’admission de toutes les déclarations extrajudiciaires des conjoints répondant au seul critère du seuil de fiabilité. Il faut également tenir compte des circonstances particulières de l’affaire pour décider si l’admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner. Il ne faut pas s’étonner de ce que la fiabilité ne puisse à elle seule faire échec à la règle puisque l’inhabilité du conjoint à témoigner ne repose sur aucune préoccupation touchant la fiabilité de son témoignage. La règle constitue plutôt une sorte de privilège. Les privilèges, contrairement aux autres règles d’exclusion, ne visent pas à faciliter la recherche de la vérité. La preuve est exclue, non pas parce qu’elle n’est pas suffisamment probante, mais pour des motifs de principe fondés sur des intérêts sociaux plus généraux.

Étant donné que l’exclusion d’un élément de preuve en application de la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner n’a rien à voir avec sa fiabilité ou sa valeur probante, je ne considérerais pas l’examen par la cour des questions reliées à cette règle comme relevant de son « pouvoir discrétionnaire résiduel ». Sur ce point, j’exprime respectueusement mon désaccord avec la méthode adoptée par quatre des juges dans *Hawkins* et par le juge Rothstein. Comme je l’ai déjà indiqué, même lorsqu’il est satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, le juge du procès a, suivant l’exception raisonnée à la règle du oui-dire, le pouvoir discrétionnaire résiduel d’exclure la déclaration lorsque sa valeur probante est faible et que l’accusé pourrait subir un préjudice indu. L’examen de la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner constitue

probative; it will nonetheless be inadmissible if its admission would undermine the spousal incompetency rule. This is why I say that consideration of the rule is not a matter of “residual discretion” as this term is generally understood. The fact that the rule cannot be ignored is rather a feature of the “principled exception” to the hearsay rule itself. This modern approach, as the coined expression reveals, is based on *principle*. Unless there is good reason to depart from an established principle, the modern approach to hearsay admissibility must be applied in a manner that preserves its integrity. Hence, as was done in *Hawkins*, hearsay evidence may be admitted under the principled approach if it meets the twin criteria of necessity and reliability *and* if its admission would not undermine the spousal incompetency rule or its rationales.

The question to be answered is whether, in the circumstances of the particular case, the evidence may be admitted under the principled exception without undermining the spousal incompetency rule. It is important to keep the spousal incompetency inquiry analytically distinct from the hearsay inquiry. As explained earlier, the spousal incompetency rule is based on different rationales that are unconnected to the reliability concerns arising from the hearsay nature of the evidence. Analytically, nothing turns on whether the spousal incompetency inquiry is considered before the hearsay analysis or after when the impact of admitting the evidence may be easier to ascertain. However, when the impact is clear, considering the spousal incompetency issue first may promote judicial economy. The preferred approach will depend on the particular facts. What matters is that the question be answered.

pendant un exercice distinct, sans lien avec l’appréciation de la valeur probante de la preuve dans le cadre de l’analyse relative au oui-dire. La preuve que l’on se propose de présenter peut avoir une très grande valeur probante, mais être néanmoins inadmissible lorsque son admission irait à l’encontre de la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner. C’est pourquoi je dis que l’examen dicté par cette règle ne relève pas du « pouvoir discrétionnaire résiduel » au sens où on l’entend généralement. Le fait que la règle ne saurait être ignorée constitue plutôt une caractéristique de l’exception raisonnée ou « de principe » à la règle du oui-dire elle-même. Cette méthode d’analyse moderne, comme son nom l’indique, est fondée sur des *principes*. À moins qu’il n’existe une bonne raison de s’écarter d’un principe bien établi, la méthode d’analyse moderne de l’admissibilité du oui-dire doit être appliquée de façon à en préserver l’intégrité. Ainsi, la preuve par oui-dire peut être admise suivant la méthode d’analyse raisonnée, comme elle l’a été dans *Hawkins*, si elle satisfait au double critère de la nécessité et de la fiabilité *et* si son admission ne porte pas atteinte à la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner ni à ses fondements.

La question est de savoir si, dans les circonstances particulières de l’affaire, la preuve peut être admise en application de l’exception raisonnée à la règle du oui-dire, sans qu’il soit porté atteinte à la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner. Il est important de tenir la question de l’incapacité du conjoint à témoigner analytiquement séparée de celle du oui-dire. Comme je l’ai déjà dit, la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner repose sur des justifications différentes, sans lien avec les problèmes de fiabilité liés à la nature du oui-dire. Il importe peu, sur le plan analytique, que la question de l’incapacité du conjoint à témoigner soit tranchée avant celle du oui-dire, ou après, lorsque l’incidence de l’admission de la preuve est plus facile à évaluer. Toutefois, lorsque cette incidence est évidente, examiner d’abord la question de l’incapacité du conjoint à témoigner peut favoriser l’économie des ressources judiciaires. La meilleure façon de procéder dépendra des faits de l’espèce. Ce qui compte, c’est que l’on réponde à la question.

65 In determining the spousal competency issue, the circumstances surrounding the creation of the evidence are a relevant consideration — while the rule is testimonial in nature and only prevents a spouse from *testifying* against the accused spouse, its underlying rationales, particularly the preservation of marital harmony, necessarily extend beyond the actual trial itself. The effect of admitting the evidence on the trial process itself is also relevant, particularly having regard to the second rationale of the rule — preventing the indignity of conscripting an accused’s spouse to participate in the accused’s own prosecution.

66 In considering whether the admission of the evidence would undermine the spousal incompetency rule or its underlying rationales, it is my view that the inquiry should not be focussed on the individual marriage. On this point, I agree with L’Heureux-Dubé J. that the ultimate conclusion on admissibility cannot rest on “a speculative appraisal of the potential for damage” to the individual marriage (para. 108). The rule is triggered by the very existence of a valid and subsisting marriage. Unless the accused and the spouse are irreconcilably separated, thus giving rise to the exception in *Salituro*, the extent to which there is marital harmony or marital discordance *in the particular marriage* is irrelevant. The question rather is whether, from an objective standpoint, the operation of the principled exception to the hearsay rule in the particular circumstances of the case would be disruptive of marital harmony or give rise to the natural repugnance resulting from one spouse testifying against the other.

67 The question that remains is whether Darlene Couture’s statements to the police should have been admitted in the circumstances of this case.

3.3 *Hawkins Distinguished*

68 As noted earlier, in *Hawkins*, neither the creation of the hearsay evidence nor its admission undermined the underlying policy to the spousal

Lorsqu’on examine la question de l’incapacité du conjoint à témoigner, les circonstances entourant la constitution de la preuve sont pertinentes — même si la règle est de nature testimoniale et ne fait qu’empêcher qu’une personne *témoigne* contre son conjoint accusé, ses fondements, et plus particulièrement le souci de préserver l’harmonie conjugale, débordent forcément le cadre du procès lui-même. L’incidence de l’admission de la preuve sur le procès lui-même est également pertinente, surtout en ce qui concerne le deuxième fondement de la règle — le souci d’empêcher l’indignité d’avoir à forcer le conjoint d’une personne accusée à participer aux poursuites dirigées contre elle.

Lorsqu’il s’agit de savoir si l’admission de la preuve porterait atteinte à la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner ou à ses fondements, j’estime que l’examen ne devrait pas être axé sur le mariage précis en cause. Sur ce point, je suis d’accord avec la juge L’Heureux-Dubé pour dire que la conclusion ultime quant à l’admissibilité ne saurait reposer sur une « pure spéculation en ce qui a trait au risque de préjudice que l’admission [. . .] aurait » sur le mariage précis en cause (par. 108). L’application de la règle est déclenchée par la seule existence d’un mariage valide et toujours existant. À moins que la personne accusée et son conjoint ne soient irrémédiablement séparés, ce qui ferait entrer en jeu l’exception énoncée dans l’arrêt *Salituro*, la mesure dans laquelle l’harmonie ou la mésentente règne *dans le mariage précis en cause* n’a aucune pertinence. Il s’agit plutôt de savoir si, d’un point de vue objectif, l’application de l’exception raisonnée à la règle du oui-dire dans les circonstances particulières de l’affaire romprait l’harmonie conjugale ou engendrerait la répugnance naturelle à voir les conjoints témoigner l’un contre l’autre.

Il reste à déterminer si les déclarations que Darlene Couture a faites à la police auraient dû être admises dans les circonstances de l’espèce.

3.3 *Distinction avec l’affaire Hawkins*

Comme je l’ai déjà mentionné, dans *Hawkins*, ni la constitution ni l’admission de la preuve par oui-dire n’allaient à l’encontre de l’esprit de la règle

incompetence rule. The preliminary hearing testimony was given by the spouse prior to her marriage to the accused, therefore not giving rise to concern about spousal incompetency and the underlying policy for the rule. Further, the hearsay difficulties presented by the unavailability of the maker of the statement were easily overcome by the presence of adequate substitutes: the preliminary hearing transcript, where there had been an opportunity to cross-examine the witness in a hearing that dealt with essentially the same issues. Hence, threshold reliability was met by the simple reading of the transcript without having to rely on the accused's ability to call his spouse as a witness at trial and thus involving the spouse in the trial process. I will come back to this point later.

The British Columbia Court of Appeal distinguished *Hawkins* from the case at bar on the basis of three factors (at para. 14):

- (1) the hearsay admitted was a transcript of evidence given under oath;
- (2) the witness had been cross-examined; and
- (3) the marriage took place after the evidence was given.

In the court's view, these differences were such that "the testimonial incompetence of [Darlene Couture] cannot be overcome by the principled exception to the hearsay rule doctrine" (para. 15).

Although the Court of Appeal did not provide much analysis in support of its conclusion, it is implicit that it was of the view that the operation of the principled approach to hearsay in the circumstances of this case would undermine the common law rule of spousal incompetency. In my view, the Court of Appeal was correct to distinguish *Hawkins*. I also agree that the three factors identified by the Court of Appeal lend support to its conclusion. I will explain.

de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire avait été donné par le conjoint avant son mariage avec l'accusé, ne soulevant donc aucune question quant à l'inhabilité du conjoint à témoigner et à l'esprit de cette règle. De plus, les dangers du oui-dire découlant de la non-disponibilité de l'auteur de la déclaration ont été facilement surmontés en raison de l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve : la transcription de l'enquête préliminaire, accompagnée de la possibilité de contre-interroger le témoin dans le cadre d'une audience portant essentiellement sur les mêmes questions. Par conséquent, le critère du seuil de fiabilité se trouvait rempli grâce à la simple lecture de la transcription sans qu'il soit nécessaire de s'en remettre au droit de l'accusé de citer sa conjointe comme témoin et donc de l'impliquer dans le procès. J'y reviendrai plus loin.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a distingué l'affaire *Hawkins* de la présente affaire sur la base de trois facteurs (par. 14) :

- (1) la preuve par oui-dire admise était la transcription d'un témoignage fait sous serment;
- (2) le témoin avait été contre-interrogé;
- (3) le mariage avait été contracté après le témoignage.

Selon la cour, ces différences étaient telles que [TRADUCTION] « l'inhabilité de [Darlene Couture] à témoigner ne peut pas être surmontée par l'exception raisonnée à la règle du oui-dire » (par. 15).

Même si la Cour d'appel n'a pas exposé de raisonnement très étoffé à l'appui de sa conclusion, il est implicite qu'elle était d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, l'application de la méthode d'analyse raisonnée en matière de oui-dire irait à l'encontre de la règle de common law selon laquelle le conjoint est inhabile à témoigner. J'estime que la Cour d'appel a eu raison d'établir une distinction avec l'affaire *Hawkins*. J'estime également que les trois facteurs dégagés par la Cour d'appel étayaient sa conclusion. Je m'explique.

71

From the outset, it can readily be appreciated that the circumstances surrounding the *creation* of the evidence in this case raise concerns about the spousal incompetency rule. Unlike the situation in *Hawkins*, in the present case the spouse's statements were given during the course of the marriage. While no issue respecting privileged communications made during the course of a marriage arises here and a spouse is at liberty to speak to the police, I agree with Mr. Couture's submission that, as a matter of principle, the taking of a statement by the police *for the express purpose of introducing it in evidence against the declarant's spouse* raises concerns about the spousal incompetency rule and its underlying rationales. The police in this case did not obtain a videotaped statement under oath in accord with the requirements set out in *B. (K.G.)* for the purpose of introducing it in evidence. Nonetheless, as noted earlier, Darlene Couture expressed serious concerns about the implications that giving a statement would have on her marriage (see para. 25). If this Court were to rule that statements made by spouses can be admitted at trial based solely on threshold reliability without further regard to the spousal incompetency rule, I agree with Mr. Couture's contention that this would encourage the institutionalized taking of spousal statements for the express purpose of introducing them at trial, a practice that would seriously undermine the preservation of marital harmony. This result would constitute a significant inroad on Parliament's policy choice to maintain the rule against spousal incompetency, a result not intended by the majority in *Hawkins*. For that reason, I would conclude that this factor alone is sufficient to distinguish this case from *Hawkins*. The operation of the principled approach to the hearsay rule would effectively thwart the spousal competency rule and, consequently, cannot provide a basis for admitting the evidence in this case.

72

In light of this conclusion, it is not strictly necessary to embark on any hearsay analysis to dispose of this appeal. However, I believe it is instructive to do so in the particular circumstances of this case

On se rend compte d'emblée que les circonstances entourant la *constitution* de la preuve, en l'espèce, soulèvent des questions concernant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Contrairement à la situation dans *Hawkins*, les déclarations de la conjointe dans la présente affaire ont été faites durant le mariage. Bien qu'il ne soit pas question ici de communications privilégiées faites durant le mariage et qu'un conjoint soit libre de parler à la police, je suis d'accord avec M. Couture pour dire que, sur le plan des principes, la prise d'une déclaration par la police *dans l'intention expresse de la faire admettre en preuve contre le conjoint du déclarant* soulève des problèmes concernant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ses fondements. En l'espèce, la déclaration obtenue par la police n'a pas été faite sous serment ni enregistrée sur bande vidéo, comme elle aurait dû l'être selon l'arrêt *B. (K.G.)* pour être produite en preuve. Néanmoins, comme je l'ai déjà mentionné, Darlene Couture a dit s'inquiéter sérieusement des répercussions de sa déclaration sur son mariage (voir par. 25). Si notre Cour statuait que les déclarations des conjoints peuvent être admises au procès à condition de satisfaire au seul critère du seuil de fiabilité, sans autre considération touchant l'inhabilité du conjoint à témoigner, je crois, à l'instar de M. Couture, que cette décision encouragerait la police à recueillir systématiquement des déclarations des conjoints dans l'intention expresse de les faire admettre en preuve au procès, ce qui serait très préjudiciable à l'harmonie conjugale. Contrairement au résultat voulu par les juges majoritaires dans *Hawkins*, cette pratique ouvrirait une brèche importante dans le choix politique du législateur de maintenir la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Pour ce motif, j'estime que ce seul facteur suffit pour distinguer la présente espèce de l'affaire *Hawkins*. L'application de la méthode d'analyse raisonnée du oui-dire ferait en réalité échec à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ne peut, par conséquent, justifier l'admission de la preuve en l'espèce.

Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas vraiment nécessaire d'examiner la question du oui-dire pour trancher le pourvoi. Je crois néanmoins utile de le faire dans les circonstances

because, in my view, there is a second basis for distinguishing *Hawkins* which only becomes apparent after conducting the hearsay analysis. This second basis for distinguishing *Hawkins* is related to the other two factors identified by the Court of Appeal. As I will explain, unlike the situation in *Hawkins*, it is my view that the Crown cannot meet its onus on the reliability criterion by simply filing the hearsay statements without having to rely on the accused's ability to call his spouse as a witness at trial. Thus, the prospect of calling Darlene Couture at the accused's trial raises additional concerns about the spousal incompetency rule and its second rationale — preventing the indignity of conscripting an accused's spouse to participate in the accused's own prosecution. My conclusion on this second point can best be explained by reviewing the trial judge's application of the principled hearsay exception to the facts of this case, which I will do below. I also find it important to consider the trial judge's hearsay analysis because, unlike Rothstein J., it is my view that the trial judge committed reversible errors in her analysis.

3.4 *Principled Approach Applied to the Facts*

This Court has recently revisited the principled exception to the hearsay rule and its underlying rationale in *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57. I will follow the approach set out in that case.

The first question to be determined, of course, is whether the proposed evidence constitutes hearsay. There is no issue that Darlene Couture's statements to the police constitute hearsay. The Crown seeks to adduce the statements to prove the truth of their contents and there was no contemporaneous opportunity to cross-examine her at the time she gave the statements: see *Khelawon*, at paras. 35-41, for a discussion on the defining features of hearsay.

particulières de l'espèce parce que, selon moi, celle-ci doit être distinguée de l'affaire *Hawkins* à un deuxième égard, qui ne devient apparent qu'après examen de la question du oui-dire. Le deuxième élément qui nous permet d'établir cette distinction est lié aux deux autres facteurs dégagés par la Cour d'appel. Comme je l'expliquerai plus loin, contrairement à la situation dans *Hawkins*, j'estime que le ministère public ne peut s'acquitter du fardeau de preuve que lui impose le critère de la fiabilité en déposant simplement les déclarations relatées sans avoir à recourir au droit de l'accusé de citer son conjoint comme témoin au procès. Ainsi, la perspective de faire témoigner Darlene Couture au procès de l'accusé soulève de nouveaux problèmes concernant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et son deuxième fondement, soit la volonté d'empêcher l'indignité d'avoir à forcer le conjoint d'une personne accusée à participer aux poursuites dirigées contre elle. La meilleure façon d'expliquer ma conclusion sur ce deuxième point est d'examiner l'application par la juge du procès, aux faits de l'espèce, de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, ce que je ferai dans les paragraphes qui suivent. Je crois aussi important d'examiner le raisonnement de la juge du procès sur la question du oui-dire parce que, contrairement au juge Rothstein, j'estime qu'il comporte des erreurs justifiant l'annulation de sa décision.

3.4 *Application de la méthode d'analyse raisonnée aux faits de l'espèce*

Notre Cour a réexaminé récemment l'exception raisonnée à la règle du oui-dire et son fondement dans *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57. Je suivrai la méthode décrite dans cet arrêt.

La première question qu'il faut trancher, évidemment, est de savoir si l'élément de preuve proposé constitue du oui-dire. Personne ne conteste que les déclarations de Darlene Couture à la police constituent du oui-dire. Le ministère public cherche à présenter les déclarations pour prouver la véracité de leur contenu, et il n'a pas été possible de la contre-interroger au moment précis où elle a fait les déclarations : voir *Khelawon*, aux par.

73

74

(I note that La Forest J., in brief concurring reasons in *Hawkins* expressed a reservation on whether the preliminary hearing evidence was hearsay at all.)

35-41, pour une analyse des caractéristiques déterminantes du oui-dire. (Je signale que, dans *Hawkins*, le juge La Forest, dans de brefs motifs concourants, a émis une réserve quant à savoir si la preuve recueillie à l'enquête préliminaire constituait vraiment du oui-dire.)

75 It is also clear that the principled exception applies only to hearsay evidence that would otherwise be admissible through the direct testimony of the declarant, had the declarant been available and competent to testify at trial: *B. (K.G.)*, at p. 784; *Hawkins*, at para. 69. There is no issue that if Darlene had been available and competent to testify at trial, she would have been able to offer the evidence through direct testimony. Although any direct testimony about David Couture's statements made to her would itself constitute hearsay, admissions from an accused fall within a well-recognized exception to the hearsay rule. Further, since Darlene is not a person in authority, no special burden is required.

Il est également clair que l'exception raisonnée ne vise que la preuve par oui-dire qui serait par ailleurs admissible au moyen du témoignage direct du déclarant, eût-il été disponible et habile à témoigner au procès : *B. (K.G.)*, p. 784; *Hawkins*, par. 69. Il ne fait aucun doute que si Darlene avait été disponible et habile à témoigner au procès, elle aurait pu présenter la preuve en témoignant de vive voix. Certes, tout témoignage direct de sa part sur les déclarations que lui a faites David Couture constituerait en soi du oui-dire, mais les aveux d'un accusé relèvent d'une exception bien connue à la règle du oui-dire. En outre, Darlene n'étant pas une personne en situation d'autorité, aucun fardeau particulier ne s'applique.

76 As I suggested in *Khelawon* (at para. 57), putting one's mind to the defining features of hearsay at the outset serves to better focus the admissibility inquiry. The fact that the out-of-court statement is adduced for its *truth* should be considered in the context of the issues in the case so that the court may better assess the potential impact of introducing the evidence in its hearsay form. In this case, the statements consist of alleged confessions by the accused to the commission of two murders. The accused could potentially be convicted on the basis of that evidence alone.

Comme je l'ai indiqué dans *Khelawon* (au par. 57), s'arrêter au départ aux caractéristiques déterminantes du oui-dire permet de mieux orienter l'examen de l'admissibilité. Le fait que la déclaration extrajudiciaire soit présentée pour prouver la *vérité* de son contenu devrait être examiné dans le contexte des questions en litige afin que le tribunal puisse mieux évaluer l'effet potentiel de la présentation de la preuve sous forme de oui-dire. En l'espèce, les déclarations consistent en des aveux que l'accusé aurait faits relativement à deux meurtres. L'accusé pourrait être déclaré coupable sur la seule foi de cette preuve.

77 Further, by putting one's mind, at the outset, to the second defining feature of hearsay — the absence of an opportunity for contemporaneous cross-examination of the declarant, the admissibility inquiry is focussed on the dangers of admitting the hearsay evidence. As discussed in *Khelawon*, the inability to test the evidence is the central concern underlying the hearsay rule. A trial judge is well placed to appreciate the extent to which this

En outre, si on s'arrête au départ à la seconde caractéristique déterminante du oui-dire, soit l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait sa déclaration, on oriente l'examen de l'admissibilité sur les dangers d'admettre la preuve par oui-dire. Comme nous l'avons vu dans *Khelawon*, l'impossibilité de vérifier la preuve est la préoccupation majeure qui sous-tend la règle du oui-dire. Le juge du procès est bien placé pour

limitation is of concern in the particular case, and whether it can be sufficiently overcome.

Having determined that Darlene's statements constitute hearsay, the evidence is presumptively inadmissible, unless it falls within a recognized exception to the rule. The evidence does not fall under any of the traditional exceptions to the hearsay rule. It may nonetheless be admitted on a case-by-case basis if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*: *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23, at para. 15. The onus is on the person who seeks to adduce the evidence to establish these criteria on a balance of probabilities.

The criterion of necessity is intended to ensure that the evidence presented to the court be in the best available form, usually by calling the maker of the statement as a witness. There is no issue here that the Crown has established necessity because Darlene Couture is neither competent nor compellable to testify for the prosecution. If the evidence is to be adduced at all by the Crown, it can only be presented in its hearsay form. The hearsay admissibility inquiry in this case turns rather on the question of threshold reliability.

Since the central underlying concern about hearsay is the inability to test the truth and accuracy of the statement, the reliability requirement is aimed at identifying those cases where this concern is sufficiently overcome to justify receiving the evidence regardless of this difficulty. As explained in *Khelawon*, the criterion of reliability is usually met either because of the way in which the statement came about, its contents are trustworthy, or where circumstances permit the ultimate trier of fact to sufficiently assess its worth. These two ways of demonstrating sufficient reliability are not mutually exclusive and factors relevant to one can complement the other. I now turn to the trial judge's ruling on this question.

As I have stated earlier, the trial judge is well placed to assess the extent to which the hearsay

déterminer dans quelle mesure cette difficulté est préoccupante dans une affaire donnée, et si elle peut être suffisamment surmontée.

Par suite de la conclusion que les déclarations de Darlene constituent du ouï-dire, cette preuve est présumée inadmissible à moins qu'elle ne relève d'une exception reconnue à la règle. La preuve ne correspond à aucune des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Elle peut néanmoins être admise au cas par cas si l'existence d'indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un voir-dire : *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23, par. 15. Il incombe à la personne qui entend présenter la preuve d'établir qu'elle répond à ces critères selon la prépondérance des probabilités.

Le critère de la nécessité vise à garantir que la preuve soit présentée au tribunal sous la meilleure forme possible, habituellement par le témoignage de vive voix de l'auteur de la déclaration. Il n'est pas contesté en l'espèce que le ministère public a établi la nécessité parce que Darlene Couture n'est ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant. Le ministère public ne peut pas présenter cette preuve autrement que sous forme de ouï-dire. En l'espèce, l'admissibilité de la preuve par ouï-dire dépend donc plutôt du critère du seuil de fiabilité.

Le principal problème que pose le ouï-dire étant l'impossibilité de vérifier la véracité et l'exactitude de la déclaration, l'exigence de fiabilité vise à discerner les cas où ce problème est suffisamment surmonté pour justifier malgré tout l'admission de la preuve. Comme notre Cour l'a expliqué dans *Khelawon*, une déclaration répond habituellement au critère de la fiabilité si son contenu est fiable en raison de la manière dont elle a été faite ou si les circonstances permettent, en fin de compte, au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. Ces deux façons d'établir la fiabilité suffisante ne sont pas mutuellement exclusives, et les facteurs pertinents à l'égard de l'une peuvent servir à compléter l'autre. J'examinerai maintenant la décision que la juge du procès a rendue sur cette question.

Comme je l'ai déjà dit, le juge du procès est bien placé pour déterminer dans quelle mesure les

78

79

80

81

dangers are of concern in the particular case and whether they can be sufficiently overcome. Hence, the trial judge's ruling on admissibility is usually entitled to deference. However, in this case, it is my view that the trial judge's conclusion is based on erroneous principles of law. I repeat here for convenience, the gist of the trial judge's reasons for finding that the statement was sufficiently reliable:

The circumstances surrounding the first and second statements do not lead to a conclusion that would defeat threshold reliability. There was no coercion, nor was there a preponderance of leading questions, or any investigatory misconduct on the part of the police in either statement. With regard to the first statement, Darlene Couture was driven to the police station by her friend and advisor, Mr. Van Cittert. Her statement was given with little if any hesitation, and her demeanour, while flat, was conversational.

The statements themselves reveal Darlene Couture's deep concern and feelings for the accused, and her concern that by telling the police, she could lose the trust of Mr. Couture, trust that she seemed to value highly. The circumstances with regard to the statements did not raise the spectre of untruthfulness. [Emphasis added; paras. 11 and 14.]

In addition, the trial judge found that Darlene Couture's statements were corroborated to some degree by the evidence of three witnesses who testified on the *voir dire*.

82 In my respectful view, the trial judge committed two reversible errors in her assessment of the statements' threshold reliability. I will deal first with the question of corroboration.

83 The trial judge erred in finding that the three witnesses upon whom she relied provided any corroborative evidence. Each witness testified, in varying degrees, about being told by Darlene that David Couture disclosed information to her about the murders. This does not in any way constitute

dangers associés au oui-dire sont préoccupants dans une affaire donnée, et s'ils peuvent être suffisamment surmontés. C'est pourquoi il faut généralement faire preuve de retenue à l'égard de la décision du juge du procès sur la question de l'admissibilité. En l'espèce, cependant, j'estime que la conclusion de la juge du procès est fondée sur des principes de droit erronés. Pour des raisons de commodité, je reproduis à nouveau l'essentiel des motifs qui ont amené la juge du procès à conclure que la déclaration était suffisamment fiable :

[TRADUCTION] Les circonstances dans lesquelles la première et la deuxième déclaration ont été faites ne conduisent pas à une conclusion qui annihilerait le seuil de fiabilité. Il n'y a eu ni contrainte, ni prépondérance de questions suggestives, ni manquement de la part des policiers enquêteurs à l'occasion de l'une ou l'autre des déclarations. En ce qui concerne la première déclaration, Darlene Couture a été conduite au poste de police par son ami et conseiller, M. Van Cittert. Elle a fait sa déclaration sans hésiter, ou si peu, et son ton, bien que monocorde, était celui d'une conversation.

Les déclarations elles-mêmes révèlent l'inquiétude et les sentiments profonds de Darlene Couture pour l'accusé, et sa crainte, en parlant à la police, de perdre la confiance de M. Couture, à laquelle elle semblait accorder une grande valeur. Les circonstances entourant les déclarations ne font pas surgir le spectre du mensonge. [Je souligne; par. 11 et 14.]

De plus, la juge du procès a conclu que les déclarations de Darlene Couture étaient corroborées dans une certaine mesure par les dépositions de trois témoins au *voir-dire*.

À mon humble avis, la juge du procès a commis, dans son appréciation du seuil de fiabilité des déclarations, deux erreurs qui justifient l'annulation de sa décision. J'examinerai en premier lieu la question de la corroboration.

La juge du procès a eu tort de conclure que les trois témoins en cause ont fourni une preuve corroborante. Chacun d'eux a témoigné, à divers degrés, s'être fait dire par Darlene que David Couture lui avait révélé des renseignements sur les meurtres. Il ne s'agit absolument pas de corroboration. Une

corroboration. Independent evidence that supports the truth of an assertion is corroborative. The fact that Darlene may have disclosed similar information to others is neither independent nor supportive of the truth of her assertions about David Couture's involvement in the murders. My colleague agrees that "this evidence does not provide independent corroboration of the substance of the evidence that Darlene was providing — i.e., that Mr. Couture was responsible for the murders" (para. 127). He finds, however, that evidence showing that Darlene may have made statements about the murders before her estrangement from her husband had the important function of showing that Darlene had no motive to lie at the time of giving the statements (para. 128). The trial judge in her reasons did not expressly relate this evidence to the question of motive but I take no issue with the logic of the proposition advanced by my colleague. Darlene's statements to other people, depending on the circumstances in which they were made, could be relevant to the question of motive. The fact remains that Mr. Couture stands to be convicted on the substance of Darlene's statements about his commission of the two murders, not on the presence or absence of the declarant's motive.

This Court clarified in *Khelawon* that corroboration can be considered in assessing the threshold reliability of a statement. Indeed, corroboration can be powerful to substantiate the trustworthiness of a statement. Recall the semen stain in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. For example here, Darlene told the police that Mr. Couture had admitted to sexually assaulting both victims after their death. There was no forensic evidence of this nature on the *voir dire* or at trial. However, assuming that there had been evidence that the victims had indeed been sexually assaulted, and that this evidence was not likely to have been known by anyone other than the investigators and the perpetrator at the time of the statement, this corroborative evidence would lend much cogency to the statement. However here, the evidence erroneously relied upon by the trial judge as corroborative is of

preuve indépendante qui atteste la véracité d'une affirmation est une preuve corroborante. Le fait que Darlene ait pu révéler des renseignements semblables à d'autres personnes ne constitue pas une preuve indépendante et n'atteste pas la véracité de ses affirmations concernant l'implication de David Couture dans les meurtres. Mon collègue est aussi d'avis que « ces témoignages n'offrent aucune corroboration indépendante du contenu de la preuve fournie par Darlene — c.-à-d. que M. Couture était responsable des meurtres » (par. 127). Il conclut néanmoins que la preuve démontrant que Darlene pouvait avoir fait des déclarations au sujet des meurtres avant de se séparer de son mari était importante parce qu'elle indiquait que Darlene n'avait aucune raison de mentir au moment où elle a fait ses déclarations (par. 128). Dans ses motifs, la juge du procès n'a pas expressément relié cette preuve à la raison d'agir de Darlene, mais je ne conteste pas la logique de la thèse avancée par mon collègue. Les déclarations que Darlene a pu faire à d'autres personnes, selon les circonstances dans lesquelles elles les a faites, pourraient être pertinentes quant à sa raison d'agir. Il reste que M. Couture risque d'être condamné sur la base du contenu des déclarations de Darlene, selon lesquelles il serait l'auteur des deux meurtres, et non sur la base de l'existence ou de l'inexistence d'une raison d'agir particulière de la déclarante.

Dans *Khelawon*, notre Cour a précisé que la corroboration peut être prise en compte pour apprécier le seuil de fiabilité d'une déclaration. En fait, la corroboration peut constituer un puissant outil de confirmation de la véracité d'une déclaration. Rappelons-nous la tache de sperme dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. En l'espèce, par exemple, Darlene a dit à la police que M. Couture avait admis avoir agressé sexuellement les deux victimes après leur décès. Aucun élément de preuve criminalistique n'a été produit à cet égard lors du *voir dire* ou au procès. Cependant, si une preuve que les victimes ont bel et bien été agressées sexuellement avait existé, et s'il avait été improbable que quelqu'un d'autre que les enquêteurs et l'auteur de l'infraction connaissent cette preuve au moment de la déclaration, cette preuve corroborante donnerait beaucoup de force probante à la déclaration.

no assistance in assessing the inherent trustworthiness of Darlene's statements.

85 Second, the trial judge did not apply the correct test. As discussed earlier, the trial judge must start from the premise that the statements are presumptively *inadmissible* and then search for indicia of trustworthiness that can overcome the general exclusionary rule. The trial judge reversed the onus. She started her analysis with the statement that "[t]he circumstances surrounding the first and second statements do not lead to a conclusion that would defeat threshold reliability" and ended it by concluding that "[t]he circumstances with regard to the statements did not raise the spectre of untruthfulness" (paras. 11 and 14 (emphasis added)). Had the trial judge pointed to circumstances that did indeed make Darlene Couture's statements stand out as particularly cogent, I would conclude that the two bookends to her analysis only amounted to an unfortunate choice of language. But in reading her reasons as a whole, I can only conclude that she effectively reversed the onus.

86 In addition, as I have explained, the trial judge erred by failing to consider whether the admission of the evidence under the principled approach would undermine the spousal incompetency rule or its rationales. In light of these errors, the trial judge's ruling is not entitled to deference and it is open to this Court to come to its own conclusion on the question of admissibility.

87 Although there are no hard and fast rules about the manner of conducting the hearsay admissibility inquiry, there are good reasons to look first at whether there are adequate substitutes for testing the evidence. The presence or absence of adequate substitutes is usually more easily ascertainable. Further, whenever the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient

En l'espèce, cependant, la preuve que la juge du procès a considéré à tort comme corroborante n'est d'aucune utilité pour apprécier la fiabilité inhérente des déclarations de Darlene.

En deuxième lieu, la juge du procès n'a pas appliqué le bon critère. Comme nous l'avons vu, le juge du procès doit, au départ, considérer que les déclarations sont présumées *inadmissibles*, puis se mettre à la recherche d'indices de fiabilité permettant de surmonter la règle de l'exclusion générale. La juge du procès a inversé le fardeau de la preuve. Elle a affirmé, en commençant son analyse, que [TRADUCTION] « [l]es circonstances dans lesquelles la première et la deuxième déclaration ont été faites ne conduisent pas à une conclusion qui annihilerait le seuil de fiabilité » puis, en terminant, que [TRADUCTION] « [l]es circonstances entourant les déclarations ne font pas surgir le spectre du mensonge » (par. 11 et 14 (je souligne)). Si la juge du procès avait mis en relief des circonstances démontrant effectivement que les déclarations de Darlene Couture sont particulièrement convaincantes, je conclurais que le début et la fin de son analyse dénotent simplement un mauvais choix de mots. Mais à la lecture de l'ensemble de ses motifs, je ne peux que conclure qu'elle a effectivement inversé le fardeau de la preuve.

En outre, comme je l'ai expliqué, la juge du procès a commis une erreur en omettant de se demander si l'admission de la preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée porterait atteinte à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner ou à ses fondements. Compte tenu de ces erreurs, il n'y a pas lieu de faire montre de retenue à l'égard de la décision de la juge du procès, et notre Cour peut tirer sa propre conclusion sur la question de l'admissibilité.

Même s'il n'existe pas de règle simple et rigide sur la façon de décider de l'admissibilité de la preuve par oui-dire, il existe de bonnes raisons de déterminer en premier lieu s'il existe d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. L'existence ou l'absence de tels moyens est généralement assez facile à établir. De plus, lorsqu'il est satisfait à l'exigence de la fiabilité parce que le juge des faits dispose de

basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need to inquire further into the likely truth of the statement. That question becomes one that is entirely left to the ultimate trier of fact. Recall the facts in *Hawkins* where the witness had given contradictory versions under oath. There was certainly no basis to admit the hearsay evidence on the ground that it was inherently trustworthy. The evidence was admitted on the sole basis that there were ample substitutes for testing the evidence: it was given under oath and was subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving precisely the same parties and the same issues that would be dealt with at trial. The Court therefore did not engage in any threshold assessment of the trustworthiness of the preliminary hearing testimony itself.

The usual hearsay dangers and the rationale for requiring that they be sufficiently overcome have been discussed at length by this Courts' in previous cases, most recently in *Khelawon* and there is no need to repeat the discussion here. Suffice it to recall that the optimal way of testing evidence adopted by our adversarial system is to have the declarant state the evidence in court, under oath, and under the scrutiny of contemporaneous cross-examination. On the admissibility inquiry, the search is for adequate substitutes that give the trier of fact a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, thereby warranting its admission.

In this case, neither statement was given under oath. Nor were the statements given in circumstances that could arguably be akin to the taking of an oath where the importance of telling the truth and the consequences of making a false statement were properly emphasized to Darlene Couture. There was certainly evidence that she felt morally bound to disclose to the police what David Couture had told her when he was in prison. However, her conscience did not appear to bind her to the same extent by the time she gave her second statement to

suffisamment d'éléments pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire de s'enquérir davantage de la véracité probable de la déclaration. Cette tâche revient en fin de compte entièrement au juge des faits. Rappelons les faits dans *Hawkins*, où le témoin avait donné des versions contradictoires sous serment. Il ne fait aucun doute que rien ne permettait d'admettre la preuve par oui-dire au motif qu'elle était fiable en soi. La preuve a été admise pour le seul motif qu'il existait d'autres moyens largement suffisants de la vérifier : la déclaration avait été faite sous serment et accompagnée de la possibilité de contre-interroger le déclarant au moment même, dans le cadre d'une audience intéressant exactement les mêmes parties et les mêmes questions que celles qui allaient être examinées au procès. La Cour n'a donc pas procédé à une appréciation préliminaire de la fiabilité du témoignage même recueilli à l'enquête préliminaire.

Dans ses arrêts antérieurs, et tout récemment dans *Khelawon*, notre Cour a analysé en détail les dangers généralement associés au oui-dire et la raison pour laquelle on exige qu'ils soient suffisamment surmontés; il n'est donc pas nécessaire de reprendre cette analyse en l'espèce. Il suffit de rappeler que, dans notre système accusatoire, la meilleure façon de vérifier la preuve consiste à faire témoigner directement le déclarant sous serment et à le contre-interroger au moment même de sa déposition. Lors de l'examen de l'admissibilité d'une déclaration, il s'agit d'établir l'existence d'autres moyens adéquats permettant au juge des faits d'en apprécier la véracité et l'exactitude, pour en justifier l'admission.

En l'espèce, aucune des déclarations n'a été faite sous serment. Les déclarations n'ont pas non plus été faites dans des circonstances qui pourraient être considérées comme s'apparentant à une prestation de serment dans le cadre de laquelle on aurait dûment signalé à Darlene Couture l'importance de dire la vérité et les conséquences d'une fausse déclaration. Certes, la preuve indique qu'elle s'est sentie moralement tenue de révéler à la police ce que David Couture lui avait dit lorsqu'il était incarcéré, mais elle ne semble pas s'être sentie aussi liée

the police when she was focussed rather on reuniting with her estranged husband.

90 The pivotal statement — the first one given to Sgt. Mogridge that contains the alleged confessions — was not videotaped. The audiotape assists in ascertaining the accuracy of the recording but there is limited opportunity to observe the declarant as she is making her statement. The second statement was videotaped and would provide the trier of fact with a better basis for assessing the evidence, but Darlene does not repeat the crucial evidence in the second statement.

91 Absent the opportunity to cross-examine Darlene Couture, it is my view that there is no basis upon which a court could find in this case that there are adequate substitutes for testing the accuracy and truth of Darlene Couture's statements. The Crown, however, submits that there *is* an opportunity to cross-examine the witness in this case. Darlene Couture is available and the accused has the unique opportunity to call her as his witness. In all likelihood, given the adversity of interest, he could also obtain leave from the trial judge to cross-examine her. Assuming that Darlene, if unwilling to testify, would also be compellable by the defence, the Crown is correct in this contention. In addition, the Crown could also cross-examine the witness if she were called by the defence.

92 In the usual case, the availability of the declarant for cross-examination goes a long way to satisfying the requirement for adequate substitutes. See, for example, *B. (K.G.)* and *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764. The fact that the accused had an opportunity to cross-examine the declarant at the preliminary hearing was also a crucial factor in the Court's decision to admit the evidence under the principled approach in *Hawkins*. Therefore, on the hearsay analysis, it is at least arguable that the reliability requirement has also been met here. However, the Court must ask itself if the admissibility of the evidence on that basis would undermine the spousal incompetency rule.

par sa conscience lors de sa deuxième déclaration à la police, à un moment où elle se préoccupait plutôt de se réconcilier avec son mari.

La déclaration essentielle — la première, qui a été recueillie par le sergent Mogridge et qui contient les aveux allégués — n'a pas été enregistrée sur bande vidéo. La bande audio est utile en ce qu'elle garantit l'exactitude de l'enregistrement, mais n'offre guère la possibilité d'observer la déclarante au moment de sa déclaration. La deuxième déclaration a été enregistrée sur bande vidéo et permettrait au juge des faits de mieux apprécier la preuve, mais Darlene n'y répète pas les éléments cruciaux de sa déposition.

Vu l'impossibilité de contre-interroger Darlene Couture, j'estime que rien ne permettrait à un tribunal de conclure, en l'espèce, à l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la véracité et l'exactitude de ses déclarations. Le ministère public soutient néanmoins qu'il *existe* une possibilité de contre-interroger le témoin. Darlene Couture est disponible et l'accusé a l'avantage unique de pouvoir la citer comme témoin. Étant donné leurs intérêts opposés, il pourrait également, selon toute vraisemblance, obtenir du juge du procès l'autorisation de la contre-interroger. En tenant pour acquis que la défense pourrait aussi, en cas de refus, la contraindre à témoigner, le ministère public a raison sur ce point. De plus, la poursuite pourrait aussi la contre-interroger si elle était assignée par la défense.

Habituellement, la disponibilité du déclarant pour être contre-interrogé contribue grandement à satisfaire à l'exigence d'autres moyens adéquats. Voir, par exemple, les arrêts *B. (K.G.)* et *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764. Le fait que l'accusé a eu la possibilité de contre-interroger le déclarant à l'enquête préliminaire a également constitué, dans *Hawkins*, un élément crucial de la décision de la Cour d'admettre la preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée. En ce qui concerne le ouï-dire, on peut donc à tout le moins soutenir que la déclaration en l'espèce répond aussi au critère de la fiabilité. Néanmoins, la Cour doit se demander si l'admission de la preuve sur ce fondement porterait atteinte à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner.

3.5 Spousal Incompetency

It is on the spousal incompetency analysis, in my view, that this case must be distinguished from *Hawkins*. In that case, the testimony had been given and cross-examination had taken place *before the marriage* — hence the simple filing of the transcript at trial gave rise to no concern about spousal incompetency. The situation is different here. The prospect of Darlene Couture testifying at trial raises different concerns on the question of whether the admission of the evidence would run afoul of the spousal incompetency rule and its underlying rationales.

There is no question that a spouse is competent, and presumably compellable, to testify for the defence and hence, in and of itself, the fact that an accused calls his spouse as a witness does not violate the spousal incompetency rule. However, here, the *Crown* bears the onus of showing that there are adequate substitutes for testing the hearsay evidence or that the evidence is otherwise sufficiently reliable. In my view, because of the exigencies of the spousal incompetency rule, it is not open to the *Crown* to rely on the *accused's* ability to cross-examine his spouse as his own witness in order to meet its burden on the admissibility inquiry. The accused, in order to properly test the evidence put against him, would be forced to call his spouse as his witness, confront her in cross-examination, and ultimately also risk being convicted on the basis of her evidence. This approach would clearly undermine the rationales underlying the spousal incompetency rule and therefore cannot be countenanced by this Court.

Further, far from being exceptional, this approach would be of broad application and would virtually abolish the rule. *B. (K.G.)* statements (under oath and videotaped) could be routinely taken by the police and, in any case where the spouse is physically available, the *Crown* would be able to invoke the accused's ability to call the spouse at his or her trial to meet its onus on the admissibility inquiry. Since the opportunity to cross-examine is the most powerful factor favouring admissibility, the

3.5 Inhabilité du conjoint à témoigner

À mon avis, c'est dans le cadre de l'analyse de cette règle que la présente espèce doit être distinguée de l'affaire *Hawkins*. Dans *Hawkins*, le témoignage avait été donné et le contre-interrogatoire mené *avant le mariage* — le simple dépôt de la transcription ne soulevait donc pas la question de l'inhabilité du conjoint à témoigner. La situation est différente en l'espèce. La perspective du témoignage de Darlene Couture au procès soulève plusieurs questions quant à savoir si l'admission de la preuve irait à l'encontre de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et de ses fondements.

Il est indubitable que le conjoint est habile à témoigner, et vraisemblablement contraignable, pour la défense; le fait que l'accusé cite son conjoint comme témoin ne viole donc pas, en soi, la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. En l'espèce, cependant, il incombe au *ministère public* d'établir qu'il existe d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve par ouï-dire ou qu'elle est par ailleurs suffisamment fiable. À mon avis, en raison des exigences de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, le ministère public ne peut, pour s'acquitter de son fardeau d'établir l'admissibilité, s'appuyer sur le droit de l'accusé de contre-interroger son conjoint comme son propre témoin. Pour vérifier convenablement la preuve déposée contre lui, l'accusé se verrait obligé de citer son conjoint comme témoin, puis de le confronter en contre-interrogatoire, pour finalement risquer d'être déclaré coupable sur la foi de son témoignage. Cette façon de procéder irait manifestement à l'encontre des fondements de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner et ne saurait être admise par notre Cour.

En outre, cette façon de procéder, loin d'être exceptionnelle, recevrait une application large et abolirait pratiquement la règle. La police pourrait recueillir systématiquement des déclarations conformes à l'arrêt *B. (K.G.)* (faites sous serment et enregistrées sur bande vidéo) et, dans les cas où le conjoint est disponible physiquement, le ministère public serait en mesure d'invoquer le droit de l'accusé de faire comparaître son conjoint comme témoin à son procès pour s'acquitter du fardeau

93

94

95

admissibility of the evidence would likely become the rule rather than the exception.

96 I therefore conclude on this basis as well that the operation of the principled approach to hearsay would undermine the spousal incompetency rule.

97 Rothstein J. shares my view that “it is not open to the Crown to rely on the accused’s exclusive right to call the spouse as a witness in order to meet its burden of proving threshold reliability” (para. 133). However, because he nonetheless concludes that the evidence was sufficiently reliable to warrant admission, I will say a few words on the question whether the hearsay statements are themselves sufficiently trustworthy to overcome the hearsay dangers without relying on the accused’s ability to call his spouse as a witness.

3.6 *Trustworthiness of the Contents of the Statements*

98 When there is no real concern about a statement’s truth and accuracy because of the circumstances in which it came about, there is no good reason why it should not be considered by the trier of fact, regardless of its hearsay form.

99 In some cases, the trustworthiness of the statement itself may be combined with the presence of adequate substitutes for testing it to meet the criterion of reliability. Recall *U. (F.J.)* where the striking similarities between the complainant’s statement and the independent statement made by the accused were so compelling that the only likely explanation was that they were both telling the truth. In addition, the complainant was available to be cross-examined. Here, however, in assessing the statements’ trustworthiness under this branch of the reliability test, it is important to keep in mind that the evidence, if admitted, will go largely untested. Because there are no adequate substitutes

qui lui incombe d’établir l’admissibilité. La possibilité de contre-interroger étant le facteur le plus concluant pour démontrer l’admissibilité, l’admissibilité de la preuve deviendrait vraisemblablement la règle plutôt que l’exception.

Je conclus donc, sur ce fondement également, que l’application de la méthode d’analyse raisonnée en matière de ouï-dire porterait atteinte à la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner.

Le juge Rothstein est d’accord avec moi pour dire que « le ministère public ne peut s’appuyer sur le droit exclusif de l’accusé de citer son conjoint comme témoin pour s’acquitter du fardeau qui lui incombe d’établir le seuil de fiabilité » (par. 133). Cependant, puisqu’il conclut néanmoins que la preuve était suffisamment fiable pour en justifier l’admission, je dirai quelques mots sur la question de savoir si les déclarations relatées elles-mêmes sont suffisamment fiables pour surmonter les dangers associés au ouï-dire sans qu’il soit nécessaire de recourir au droit de l’accusé de citer son conjoint comme témoin.

3.6 *Fiabilité du contenu des déclarations*

Lorsqu’il n’y a pas vraiment lieu de s’interroger sur la véracité et l’exactitude d’une déclaration, en raison des circonstances dans lesquelles elle a été faite, rien ne devrait empêcher le juge des faits de la prendre en compte, même sous forme de ouï-dire.

Dans certains cas, la fiabilité de la déclaration elle-même peut s’accompagner d’autres moyens adéquats de vérifier si elle satisfait au critère de la fiabilité. Rappelons l’affaire *U. (F.J.)*, où les similitudes entre la déclaration de la plaignante et la déclaration indépendante de l’accusé étaient si frappantes que la seule explication possible était qu’ils disaient tous deux la vérité. La plaignante était en outre disponible pour être contre-interrogée. En l’espèce, cependant, pour apprécier les déclarations suivant ce volet du critère de la fiabilité, il est important de garder à l’esprit que la preuve, une fois admise, ne pourra en grande partie être vérifiée. Vu les faits qui démontrent l’absence d’autres moyens

for testing the evidence on the facts of this case, there must be some compelling feature about the statement that commands sufficient trust in its truth and accuracy to warrant its admission regardless. Wigmore explains it well in these words:

There are many situations in which it can be easily seen that such a required test [i.e., cross-examination] would add little as a security, because its purposes had been already substantially accomplished. If a statement has been made under such circumstances that even a skeptical caution would look upon it as trustworthy (in the ordinary instance) in a high degree of probability, it would be pedantic to insist on a test whose chief object is already secured. [Emphasis added.]

(*Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1974), vol. 5, at §1420, p. 252)

Hence, what must be shown is a certain cogency about the statements that removes any real concern about their truth and accuracy. The only circumstances the trial judge points to in support of her conclusion that the statements were sufficiently reliable are the following: “no coercion”, no “preponderance of leading questions”, no “investigatory misconduct on the part of the police”, and no “motive to lie”. In addition, she places some reliance on the facts that the “statement was given with little if any hesitation, and her demeanour, while flat, was conversational”.

With respect, I see nothing in these circumstances that makes either one of Darlene Couture’s statements such that “even a skeptical caution would look upon it as trustworthy” (emphasis added). The circumstances identified by the trial judge, while relevant, in essence simply point to an absence of factors that, if present, would detract from an otherwise trustworthy statement. While the contents of the statements — an alleged disclosure of a suspect’s confession to two murders — are unusual, there is nothing about the statements themselves that compels one to trust their truth and accuracy in this untested form. To the contrary, there is good reason to exercise particular caution — the

adéquats de vérifier la preuve en l’espèce, la déclaration doit présenter des caractéristiques convaincantes qui font suffisamment croire à sa véracité et à son exactitude pour justifier son admission malgré tout. Wigmore l’explique bien en ces termes :

[TRADUCTION] Dans beaucoup de situations, on peut facilement constater qu’une telle mise à l’épreuve requise [c.-à-d. le contre-interrogatoire] ajouterait peu comme garantie parce que ses objets ont déjà été atteints en grande partie. Si une déclaration a été faite dans des circonstances où même une personne sceptique agissant prudemment la considérerait comme très probablement fiable (en temps normal), il serait pédant d’insister sur une mise à l’épreuve dont l’objet principal est déjà atteint. [Je souligne.]

(*Wigmore on Evidence* (rév. Chadbourn 1974), vol. 5, §1420, p. 252)

Donc, ce qu’il faut établir, c’est une certaine force probante des déclarations permettant d’écarter tout doute réel quant à leur véracité et à leur exactitude. Les seules circonstances que la juge du procès a invoquées à l’appui de sa conclusion que les déclarations étaient suffisamment fiables étaient qu’il n’y avait eu [TRADUCTION] « ni contrainte », « ni prépondérance de questions suggestives », « ni manquement de la part des policiers enquêteurs », et « aucune raison de mentir ». Elle a en outre accordé une certaine importance aux faits que [TRADUCTION] « [Darlene] a fait sa déclaration sans hésiter, ou si peu, et [que] son ton, bien que monocorde, était celui d’une conversation ».

En toute déférence, je ne vois rien dans ces circonstances qui fasse de l’une ou l’autre des déclarations de Darlene Couture une déclaration que [TRADUCTION] « même une personne sceptique agissant prudemment [.] considérerait comme [.] fiable » (je souligne). Les circonstances soulignées par la juge du procès, quoique pertinentes, révèlent simplement une absence de facteurs qui, s’ils étaient présents, diminueraient la valeur d’une déclaration par ailleurs fiable. S’il est vrai que le contenu des déclarations — la divulgation de l’aveu qu’un suspect aurait fait relativement à deux meurtres — est inhabituel, aucun élément relatif aux déclarations elles-mêmes ne porte à

declarant was an estranged spouse of the suspect recounting events from years previous. I explained earlier that the principled exception to the hearsay rule is not intended to supplant all other rules of evidence. Nor is it intended to provide a substitute for the usual rigours of the criminal trial process.

4. Disposition

102 For these reasons, I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

The reasons of Bastarache, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

103 ROTHSTEIN J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Justice Charron. However, I find myself unable to agree with her.

104 This appeal raises the question of the impact of the spousal incompetence rule on the principled approach to the admission of hearsay evidence. This Court, by a majority in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, resolved this issue by finding that the rule does not affect the necessity and reliability assessment but can be considered as a part of a trial judge's residual discretion to exclude hearsay where he or she finds that to admit a spouse's statements would result in "unfairness" to the accused. With respect, I do not think that Charron J. merely departs from that principle in her reasons. In my view, she is overturning *Hawkins* completely without a compelling reason to do so. In addition, her reasons are also a departure from this Court's previous rulings regarding what gives hearsay evidence circumstantial indicia of reliability that would allow it to be admitted under the principled approach to hearsay.

croire irrésistiblement à leur véracité et à leur exactitude sous cette forme non vérifiée. Au contraire, il existe une bonne raison de faire montre de beaucoup de prudence : la déclarante était la conjointe séparée du suspect, qui relatait des événements survenus des années auparavant. J'ai déjà expliqué que l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire n'est pas censée l'emporter sur toutes les autres règles de preuve. Pas plus qu'elle n'est censée suppléer à la rigueur habituelle des procès criminels.

4. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance commandant la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Bastarache, Deschamps, Abella et Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Charron. Il m'est toutefois impossible d'y souscrire.

Le pourvoi concerne l'incidence de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner sur la méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. Dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, notre Cour a tranché la question en concluant, à la majorité, que cette règle n'a aucun effet sur l'appréciation de la nécessité et de la fiabilité, mais peut être considérée comme relevant du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'exclure une preuve par ouï-dire, lorsqu'il estime que l'admission des déclarations du conjoint entraînerait une « iniquité » envers l'accusé. En toute déférence, je ne pense pas que la juge Charron s'écarte simplement de ce principe dans ses motifs. À mon avis, elle fait table rase de l'arrêt *Hawkins* sans avoir de raisons impérieuses de le faire. De plus, ses motifs s'écartent des précédents de notre Cour sur les éléments qui confèrent à la preuve par ouï-dire la fiabilité circonstancielle voulue pour qu'elle soit admise suivant la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire.

I. Analysis

I agree with Charron J.'s overview of the law respecting spousal testimony in paras. 37-48. It is on the issue of the effect that the spousal incompetence rule has on the assessment of the admissibility of hearsay evidence that we disagree. I believe that *Hawkins* is clear that the underlying rationale of the spousal testimonial incompetence rule is only relevant at the residual discretion stage of the hearsay analysis. In my view, Charron J.'s reasons, on the other hand, effectively endorse the dissent in *Hawkins*.

In the present case, Darlene Couture's valid and subsisting marriage to the accused made her incompetent to testify for the Crown. The Crown nevertheless sought to have Darlene's prior statements to the police admitted at trial under the principled approach to hearsay. The trial judge and both counsel appear to have proceeded on the — correct, in my view — assumption that the judgment of this Court in *Hawkins* determined the principles to be applied when the issue is an out-of-court statement of a spouse who is neither competent nor compellable. After a *voir dire*, the trial judge found the statements to be both necessary and reliable and admitted them: [2003] B.C.J. No. 1697 (QL), 2003 BCSC 988.

The Court of Appeal disagreed with the trial judge's ruling and found that Darlene's statements to the police were not admissible. A new trial was ordered: (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 2005 BCCA 205. Southin J.A., writing for a unanimous court, expressed her preference for the dissenting reasons in *Hawkins* at para. 13: "It may be thought presumptuous of me to say so, but I have always thought that the dissenting judgment of Major J., concurred in by McLachlin J. (as she then was), and the late Sopinka J., was persuasive." Southin J.A. went on to list three reasons to justify why the

I. Analyse

Je suis d'accord avec le juge Charron sur l'aperçu qu'elle donne du droit applicable en ce qui concerne le témoignage du conjoint, aux par. 37 à 48. C'est concernant l'incidence de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner sur l'appréciation de l'admissibilité de la preuve par oui-dire que nous divergeons d'opinion. Selon moi, l'arrêt *Hawkins* établit clairement que le fondement de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner n'est pertinent qu'à l'étape de l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge des faits dans le cadre de son appréciation de la preuve par oui-dire. Le juge Charron semble, au contraire, adhérer à l'opinion dissidente exprimée dans *Hawkins*.

En l'espèce, Darlene Couture était inhabile à témoigner pour le ministère public, parce qu'elle était toujours mariée à l'accusé et que leur mariage était valide. La poursuite a néanmoins tenté de faire admettre en preuve au procès les déclarations antérieures de Darlene à la police à titre d'exception raisonnée à la règle du oui-dire. Le juge du procès et les avocats des deux parties semblent avoir tenu pour acquis — à juste titre, selon moi — que l'arrêt *Hawkins* de notre Cour a établi les principes applicables lorsque l'objet du litige est la déclaration extrajudiciaire d'un conjoint qui n'est ni habile à témoigner ni contraignable. À l'issue d'un voir-dire, la juge du procès a conclu que les déclarations étaient nécessaires et fiables, et elle les a admises en preuve : [2003] B.C.J. No. 1697 (QL), 2003 BCSC 988.

La Cour d'appel ne partageait pas l'opinion de la juge du procès et a conclu que les déclarations de Darlene à la police n'étaient pas admissibles. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès : (2005), 196 C.C.C. (3d) 564, 2005 BCCA 205. S'exprimant au nom d'une cour unanime, la juge Southin a dit préférer les motifs dissidents exposés dans *Hawkins* (par. 13) : [TRADUCTION] « Cela peut paraître présomptueux de ma part, mais j'ai toujours pensé que les motifs dissidents du juge Major, auxquels ont souscrit la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et le regretté juge

105

106

107

case before her warranted a different result from *Hawkins*:

- (1) the hearsay admitted in *Hawkins* was a transcript of evidence given under oath;
- (2) the witness had been cross-examined; and,
- (3) the marriage took place after the evidence was given.

108 For the reasons I will explain, my view is that none of these features (the first two relating to reliability and the last relating to “preservation of marital harmony” considerations) distinguish the present appeal from *Hawkins* so as to preclude the admission of the hearsay statements.

109 In *Hawkins*, six judges of this Court agreed that spousal testimonial incompetence does not preclude the admission of hearsay evidence. The only point of disagreement among the six judges in the majority was related to the trial judge’s residual discretion to exclude the spouse’s hearsay statements on the basis that to admit them would cause some “unfairness” to the accused by undermining his or her marital harmony.

110 Three judges dissented in *Hawkins*. Writing for himself, McLachlin J. and Sopinka J., Major J. was of the view that the spousal incompetence rule precluded the Crown from ever admitting the hearsay evidence of a husband or wife. According to him, given that the policy behind the common law rule is designed to prevent spouses from having to provide evidence against each other, it should not be confined solely to testimony at trial; rather it should effectively bar one spouse from helping to convict the other, regardless of how that evidence is provided.

111 Despite the diverging opinions amongst the majority in *Hawkins* regarding the impact of the spousal incompetence rule on a judge’s residual

Sopinka, étaient convaincants. » Elle a ensuite énuméré trois raisons pour lesquelles l’affaire commandait un résultat différent de celui obtenu dans *Hawkins* :

- (1) la preuve par ouï-dire admise dans *Hawkins* était la transcription d’un témoignage fait sous serment;
- (2) le témoin avait été contre-interrogé;
- (3) le mariage a été contracté après le témoignage.

Pour les motifs que j’exposerai plus loin, j’estime qu’aucune de ces particularités (les deux premières ayant trait à la fiabilité, et la dernière, à la « préservation de l’harmonie conjugale ») ne distingue le présent pourvoi de l’affaire *Hawkins* au point d’empêcher l’admission des déclarations relatées.

Dans *Hawkins*, six juges de notre Cour ont convenu que la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner n’empêche pas l’admission d’une preuve par ouï-dire. Le seul point de désaccord entre les six juges majoritaires concernait le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d’exclure les déclarations relatées du conjoint pour le motif que leur admission entraînerait une « iniquité » envers l’accusé en mettant son harmonie conjugale en péril.

Trois juges étaient dissidents dans *Hawkins*. S’exprimant en son propre nom et au nom de la juge McLachlin et du juge Sopinka, le juge Major s’est dit d’avis que la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner interdisait dans tous les cas au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire émanant d’un conjoint. Selon lui, puisque le principe à la base de la règle de common law est d’empêcher les conjoints de témoigner l’un contre l’autre, cette règle ne devrait pas s’appliquer uniquement au témoignage au procès, mais devrait, en fait, empêcher qu’un conjoint contribue à faire déclarer l’autre coupable, quelle que soit la façon dont la preuve est présentée.

Malgré les opinions divergentes qu’ils ont exprimées dans cette affaire quant à l’incidence de la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner sur

discretion, all six judges of this Court held in that case that, as a matter of principle, pre-trial spousal statements are admissible under the principled approach to hearsay despite testimonial incompetence at the time of trial so long as certain requirements are met, each of which I discuss below.

A. *Necessity*

Under this Court's principled framework, hearsay evidence like Darlene's statements to the police in the present case is admissible if it meets the dual requirements of necessity and reliability. With regard to the first of the two criteria, the evidence will be "necessary" in circumstances where the declarant is unavailable to testify at trial and where the party is unable to obtain evidence of a similar quality from another source: *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 796. Both Charron J. and I agree that the Crown has established necessity because Darlene is neither competent nor compellable to testify for the prosecution.

B. *Reliability*

(1) The Two Methods of Assessing Reliability

The requirement of reliability will be satisfied where the hearsay statement was made in circumstances which provide sufficient guarantees of its trustworthiness: *Hawkins*, at para. 74; *B. (K.G.)*, at p. 787. In particular, the circumstances must counteract the traditional evidentiary dangers associated with hearsay.

In *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57, at paras. 61-64, this Court noted that the threshold reliability requirement will generally be met by showing (1) that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about or (2) that there is no real concern about whether the statement is true or not because there are substitutes for the safeguards that courts have traditionally relied upon to determine the truth or falsity of evidence,

le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge, les six juges majoritaires ont tous conclu que les déclarations faites par le conjoint avant le procès sont, en principe, admissibles suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de oui-dire, malgré l'incapacité du conjoint à témoigner au moment du procès, à condition de satisfaire à certaines exigences, que j'analyserai une à une.

A. *La nécessité*

Selon le cadre d'analyse raisonnée établi par notre Cour, une preuve par oui-dire, telles les déclarations que Darlene a faites à la police, est admissible si elle satisfait aux deux critères de la nécessité et de la fiabilité. En ce qui concerne le premier critère, la déclaration est « nécessaire » lorsque son auteur n'est pas disponible pour témoigner au procès et qu'une preuve de qualité similaire ne peut être obtenue d'une autre source : *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 796. La juge Charron et moi sommes d'accord pour dire que le ministère public a établi la nécessité parce que Darlene n'est ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant.

B. *La fiabilité*

(1) Les deux méthodes d'appréciation de la fiabilité

L'exigence de fiabilité est remplie si la déclaration relatée a été faite dans des circonstances qui fournissent des garanties suffisantes de sa véracité : *Hawkins*, par. 74; *B. (K.G.)*, p. 787. Ces circonstances doivent, en particulier, neutraliser les dangers traditionnellement associés à la preuve par oui-dire.

Dans *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57, par. 61-64, la Cour a indiqué qu'il est généralement possible de satisfaire à l'exigence du seuil de fiabilité en démontrant (1) qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite, ou (2) qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu l'existence de substituts aux garanties traditionnelles auxquelles se fient les

112

113

114

such as contemporaneous cross-examination, the oath and the ability to observe the declarant's demeanour at the time the statement was made. See also *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (Ont. C.A.), at para. 24.

tribunaux pour vérifier la véracité ou la fausseté de la preuve, comme le contre-interrogatoire effectué au moment même de la déclaration, le serment et la possibilité d'observer le comportement du déclarant au moment de la déclaration. Voir également *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (C.A. Ont.), par. 24.

115 In assessing whether Darlene's statements were reliable, my colleague appears to focus much attention on the latter of the two ways. She emphasizes in her reasons that in *Hawkins*, unlike the present appeal, the hearsay evidence was given under oath and was subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving precisely the same parties and the same issues that would be dealt with at trial. Charron J. notes at para. 92, for example, that the fact that the accused had an opportunity to cross-examine the declarant at the preliminary hearing was a "crucial" factor in the Court's decision to admit the hearsay evidence in *Hawkins*. At para. 91, she says, "Absent the opportunity to cross-examine Darlene Couture, it is my view that there is no basis upon which a court could find in this case that there are adequate substitutes for testing the accuracy and truth of Darlene Couture's statements." (Emphasis added.) In my opinion, this approach (as well as that of the Court of Appeal) overemphasizes the need for an oath and contemporaneous cross-examination in hearsay exception cases involving incompetent spouses, if not in general.

Pour apprécier la fiabilité des déclarations de Darlene, la juge Charron semble centrer son attention sur la dernière des deux méthodes. Dans ses motifs, elle souligne que, dans *Hawkins*, contrairement à ce qui est le cas ici, le témoignage constituant du ouï-dire avait été fait sous serment et accompagné d'un contre-interrogatoire au moment même de la déclaration, dans le cadre d'une audience intéressant exactement les mêmes parties et les mêmes questions que celles qui allaient être examinées au procès. Au paragraphe 92, par exemple, la juge Charron mentionne que, dans *Hawkins*, le fait que l'accusé a eu la possibilité de contre-interroger le déclarant à l'enquête préliminaire a constitué un élément « crucial » de la décision de la Cour d'admettre la preuve par ouï-dire. Au paragraphe 91, elle affirme : « Vu l'impossibilité de contre-interroger Darlene Couture, j'estime que rien ne permettrait à un tribunal de conclure, en l'espèce, à l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la véracité et l'exactitude de ses déclarations. » (Je souligne.) À mon avis, ce raisonnement (à l'instar de celui de la Cour d'appel) insiste trop sur la nécessité du serment et de la contemporanéité du contre-interrogatoire dans les cas d'exception à la règle du ouï-dire mettant en cause des conjoints inhabiles à témoigner, voire en général.

116 While the importance of an oath and cross-examination cannot be disputed, their availability is by no means the *sine qua non* of admissibility under the principled approach to hearsay. *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, are both examples of cases where the hearsay statements were not made under oath and were not subject to cross-examination but were nevertheless found to meet the threshold reliability under the first method described in *Khelawon*. In other words, the hearsay evidence was made under circumstances which substantially negate

Bien que l'importance du serment et du contre-interrogatoire soit incontestable, ces éléments ne constituent absolument pas des conditions *sine qua non* de l'admissibilité suivant la méthode d'analyse raisonnée en matière de ouï-dire. Les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, sont deux exemples où les déclarations relatées, qui n'avaient pas été faites sous serment et n'avaient pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire, ont néanmoins été considérées comme satisfaisant au critère du seuil de fiabilité selon la première méthode décrite dans *Khelawon*.

the possibility that the declarant was untruthful or mistaken: *Smith*, at p. 933.

It will be very unusual that hearsay statements that parties are seeking to have admitted at trial will have been made under oath or been the subject of cross-examination. To place too much focus on their absence as a reason for excluding hearsay statements may have the effect of leaving a witness's otherwise reliable and relevant evidence altogether unutilized. As noted by McLachlin J. in *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569, at paras. 31-32:

Generally, the common law insists that evidence be presented under oath and subjected to cross-examination. But “[w]here the test of cross-examination is *impossible of application*, by reason of the declarant’s death or some other cause rendering him now unavailable as a witness on the stand, we are faced with the alternatives of receiving his statements without that test, or of leaving his knowledge altogether unutilized” (Wigmore, *supra*, §1420 (italics in original; underlining added)). This is precisely the choice that faced the trial judge in this case. The witness’s incapacity, for whatever reason, to produce meaningful evidence, faced the court with the spectre of either receiving her out-of-court statements without the test of cross-examination, or of leaving her potentially reliable and clearly relevant knowledge of the crimes with which the accused was charged altogether unutilized.

The question then becomes whether the interests of justice, or to use Wigmore’s term, “the interests of efficient investigation” (§1420), would suffer more from the first alternative of receiving the out-of-court statements or the second alternative of leaving the witness’s knowledge entirely unused. Wigmore’s answer is that the first alternative is preferable, provided that there is sufficient indication of the trustworthiness of the witness’s statement. [Emphasis added.]

In my view, to place such weight on contemporaneous cross-examination in the face of numerous indicia of reliability found by the trial judge (discussed below) is a departure from this Court’s jurisprudence as to what makes a hearsay statement circumstantially reliable, regardless of whether or not the spousal incompetence rule is at play.

Autrement dit, le témoignage constituant du oui-dire a été fait dans des circonstances qui écartent essentiellement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur : *Smith*, p. 933.

Il est rare que les déclarations relatées proposées en preuve au procès aient été faites sous serment ou aient fait l’objet d’un contre-interrogatoire. Trop s’appuyer sur l’absence de ces éléments pour exclure de telles déclarations peut mener à la non-utilisation pure et simple du témoignage par ailleurs fiable et pertinent d’un témoin. Citons à cet égard la juge McLachlin, dans *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569, par. 31-32 :

En général, la common law insiste pour qu’un témoignage soit fait sous serment et fasse l’objet d’un contre-interrogatoire. Mais [TRADUCTION] « [I]orsque l’épreuve du contre-interrogatoire est *impossible à faire subir* en raison du décès du déclarant ou d’une autre cause qui le rend maintenant non disponible pour témoigner, nous avons le choix de recevoir ses déclarations sans procéder à ce contre-interrogatoire ou de ne pas utiliser ce qu’il sait » (Wigmore, *op. cit.*, §1420 (en italique dans l’original; je souligne)). Il s’agit précisément du choix qui s’offrait au juge du procès en l’espèce. En raison de l’incapacité du témoin, pour quelque raison que ce soit, de déposer utilement, le tribunal avait le choix soit de recevoir ses déclarations extrajudiciaires sans procéder à un contre-interrogatoire, soit de ne pas utiliser sa connaissance potentiellement fiable et manifestement pertinente des crimes reprochés à l’accusé.

Il s’agit alors de savoir si l’intérêt de la justice, ou pour reprendre l’expression de Wigmore, [TRADUCTION] « l’intérêt d’un examen efficace » (§1420), souffrirait plus de la première possibilité de recevoir les déclarations extrajudiciaires que de la seconde possibilité de ne pas utiliser ce que le témoin sait. Wigmore répond que la première possibilité est préférable pourvu qu’il y ait suffisamment d’indices de fiabilité de la déclaration du témoin. [Je souligne.]

Selon moi, accorder autant d’importance à la contemporanéité du contre-interrogatoire en présence de nombreux indices de fiabilité constatés par la juge du procès (que nous analyserons plus loin) constitue une dérogation à la jurisprudence de notre Cour sur les éléments qui confèrent une fiabilité circonstancielle à une déclaration relatée, que la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner entre en jeu ou non.

(2) The Trial Judge's Reliability Assessment on the *Voir Dire*

(2) L'appréciation de la fiabilité par la juge du procès lors du voir-dire

118 I now turn to the trial judge's actual assessment of the circumstantial reliability of Darlene's statements. Charron J. in her reasons concludes that the trial judge erred in finding that Darlene's statements met threshold reliability. With respect, I disagree. In order to explain why, I will review the trial judge's *voir dire* ruling with regard to the indicia of reliability.

Examinons maintenant l'appréciation par la juge du procès de la fiabilité circonstancielle des déclarations de Darlene. Dans ses motifs, la juge Charron affirme que la juge du procès a eu tort de conclure que les déclarations de Darlene satisfaisaient au critère du seuil de fiabilité. En toute déférence, je ne partage pas son avis. Pour expliquer mon désaccord, j'examinerai la décision rendue par la juge du procès lors du voir-dire en ce qui a trait aux indices de fiabilité.

119 The trial judge began her ruling on the admissibility of Darlene's statements by noting the importance of both an oath and a cross-examination, and their absence in relation to Darlene's hearsay evidence. She then proceeded to determine the threshold reliability by assessing whether there were other indicia of circumstantial trustworthiness and accuracy of Darlene's statements.

En rendant sa décision sur l'admissibilité des déclarations de Darlene, la juge du procès a commencé par souligner l'importance tant du serment que du contre-interrogatoire, et leur absence en ce qui concerne la preuve par ouï-dire émanant de Darlene. Elle a ensuite abordé la question du seuil de fiabilité en déterminant s'il existait d'autres indices circonstanciels de la véracité et de l'exactitude des déclarations de Darlene.

120 Morrison J. listened to the audiotape of the first police statement, watched the videotape of the second interview, read the transcripts of both interviews that were put in evidence as exhibits and heard from the police officers who conducted the interviews. She concluded that the hearsay dangers of coercion, leading questions or other investigatory misconduct on the part of the police were not present during either statement. Her consideration of these factors is consistent with this Court's statements in *B. (K.G.)* and *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, at para. 49 (both involving hearsay in the form of police statements), that "the trial judge must be satisfied on the balance of probabilities that the statement was not the product of coercion of any form, whether involving threats, promises, excessively leading questions by the investigator or other person in a position of authority, or other forms of investigatory misconduct".

La juge Morrison a écouté la bande sonore de la première déclaration à la police, visionné la bande vidéo de la deuxième entrevue, lu les transcriptions des deux entrevues déposées en preuve comme pièces et entendu les policiers qui ont procédé aux entrevues. Elle a conclu, dans le cas des deux déclarations, à l'absence de coercition, de questions suggestives ou d'autres manquements de la part des enquêteurs, qui sont tous des dangers associés au ouï-dire. Sa prise en compte de ces facteurs est compatible avec les propos de notre Cour dans les arrêts *B. (K.G.)* et *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, par. 49 (concernant tous les deux du ouï-dire sous forme de déclarations à la police), selon lesquels « le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration n'est pas le produit de la coercition, que ce soit menaces, promesses, questions trop suggestives de l'enquêteur ou d'une autre personne en situation d'autorité, ou autres manquements des enquêteurs ».

121 Morrison J. also concluded that Darlene's statements were given with little if any hesitation, and

La juge Morrison a également conclu que Darlene avait fait ses déclarations sans hésiter, ou si peu, et

her demeanour, while flat, was conversational. In both *Khan* and *Khelawon*, this Court found that considerations of a deponent's demeanour at the time of giving the statement could be an indication of trustworthiness. *Khelawon*, at para. 39, identified the question "In what condition was [the witness] at the time she made the statement?" to being a relevant consideration going to trustworthiness.

Charron J. is critical at para. 101 of the considerations that the trial judge took into account in assessing reliability. I fail to understand what is objectionable about the trial judge's consideration of these factors. As demonstrated above, these are *all* factors that this Court has previously identified as relevant to the determination of threshold reliability.

In addition, a proper reliability inquiry has been characterized as entertaining the type of factors that would likely be inquired into during a course of cross-examination: see *Khelawon*, at para. 71. The presence of police coercion, leading questions or other type of investigatory conduct, and whether the deponent had a motive to lie are precisely the type of factors that would be inquired into during an effective cross-examination.

The strongest argument made against the reliability of Darlene's statements at the *voir dire* was that, because of her estrangement at the time from her husband, she would have a motive to lie. Whether the deponent had a motive to mislead has been viewed as a crucial factor in determining trustworthiness in several of this Court's principled hearsay exception cases: see *Khelawon*, at para. 107; *Khan*, at p. 548; *Smith*, at p. 936; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, at para. 215. Defence counsel took the argument even further by positing that because her husband had been abusing her, this was her opportunity to incriminate him, and he would be jailed and that would solve her present problems with him.

que son ton, bien que monocorde, était celui d'une conversation. Tant dans *Khan* que dans *Khelawon*, notre Cour a statué que le comportement du déclarant au moment de la déclaration pouvait constituer un indice de fiabilité. Dans *Khelawon*, au par. 39, la Cour a affirmé que la question « Dans quel état était [le témoin] au moment où elle a fait la déclaration? » était un facteur pertinent quant à la fiabilité.

La juge Charron critique, au par. 101, les facteurs que la juge du procès a pris en compte pour apprécier la fiabilité. Je ne vois pas ce que la prise en compte de ces facteurs par la juge du procès a de contestable. Comme je l'ai démontré précédemment, ce sont *tous* des facteurs que notre Cour a déjà décrits comme pertinents quant à la détermination du seuil de fiabilité.

En outre, on a précisé qu'un examen adéquat de la fiabilité tient compte du type de facteurs qui seraient vraisemblablement vérifiés en contre-interrogatoire : voir *Khelawon*, par. 71. L'exercice d'une coercition par la police, des questions suggestives ou d'autres manquements des enquêteurs, et le fait que le déclarant avait ou non une raison de mentir correspondent précisément au type de facteurs qu'on tenterait de faire ressortir dans le cadre d'un contre-interrogatoire efficace.

L'argument le plus solide invoqué à l'encontre de la fiabilité des déclarations de Darlene lors du *voir-dire* était qu'elle avait une raison de mentir, parce qu'elle était séparée de son mari à l'époque. Dans plusieurs arrêts de notre Cour sur l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, la question de savoir si le déclarant avait une raison de travestir les faits a été considérée comme un facteur crucial à prendre en compte dans l'appréciation de la fiabilité : voir *Khelawon*, par. 107; *Khan*, p. 548; *Smith*, p. 936; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, par. 215. L'avocat de la défense a poussé l'argument encore plus loin en affirmant que, victime de violence de la part de son mari, Darlene pourrait avoir saisi l'occasion de l'incriminer et de le faire emprisonner pour mettre fin aux ennuis qu'il lui causait.

122

123

124

125 The trial judge rejected the argument that Darlene had a motive to lie, finding that “the evidence on the voir dire does not support such a theory”. In reaching that conclusion, the trial judge noted at para. 12:

Mrs. Couture’s concern for her husband remained evident. The evidence does not establish that she appeared to be under tremendous pressure to incriminate Mr. Couture, either for her own reasons or for any reasons that might have been provided by, for example, her daughter or Mr. Van Cittert.

126 To support her conclusion that Darlene’s statements were circumstantially trustworthy, the trial judge also added that she found corroboration of Darlene’s evidence in the testimony of her friend Jan van Cittert, her councillor Marjorie Hopper, and her daughter, Jennifer Nickel, who all testified at the *voir dire* (para. 13). Each of these witnesses testified about having been told by Darlene at earlier times that David Couture disclosed information to her about the murders.

127 I agree with Charron J. that this evidence does not provide independent corroboration of the substance of the evidence that Darlene was providing — i.e., that Mr. Couture was responsible for the murders. However, what it *does* provide support for — or “corroborates” to use the term employed by the trial judge — is that Darlene Couture had no motive to lie at the time of giving the statements. If Darlene disclosed similar information to others at times *prior* to her estrangement from her husband, then the estrangement itself could not serve as motivation for concoction. The witnesses also testified that Darlene remained concerned for Mr. Couture’s well-being throughout their separation, even at the time of contemplating approaching the police, which further supports that her actions were not motivated by a sense of vengeance arising from spousal abuse.

128 Thus, I cannot agree with my colleague that the evidence relied on by the trial judge as corroborative of the fact that Mrs. Couture had no motive to lie is “no[t] supportive of the truth of her

Estimant que [TRADUCTION] « la preuve présentée lors du voir-dire n’appuie pas cette thèse », la juge du procès a rejeté l’argument voulant que Darlene ait eu une raison de mentir. En arrivant à cette conclusion, la juge du procès a dit ceci, au par. 12 :

[TRADUCTION] Il demeurait évident que M^{me} Couture se souciait de son mari. La preuve n’établit pas qu’elle semblait subir une énorme pression pour incriminer M. Couture, tant pour des raisons personnelles que pour une quelconque raison avancée, par exemple, par sa fille ou par M. Van Cittert.

Pour étayer sa conclusion portant que la fiabilité circonstancielle des déclarations de Darlene était établie, la juge du procès a ajouté qu’elle voyait une corroboration de la preuve émanant de Darlene dans le témoignage de son ami, Jan van Cittert, de sa conseillère, Marjorie Hopper, et de sa fille, Jennifer Nickel, qui ont tous témoigné lors du voir-dire (par. 13). Chacun de ces témoins a affirmé avoir été informé antérieurement par Darlene que David Couture lui avait dévoilé des renseignements sur les meurtres.

Je conviens avec la juge Charron que ces témoignages n’offrent aucune corroboration indépendante du contenu de la preuve fournie par Darlene — c.-à-d. que M. Couture était responsable des meurtres. Par contre, ce qu’ils *confirment* — ou « corroborent » pour reprendre le terme employé par la juge du procès — c’est que Darlene Couture n’avait aucune raison de mentir au moment où elle a fait ses déclarations. Si elle avait divulgué des renseignements similaires à des tiers *avant* de se séparer de son mari, alors sa séparation ne pouvait en soi constituer une raison d’inventer. Les témoins ont également affirmé que Darlene avait continué à se soucier du bien-être de M. Couture tout au long de leur séparation, et même au moment où elle envisageait de communiquer avec la police, ce qui tend davantage à démontrer que ses actes n’étaient pas motivés par un désir de vengeance pour les mauvais traitements qu’il lui avait infligés.

Je ne suis donc pas d’accord avec la juge Charron lorsqu’elle affirme que la preuve que la juge du procès a considérée comme corroborant que M^{me} Couture n’avait aucune raison de mentir « n’atteste

assertions” (para. 83) and “is of no assistance in assessing the inherent trustworthiness of Darlene’s statements” (para. 84). This evidence serves an important function, which is to show that Darlene was not motivated out of bitterness from her separation with the accused to concoct a story about his confession to her.

(3) The Onus of Proof Regarding Reliability

Charron J. concludes at para. 85 that the trial judge did not apply the correct test for determining threshold reliability, finding that the trial judge started from the premise that the statements made by Darlene were presumptively admissible, thereby reversing the onus. I agree with Charron J. that in assessing the admissibility of hearsay statements under the principled approach, the trier of fact must start from the premise that such statements are presumptively inadmissible and then search for indicia of trustworthiness that can overcome the general exclusionary rule. Unlike Charron J., however, I am satisfied that Morrison J. placed the onus on the Crown to establish that Darlene’s statements met threshold reliability. Her reasons demonstrate that she accepted facts which constitute sufficient indicia to conclude that Darlene’s statements met threshold reliability. As already discussed above, the trial judge found that, among other things, Darlene’s statements were made voluntarily and without suggestion, she had no motive to mislead and there was a transcript of the first interview and a videotape of the second one.

I recognize that the trial judge did employ some language in her reasons that might be interpreted as suggesting that the reliability of the hearsay evidence had to be negated in order to be excluded. In order to explain why the trial judge might have used the language that she did, I refer to Lamer C.J.’s oft-cited explanation in *Smith* (a case cited by the trial judge in her *voir dire* ruling) as to what makes a statement “reliable”:

pas la véracité de ses affirmations » (par. 83) et « n’est d’aucune utilité pour apprécier la fiabilité inhérente des déclarations de Darlene » (par. 84). Cette preuve joue un rôle important en démontrant que Darlene n’était pas motivée par l’amertume résultant de sa séparation à inventer que son mari lui avait fait des aveux.

(3) Le fardeau de la preuve en matière de fiabilité

La juge Charron conclut, au par. 85, que la juge du procès n’a pas appliqué le bon critère pour déterminer le seuil de fiabilité, parce qu’elle aurait inversé le fardeau de la preuve en partant du principe que les déclarations de Darlene étaient présumées admissibles. Je conviens avec la juge Charron que le juge des faits chargé d’apprécier l’admissibilité de déclarations relatées suivant la méthode d’analyse raisonnée doit partir du principe que ces déclarations sont présumées inadmissibles, puis se mettre à la recherche d’indices de fiabilité permettant de surmonter la règle d’exclusion générale. Contrairement à la juge Charron, cependant, je suis convaincu que la juge Morrison a attribué au ministère public le fardeau d’établir que les déclarations de Darlene satisfaisaient au critère du seuil de fiabilité. Il ressort de ses motifs qu’elle a admis des faits qui constituent des indices suffisants pour conclure que ces déclarations répondaient à ce critère. Comme nous l’avons déjà vu, la juge du procès a notamment constaté que Darlene avait fait ses déclarations volontairement et sans qu’on les lui suggère, qu’elle n’avait aucune raison de travestir les faits et qu’il existait une transcription de la première entrevue et un enregistrement sur bande vidéo de la deuxième.

Je reconnais que la juge du procès a employé, dans ses motifs, certains termes qui pourraient être interprétés comme laissant entendre que la preuve par ouï-dire ne pouvait être exclue que s’il était démontré qu’elle n’était pas fiable. Afin d’expliquer pourquoi la juge du procès a pu faire usage de tels termes, je cite l’explication, maintes fois citée, que le juge en chef Lamer a fournie dans l’arrêt *Smith* (que la juge du procès cite dans sa décision sur le voir-dire) quant à ce qui rend une déclaration « fiable » :

If a statement sought to be adduced by way of hearsay evidence is made under circumstances which substantially negate the possibility that the declarant was untruthful or mistaken, the hearsay evidence may be said to be “reliable”, i.e., a circumstantial guarantee of trustworthiness is established. [Emphasis added; p. 933.]

This excerpt can be found in the first paragraph of the section dealing with the “reliability” criterion in J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at para. 6.80. In my view, the passage goes a long way towards explaining why the trial judge may have chosen the language that she did. While the trial judge’s choice of language may not have been ideal, I think it is important for appellate courts to be cautious not to seize on an ambiguous or less than exemplary choice of words as indicative of legal error absent an examination of the judgment as a whole. As noted by Binnie J. in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, at para. 26: “The appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself.”

(4) Additional Evidence Supporting Reliability

131

There are a number of other factors which I think add to the circumstantial trustworthiness of Darlene’s statements. The Crown notes that prior to the first statement, the interviewing officer told Darlene that he wanted her to tell the truth, and that as an officer that was all he was seeking. The officer receiving the second statement emphasized his job as a seeker of truth and that was all he was interested in. It is obvious that she suffered great conflict between her conscience and her love of the accused in deciding to approach the police. As the trial judge observed, “[t]he statements themselves reveal Darlene Couture’s deep concern and feelings for the accused, and her concern that by telling the police, she could lose the trust of Mr. Couture, trust that she seemed to value highly” (para. 14). Darlene also received advice from people she trusted that she had an obligation to God, to the

Si une déclaration qu’on veut présenter par voie de preuve par ouï-dire a été faite dans des circonstances qui écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur, on peut dire que la preuve est « fiable », c’est-à-dire qu’il y a une garantie circonstancielle de fiabilité. [Je souligne; p. 933.]

Cet extrait figure dans le premier paragraphe de la section sur le critère de la « fiabilité » de l’ouvrage de J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, intitulé *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), par. 6.80. Il explique, selon moi, en grande partie pourquoi la juge du procès a pu choisir les termes qu’elle a utilisés. Ces termes n’étaient peut-être pas des plus heureux, mais je pense qu’il est important que les juridictions d’appel se gardent de saisir une formulation ambiguë ou maladroite pour conclure à une erreur de droit sans examiner l’ensemble du jugement. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Binnie dans *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 26 : « La cour d’appel n’est pas habilitée à intervenir simplement parce qu’elle estime que le juge du procès s’est mal exprimé. »

(4) Preuve additionnelle étayant la fiabilité

Il existe plusieurs autres facteurs qui, selon moi, ajoutent à la fiabilité circonstancielle des déclarations de Darlene. Le ministère public fait remarquer qu’avant de recueillir la première déclaration, l’agent qui a procédé à l’entrevue a dit à Darlene qu’il voulait qu’elle dise la vérité et que, comme policier, c’est tout ce qu’il voulait obtenir. L’agent qui a recueilli la deuxième déclaration a rappelé que son rôle consistait à rechercher la vérité et que c’était tout ce qui l’intéressait. Il est évident que Darlene était déchirée par un énorme conflit entre sa conscience et son amour pour l’accusé lorsqu’elle a décidé de communiquer avec la police. La juge du procès a noté : [TRADUCTION] « [L]es déclarations elles-mêmes révèlent l’inquiétude et les sentiments profonds de Darlene Couture pour l’accusé, et sa crainte, en parlant à la police, de perdre la confiance de M. Couture, à laquelle elle

parents of the victims and even to Mr. Couture himself to disclose what she knew.

(5) Conclusions Regarding Reliability

For the reasons above, it is my view that the trial judge did not reverse the onus and made a reasonable factual finding that Darlene's statements met threshold reliability. The trial judge's finding of reliability in no way hung upon the accused's opportunity to call Mrs. Couture at trial. I question whether there was a basis for Charron J. to substitute the trial judge's finding of reliability with her own. As stated by the majority in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, the trial judge's factual determination is entitled to a high standard of deference and should not be disturbed absent a palpable and overriding error. In my view, the trial judge's findings were amply supported by the facts.

Lastly, I agree with Charron J. that it is not open to the Crown to rely on the accused's exclusive right to call the spouse as a witness in order to meet its burden of proving threshold reliability on the admissibility inquiry. However, the conclusion of the trial judge with respect to the reliability of Darlene's statements did not turn on the fact that Mr. Couture had the opportunity to call on her to testify.

C. *Residual Discretion and Unfairness to the Accused*

Under the principled approach to the admission of out-of-court statements, even where a particular hearsay statement satisfies the criteria for necessity and reliability, the hearsay statement remains subject to the trial judge's residual discretion to exclude a statement where its probative value is slight and undue prejudice might result to the

semblait accorder une grande valeur » (par. 14). Des personnes en qui Darlene avait confiance lui ont aussi dit qu'elle avait envers Dieu, les parents des victimes et même M. Couture lui-même, l'obligation de révéler ce qu'elle savait.

(5) Conclusions concernant la fiabilité

Pour les motifs qui précèdent, j'estime que la juge du procès n'a pas inversé le fardeau de la preuve et qu'elle a tiré une conclusion de fait raisonnable en statuant que les déclarations de Darlene satisfaisaient au critère du seuil de fiabilité. La conclusion de fiabilité de la juge du procès ne dépendait aucunement de la possibilité pour l'accusé de citer M^{me} Couture comme témoin au procès. Je ne suis pas certain que la décision de la juge Charron de substituer sa propre décision à celle de la juge du procès sur la question de la fiabilité soit fondée. Comme l'a dit la Cour à la majorité dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, les décisions factuelles du juge du procès commandent un degré élevé de retenue et ne devraient pas être modifiées en l'absence d'erreur manifeste et dominante. À mon avis, les conclusions de la juge du procès étaient amplement étayées par les faits.

Enfin, je suis d'accord avec la juge Charron pour dire que le ministère public ne peut s'appuyer sur le droit exclusif de l'accusé de citer son conjoint comme témoin pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe d'établir le seuil de fiabilité lors de l'examen de l'admissibilité. Cependant, la conclusion de la juge du procès concernant la fiabilité des déclarations de Darlene ne tenait pas au fait que M. Couture avait la possibilité de l'appeler à témoigner.

C. *Le pouvoir discrétionnaire résiduel et l'iniquité envers l'accusé*

Selon la méthode d'analyse raisonnée en matière d'admissibilité des déclarations extrajudiciaires, même dans le cas où une déclaration relatée particulière satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité, elle demeure assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel du juge de l'exclure lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait

132

133

134

accused. According to *Hawkins*, it is at this stage that a policy consideration justifying the spousal incompetency rule may have an impact on the admissibility of an accused's spouse's out-of-court statements.

135 In *Hawkins* and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, this Court noted that there are only two surviving policy considerations justifying the spousal incompetency rule: preserving marital harmony and avoiding the "natural repugnance" of having the accused's spouse testify against him or her. In *Hawkins*, all six judges in the majority agreed that the admission of a spouse's hearsay statements does not offend the second rationale. As stated by Lamer C.J. and Iacobucci J. at para. 96:

[I]t is difficult to see how the admission of the transcripts would result in an incident of "natural repugnance" to the marriage. As Wigmore explained this second surviving justification of the spousal incompetency rule, the law must prevent the inherent human harshness in permitting an accused's spouse to assume the stand to assist in the accused's prosecution. But since the Crown may not call or compel Graham to assume the stand, Graham is not being conscripted and the threat of a repugnant spectacle is avoided. In short, the operation of the principled exception to the hearsay rule would not thwart the purposes underlying the spousal competency rule.

L'Heureux-Dubé J. agreed with this observation in her concurring reasons at para. 121: "As the Chief Justice and Iacobucci J. correctly state, this second rationale simply does not concern us where the evidence of a spouse is adduced through a hearsay exception."

136 While all six judges in the majority agreed that the "natural repugnance" consideration was not a consideration with regard to admitting hearsay statements, they disagreed about whether trial judges should consider whether admitting a spouse's hearsay statements would result in "unfairness" to the accused by compromising his or her marital

subir un préjudice indu. Selon *Hawkins*, c'est à cette étape qu'une considération de principe justifiant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut avoir une incidence sur l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires du conjoint d'un accusé.

Dans *Hawkins* et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, notre Cour a indiqué qu'il ne reste plus que deux considérations de principe justifiant la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner : préserver l'harmonie conjugale et éviter la « répugnance naturelle » à voir le conjoint de la personne accusée témoigner contre elle. Dans *Hawkins*, les six juges majoritaires ont convenu que l'admission des déclarations relatées d'un conjoint ne va pas à l'encontre de la deuxième justification. Comme l'ont affirmé le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci, au par. 96 :

[I] est difficile de voir comment l'admission des transcriptions créerait une « répugnance naturelle » relativement au mariage. Selon l'explication que Wigmore a donnée de cette deuxième justification, toujours valide, de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, la loi doit éviter la rigueur sur le plan humain que constituerait le fait de permettre au conjoint d'un accusé de témoigner pour venir en aide au poursuivant. Cependant, puisque le ministère public ne peut assigner ni contraindre Graham à témoigner, celle-ci n'est pas forcée et la menace d'une scène répugnante se trouve évitée. Bref, l'application de l'exception de principe à la règle du oui-dire n'irait pas à l'encontre des objets qui sous-tendent la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner.

La juge L'Heureux-Dubé a souscrit à cette observation dans ses motifs concordants, au par. 121 : « Comme le Juge en chef et le juge Iacobucci l'affirment avec raison, cette seconde justification ne nous préoccupe tout simplement pas si la preuve d'un conjoint est présentée par application d'une exception à la règle du oui-dire. »

Si les six juges majoritaires étaient d'accord pour dire que la question de la « répugnance naturelle » ne se posait pas à l'égard de l'admission des déclarations relatées, ils ne s'entendaient toutefois pas sur la question de savoir si les juges de première instance devaient se demander si l'admission des déclarations relatées du conjoint entraînerait une

harmony. In writing for four members of the Court, Lamer C.J. and Iacobucci J. in their joint opinion argued that only prejudice of this sort is relevant to the exercise of a trial judge's residual discretion. L'Heureux-Dubé J. disagreed, finding at para. 108:

The admission of evidence through a hearsay exception should not depend in any way upon an abstract measuring of "unfairness" to the accused. In my view, it is not open to an accused to argue that he or she will be unfairly convicted merely because a rule of evidence, in this case the spousal incompetence rule, did not apply in his or her favour. [Emphasis in original.]

This was because, in her view, there was little or no impact on the policy considerations protected by spousal incompetency when a spouse's statements were tendered through the principled exception to hearsay:

The main rationale for the spousal incompetence rule loses much of its conviction where the evidence is tendered via a third party and not by the spouse on the witness stand. This is so for several reasons. First, the spouse who makes the statement is not put through the stress of having to decide whether or not to testify, as this choice is already made by the time the trial occurs and the Crown seeks to admit the statement. Thus, he or she is not put in the position of having to actually stand and convict his or her spouse at trial. There is none of the internal and external pressure, in and of itself damaging to marital harmony, which exists where a spouse must decide whether to give damning testimony or face a charge of contempt. Second, the husband and wife will not be put through the strain of actually sitting through the difficult testimony at trial, and having to face each other directly as "accuser" and "accused". Finally, as Louisell and Mueller point out, most of the damaging effect to the marriage will already have occurred by the trial. In the majority of cases, the marital bond will have been broken by the actual making of the statement, or conversely, it will have survived to trial and will not be made worse by the reading in of the evidence: *Trammel*, *supra*, at p. 52. [para. 127]

« iniquité » envers l'accusé en mettant son harmonie conjugale en péril. S'exprimant au nom de quatre juges de la Cour, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont affirmé, dans une opinion conjointe, qu'il s'agissait là du seul genre de préjudice qui était pertinent pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès. La juge L'Heureux-Dubé a exprimé son désaccord, au par. 108 :

L'admission d'un témoignage par application d'une exception à la règle du ouï-dire ne devrait en aucune façon être liée à l'application d'un concept abstrait d'« iniquité » envers l'accusé. À mon avis, il n'est pas loisible à un accusé de soutenir qu'il sera inéquitablement déclaré coupable simplement parce qu'une règle de preuve — en l'espèce, la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner — ne s'appliquait pas en sa faveur. [Souligné dans l'original.]

Cela tenait au fait, selon elle, que la présentation des déclarations du conjoint par application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire n'avait à peu près aucune incidence sur les considérations de principe protégées par la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner :

La principale justification de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner perd une grande partie de sa force si la preuve est déposée par l'intermédiaire d'une tierce partie, et non par le conjoint dans la boîte aux témoins, et ceci pour plusieurs raisons. Premièrement, le conjoint qui fait la déclaration n'a pas à subir le stress d'avoir à décider s'il doit témoigner ou non, puisque ce choix a déjà été fait au moment du procès et que le ministère public cherche à faire admettre la déclaration. En conséquence, le conjoint n'est pas mis dans une situation où il doit venir incriminer son conjoint au procès. Il n'existe aucune des pressions internes ou externes, en soi préjudiciables à l'harmonie conjugale, qu'on rencontre dans le cas où un conjoint doit décider soit de présenter un témoignage accablant soit de se laisser accuser d'outrage au tribunal. Deuxièmement, les conjoints n'auront pas à subir l'épreuve du témoignage au procès ni celle de se trouver face à face l'un comme « accusateur » et l'autre comme « accusé ». Enfin, comme le font ressortir Louisell et Mueller, la majeure partie des effets accablants sur le mariage se seront déjà fait sentir avant le procès. Dans la majorité des cas, le lien matrimonial aura été rompu au moment de la déclaration ou, inversement, il continuera d'exister au procès et ne s'en trouvera pas diminué par l'introduction de la preuve : *Trammel*, précité, à la p. 52. [par. 127]

137 While there was a divergence of opinion amongst the majority on this residual discretion issue, the reasons of Lamer C.J. and Iacobucci J. for four judges would suggest that prejudice to an accused's marriage *can* be a consideration of the trial judge when exercising residual discretion. I will therefore consider it in this case.

138 Charron J. at para. 86 finds that "the trial judge erred by failing to consider whether the admission of the evidence under the principled approach would undermine the spousal incompetency rule or its rationales".

139 It is true, as Charron J. says, that the reasons of the trial judge in this case do not indicate that she considered any potential harm to the Coutures' marital harmony in finding the statements admissible. However, it also appears from the record that Mr. Couture never raised the issue, nor was any evidence led to this effect. Mr. Couture's counsel only challenged the *reliability* of the hearsay statement at trial. I would not fault a trial judge for not addressing in his or her reasons an issue for which no evidence was tendered and over which no argument was made. When it comes to the unfairness inquiry permitted by *Hawkins*, absent evidence or at least some argument on the point, I am of the opinion that a trial judge is not obliged to address a potential issue that the parties have not raised.

140 Nonetheless, while "unfairness" to the accused as it relates to marital harmony considerations was not in issue before the trial judge, I will address it, both because the Court of Appeal appears to have made it an issue (by distinguishing this case from *Hawkins* on the basis of when the accused's marriages took place) and because my colleague addresses it.

Bien qu'il y ait eu une divergence d'opinions entre les juges majoritaires sur la question du pouvoir discrétionnaire résiduel, les motifs que le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont rédigés au nom de quatre juges donnent à entendre que le préjudice causé au mariage d'un accusé constitue un facteur que le juge du procès *peut* prendre en compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel. Je vais donc en tenir compte dans la présente affaire.

La juge Charron conclut, au par. 86, que « la juge du procès a commis une erreur en omettant de se demander si l'admission de la preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée porterait atteinte à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ou à ses fondements ».

Il est vrai que, comme le dit la juge Charron, les motifs de la juge du procès en l'espèce n'indiquent pas qu'elle a envisagé la possibilité d'une atteinte à l'harmonie conjugale des Couture lorsqu'elle a conclu à l'admissibilité des déclarations. En revanche, il ressort également du dossier que M. Couture n'a jamais soulevé la question et qu'aucune preuve en ce sens n'a non plus été produite. L'avocat de M. Couture n'a fait que contester la *fiabilité* de la déclaration relatée au procès. Je ne saurais reprocher à un juge du procès de ne pas avoir abordé, dans ses motifs, une question à l'égard de laquelle aucune preuve n'a été produite ni aucun argument présenté. Lorsqu'il s'agit d'examiner la question de l'iniquité comme le permet l'arrêt *Hawkins*, j'estime que le juge du procès n'est pas tenu d'aborder une question éventuelle que les parties n'ont pas soulevée, si aucune preuve ni même aucun argument ne lui a été présenté à son égard.

Même si la juge du procès n'a pas été saisie de la question de l'« iniquité » envers l'accusé qui résulterait d'une menace à son harmonie conjugale, je vais en traiter parce que la Cour d'appel semble en avoir fait un point en litige (en faisant une distinction avec l'affaire *Hawkins* selon le moment de la célébration du mariage) et parce que ma collègue traite de cette question.

In my view, where evidence is led on the issue, the “unfairness” inquiry requires an assessment of whether the admission of the hearsay statement will jeopardize the accused’s marital harmony. In *Hawkins*, Lamer C.J. and Iacobucci J. considered the issue and found, at para. 95, that no such threat had been established, or even seemed feasible in that case:

It is hard to accept, conceptually or practically, that Graham’s testimony caused any lasting disharmony between them, when one reviews the sequence of events and the conduct of the parties. The preliminary inquiry was held on September 7 and 8, 1988. Graham appeared voluntarily as a witness for the Crown. . . . Despite these incriminating words of Graham’s, Hawkins nonetheless married Graham on March 31, 1989. If this previous testimony did not irreparably harm their romantic and emotional bond prior to their nuptials, looking at all the circumstances, it is difficult to see how the production of transcripts accurately recounting this testimony would do so now. [Emphasis added.]

I would similarly conclude that the admission of the hearsay statements in the present case would not result in “unfairness” to Mr. Couture’s marital harmony. The facts in *Hawkins* and in this case are indistinguishable in all relevant respects. At the time of giving the statements to the police, Mr. and Mrs. Couture were separated. Afterwards, the parties reconciled despite Mr. Couture knowing that his wife gave voluntary statements to the police. The evidence is that their marital bond remained intact up to and including the time of trial. Any threat to the couple’s marital harmony would have occurred at the time when Mr. Couture discovered that his wife voluntarily approached the police. If this did not jeopardize the couple’s relationship, it is difficult to see how admitting Mrs. Couture’s hearsay statement into evidence at trial would do so.

Therefore, absent evidence to indicate that the admission of the hearsay statement at trial would jeopardize the marriage when it did not do so when the accused first learned that his or her spouse gave voluntary statements to the police

141
À mon avis, lorsqu’une preuve est produite à cet égard, l’examen relatif à l’« iniquité » doit comprendre une appréciation de la question de savoir si l’admission de la déclaration relatée mettra en péril l’harmonie conjugale de l’accusé. Dans *Hawkins*, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont examiné la question et ont conclu, au par. 95, que l’existence d’une telle menace n’avait pas été établie, et paraissait même invraisemblable, dans cette affaire :

Lorsque l’on examine la chronologie des événements et la conduite des parties, il est difficile de croire, d’un point de vue conceptuel ou pratique, que le témoignage de Graham a causé un désaccord durable entre les conjoints. L’enquête préliminaire a eu lieu les 7 et 8 septembre 1988. Graham a comparu volontairement à titre de témoin pour le poursuivant [. . .] Malgré ce témoignage incriminant de Graham, Hawkins l’a néanmoins épousée le 31 mars 1989. Si ce témoignage antérieur n’a pas irrémédiablement détruit leur liaison romantique et amoureuse avant le mariage, il est difficile de voir, compte tenu de toutes les circonstances, comment la production des transcriptions précises de ce témoignage aurait maintenant cet effet. [Je souligne.]

142
De même, je conclurais que l’admission des déclarations relatées, en l’espèce, n’entraînerait pas une « iniquité » à l’égard de l’harmonie conjugale de M. Couture. Les faits de l’espèce ne peuvent, de tout point de vue pertinent, être distingués de ceux de l’affaire *Hawkins*. À l’époque où les déclarations ont été faites à la police, M. et M^{me} Couture étaient séparés. Les parties se sont ensuite réconciliées même si M. Couture savait que son épouse avait fait des déclarations volontaires à la police. La preuve révèle que leur lien matrimonial est demeuré intact jusqu’au procès, et même pendant celui-ci. S’il y a un moment où l’harmonie conjugale du couple aurait pu être menacée, c’est quand M. Couture a découvert que son épouse s’était volontairement adressée à la police. Si cela n’a pas mis leur couple en péril, il est difficile de voir comment l’admission en preuve au procès de la déclaration relatée de M^{me} Couture aurait cet effet.

143
Par conséquent, en l’absence de preuve indiquant que l’admission de la déclaration relatée au procès mettrait le mariage en péril, alors qu’il n’y a pas eu péril lorsque l’accusé a découvert que sa conjointe avait fait des déclarations volontaires à

or the prosecution, the courts are entitled to find that any damaging effect on the marriage will have occurred prior to trial.

144

Another basis on which Charron J. and the Court of Appeal differentiate this case from *Hawkins* is that in *Hawkins*, the parties were unmarried at the time the hearsay statements were made, and here, the parties were already married. Charron J. finds that this factor *alone* was “sufficient to distinguish this case from *Hawkins*” (para. 71) but fails, in my view, to effectively explain why this creates any meaningful distinction between that case and this one. As previously discussed, the two accepted rationales underlying the spousal incompetence rule are the preservation of marital harmony and avoiding the “natural repugnance” of one spouse taking the stand against the other. The second rationale simply does not concern us where the evidence of a spouse is adduced through a hearsay exception. Therefore, the only relevant question is what effect the admission of the hearsay statements will have on the couple’s marital harmony. *When* the marriage took place is irrelevant.

145

In addition, if one examines the marriages in question in *Couture* and *Hawkins*, it appears to me that the fact that Darlene was already married to the accused when she made the statements to the police would be a reason to *support* the statements’ admissibility. As noted by P. Sankoff in his article “Spousal Incompetence and the Principled Approach to Hearsay Admissibility: When Ancient and Modern Doctrines Collide” (2006), 35 C.R. (6th) 43:

In *Hawkins*, the accused could have argued that the statements were made at a time when marital harmony was not in issue, and that admitting them consequent to the marriage of the spouses would jeopardize the relationship. This line of argument was not available in *Couture*, and in the absence of any evidence detailing the impact admission would have on the marriage, it is difficult to see any reason why the evidence should have been excluded under the residual discretion. [p. 48]

la police ou au poursuivant, les tribunaux ont le droit de conclure que les effets préjudiciables sur le mariage se sont fait sentir, le cas échéant, avant le procès.

L’autre raison pour laquelle la juge Charron et la Cour d’appel font une distinction entre la présente affaire et l’affaire *Hawkins* tient au fait que, dans *Hawkins*, les parties n’étaient pas mariées au moment où les déclarations relatées ont été faites, alors qu’en l’espèce les parties étaient déjà mariées. La juge Charron estime que ce *seul* facteur « suffit pour distinguer la présente espèce de l’affaire *Hawkins* » (par. 71), mais ne parvient pas, à mon avis, à expliquer en quoi ce facteur les distingue réellement. Comme nous l’avons vu, les deux fondements reconnus de la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner sont la volonté de préserver l’harmonie conjugale et d’empêcher la « répugnance naturelle » à voir les conjoints témoigner l’un contre l’autre. La deuxième justification ne nous préoccupe tout simplement pas si la preuve du conjoint est présentée à titre d’exception à la règle du oui-dire. La seule question pertinente consiste donc à déterminer l’effet que l’admission des déclarations relatées aura sur l’harmonie conjugale du couple. Le *moment où* le mariage a été célébré n’a aucune importance.

De plus, si on examine les mariages en cause dans *Couture* et *Hawkins*, il me semble que le fait que Darlene était déjà mariée avec l’accusé lorsqu’elle a fait ses déclarations à la police constitue un motif *favorable* à l’admissibilité des déclarations. Comme l’a souligné P. Sankoff dans son article intitulé « Spousal Incompetence and the Principled Approach to Hearsay Admissibility : When Ancient and Modern Doctrines Collide » (2006), 35 C.R. (6th) 43 :

[TRADUCTION] Dans *Hawkins*, l’accusé aurait pu faire valoir que les déclarations ont été faites à un moment où l’harmonie conjugale n’était pas en cause, et que leur admission après le mariage des conjoints mettrait leur relation en péril. On ne pouvait s’appuyer sur ce raisonnement dans *Couture*, et en l’absence de preuve précisant l’effet que l’admission aurait sur le mariage, il est difficile de voir pourquoi la preuve aurait dû être exclue en vertu du pouvoir discrétionnaire résiduel. [p. 48]

As a final point on the issue of residual discretion I observe that Charron J. in her reasons does not agree with Lamer C.J. and Iacobucci J.'s finding in *Hawkins* that considerations related to the rationale behind the spousal incompetence rule should be confined to the trial judge's residual discretion. She says at para. 63: "consideration of the [spousal incompetence] rule is not a matter of 'residual discretion'". Instead, Charron J.'s approach is to have a trial judge determine whether the hearsay evidence of the spouse is necessary, reliable, and if its probative value does outweigh its prejudicial effect *and*, as a "distinct exercise" (para. 63), ask whether to admit it would undermine the rationale for the rule. Charron J. further adds that the determination of whether to admit the hearsay evidence would undermine the rationale for the rule is an *objective* one:

The rule is triggered by the very existence of a valid and subsisting marriage. Unless the accused and the spouse are irreconcilably separated, thus giving rise to the exception in *Salituro*, the extent to which there is marital harmony or marital discordance in the particular marriage is irrelevant. The question rather is whether, from an objective standpoint, the operation of the principled exception to the hearsay rule in the particular circumstances of the case would be disruptive of marital harmony or give rise to the natural repugnance resulting from one spouse testifying against the other. [Underlining added; para. 66.]

In my view, this approach effectively shuts down the admissibility of hearsay statements emanating from spouses because Charron J. is essentially saying that a trial judge should *presume* harm to *all* subsisting marriages. This would mean that the only time that the admission of a spouse's hearsay statements would not — from an objective standpoint — have the potential to disrupt an accused's marriage is if the couple is irreconcilably separated at the time of the trial, in which case the admission of the spouse's hearsay statements would be unnecessary in any event because he or she would be competent to testify pursuant to this Court's decision in *Salituro*. My colleague's approach thus obliterates this Court's decision in *Hawkins*.

Pour conclure sur la question du pouvoir discrétionnaire résiduel, je constate que, dans ses motifs, la juge Charron exprime son désaccord avec la conclusion du juge en chef Lamer et du juge Iacobucci dans *Hawkins*, selon laquelle les facteurs liés au fondement de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner ne devraient jouer que dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès. Elle dit, au par. 63, que « l'examen dicté par [la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner] ne relève pas du "pouvoir discrétionnaire résiduel" ». La juge Charron préconise plutôt une méthode selon laquelle le juge du procès détermine si la preuve par oui-dire du conjoint est nécessaire et fiable, et si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable, *puis* se demande, dans le cadre d'un « exercice distinct » (par. 63), si l'admission de cette preuve irait à l'encontre du fondement de la règle. La juge Charron ajoute que cette question doit être examinée d'un point de vue *objectif* :

L'application de la règle est déclenchée par la seule existence d'un mariage valide et toujours existant. À moins que la personne accusée et son conjoint ne soient irrémédiablement séparés, ce qui ferait entrer en jeu l'exception énoncée dans l'arrêt *Salituro*, la mesure dans laquelle l'harmonie ou la mésentente règne dans le mariage précis en cause n'a aucune pertinence. Il s'agit plutôt de savoir si, d'un point de vue objectif, l'application de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire dans les circonstances particulières de l'affaire romprait l'harmonie conjugale ou engendrerait la répugnance naturelle à voir les conjoints témoigner l'un contre l'autre. [Je souligne; par. 66.]

À mon avis, cette méthode a pour effet de fermer la porte à l'admissibilité des déclarations relatées émanant des conjoints, puisque la juge Charron dit essentiellement que le juge du procès doit *présumer* qu'un préjudice est causé à *tous* les mariages existants. Cela signifie que le seul cas où l'admission des déclarations relatées d'un conjoint ne serait pas susceptible — d'un point de vue objectif — de troubler le mariage d'un accusé serait celui où le couple est irrémédiablement séparé au moment du procès, auquel cas l'admission des déclarations relatées du conjoint ne serait plus nécessaire puisque ce dernier serait habile à témoigner selon l'arrêt *Salituro*. Le raisonnement de ma collègue fait donc table rase de l'arrêt *Hawkins* rendu par notre Cour.

Under her approach, I fail to see how even the hearsay statements in *Hawkins* itself could have been admitted, given that the marriage of the accused and his wife in that case was subsisting at the time of trial. Indeed, any necessity and reliability assessment will be superfluous because the spouse's out-of-court statement could never be admitted.

II. Conclusion

148

In my respectful view, an analysis of whether a spouse's out-of-court statements are admissible based on whether they "undermine the rationale" for the spousal incompetence rule effectively transforms the law of spousal *testimonial* incompetency into a right for the accused to suppress any evidence emanating from his spouse. Such an approach considerably expands, rather than preserves or limits, the scope of the rule defined by this Court in *Hawkins*. In addition, I am concerned that this approach may have the effect of expanding the rule in other ways. For example, it is well established in Canadian law that third persons who have either intentionally or accidentally overheard or intercepted a communication passing between a husband and wife are allowed to and may be compelled to testify with respect to the communication: *R. v. Jean* (1979), 7 C.R. (3d) 338 (Alta. S.C., App. Div.), at p. 348 (affirmed by the Supreme Court of Canada, [1980] 1 S.C.R. 400); Sopinka, Lederman and Bryant, at para. 14.140. Is such evidence to be excluded in the future on the basis that it undermines the rationale for the spousal testimonial incompetence rule?

149

Finally, as noted by Charron J., the spousal incompetence rule has been the subject of significant — and in my view, legitimate — criticism. Many courts and commentators have argued that it should be abolished altogether. The authors of *The Law of Evidence in Canada*, at para. 14.151, for example, say this: "it is submitted that [marital harmony] is not of such a high policy interest so as to warrant the exclusion of relevant, probative evidence bearing on the issues of the case".

Je ne vois pas comment, selon cette méthode, les déclarations relatées en cause dans l'arrêt *Hawkins* lui-même auraient pu être admises vu que, dans cette affaire, l'accusé et son épouse étaient toujours mariés au moment du procès. Il serait d'ailleurs superflu de procéder à une appréciation de la nécessité et de la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire d'un conjoint, puisqu'elle ne pourrait jamais être admise.

II. Conclusion

À mon avis, fonder l'analyse de l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires d'un conjoint sur le fait qu'elles portent ou non atteinte au fondement de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner revient à transformer la règle de l'inhabilité du conjoint à *témoigner* en un droit conféré à l'accusé d'éliminer toute preuve émanant de son conjoint. Une telle façon de procéder augmente considérablement la portée de la règle établie par notre Cour dans *Hawkins*, plutôt que de la préserver ou de la limiter. En outre, je crains que la méthode proposée par la juge Charron élargisse la portée de la règle à d'autres égards. Par exemple, il est bien établi en droit canadien que les tiers qui ont, intentionnellement ou accidentellement, entendu ou intercepté une conversation entre époux sont autorisés, et peuvent même être forcés, à témoigner relativement à cette conversation : *R. c. Jean* (1979), 7 C.R. (3d) 338 (C.S. Alb., Div. app.), p. 348, (conf. par [1980] 1 R.C.S. 400); Sopinka, Lederman et Bryant, par. 14.140. Faudra-t-il dorénavant exclure une telle preuve pour le motif qu'elle va à l'encontre du fondement de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner?

Enfin, comme la juge Charron l'a souligné, la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner a fait l'objet de nombreuses critiques — à mon sens légitimes. Plusieurs tribunaux et auteurs ont affirmé qu'elle devrait tout simplement être abolie. Les auteurs de l'ouvrage *The Law of Evidence in Canada*, par exemple, ont affirmé, au par. 14.151 : [TRADUCTION] « nous soutenons que [l'harmonie conjugale] n'est pas d'un intérêt général assez élevé pour justifier l'exclusion d'une preuve pertinente et probante concernant les questions en litige ».

While this Court has declined to go that route, it is my view that the extent to which the spousal testimonial incompetence rule may preclude the admission of otherwise admissible hearsay statements must be considered in the context of the rationale that weighs heavily in support of admitting the evidence: the fact that a trial is primarily a truth-seeking inquiry. In my opinion, this consideration supports limiting the impact of the rule on the assessment of hearsay admissibility to the analytical framework set out by the majority in *Hawkins*. Further, this Court should not overturn its precedent without a compelling reason to do so: *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76, at para. 44.

For the above reasons I would allow the appeal.

Appeal dismissed, BASTARACHE, DESCHAMPS, ABELLA and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Crossin Coristine Woodall, Vancouver.

Solicitor for the intervener: Crown Law Office, Toronto.

Bien que notre Cour ait refusé de s'engager dans cette voie, j'estime que la mesure dans laquelle la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner peut empêcher l'admission de déclarations relatées par ailleurs admissibles doit être examinée dans le contexte du principe qui commande fortement l'admission d'une telle preuve : le procès est avant tout un exercice de recherche de la vérité. À mon avis, cette considération justifie qu'on limite l'incidence de la règle sur l'appréciation de l'admissibilité de la preuve par oui-dire au cadre analytique établi par les juges majoritaires dans *Hawkins*. De plus, notre Cour ne doit pas rejeter ses précédents à moins de raisons impérieuses : *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76, par. 44.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS, ABELLA et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Crossin Coristine Woodall, Vancouver.

Procureur de l'intervenant : Bureau des avocats de la Couronne, Toronto.