

Armand Lucier *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 15801.

1981: June 9; 1982: January 26.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Evidence — Statements against penal interest — Hearsay — Exception to the hearsay rule — Whether such statements having an inculpatory effect on the accused admissible.

Accused was charged with arson in the burning of his house. A friend of the accused, who was severely burned and died a few days later, made two statements at the hospital to R.C.M.P. officers admitting that he had personally set the house afire and had been hired by the accused to do so. At trial, the statements were admitted into evidence and the accused convicted. An appeal was dismissed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed.

In a proper case, statements tendered on behalf of the accused and made by an unavailable person may be admitted at trial if they can be shown to have been made against the penal interest of the person making them; but such a rule could not apply to statements which have an inculpatory effect on the accused. Such statements implicating the accused robs him of the invaluable weapon of cross-examination which has always been one of the mainstays of fairness in our courts.

R. v. O'Brien, [1978] 1 S.C.R. 591; *R. v. Demeter*, [1978] 1 S.C.R. 538, followed; *The Sussex Peerage* (1844), 8 E.R. 1034 (H.L.); *Teper v. The Queen*, [1952] A.C. 480, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba (1979), 1 Man. R. (2d) 182, 50 C.C.C. (2d) 535, dismissing an appeal from a judgment of Darichuk J. Appeal allowed.

Paul Walsh, for the appellant.

Stuart Whitley, for the respondent.

Armand Lucier *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 15801.

1981: 9 juin; 1982: 26 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Déclarations contraires à l'intérêt pénal — Oûi-dire — Exception à la règle du oûi-dire — Ces déclarations qui ont pour effet d'inculper l'accusé sont-elles recevables?

L'appelant a été accusé du crime d'incendie de sa maison. Un ami de l'accusé, qui a été gravement brûlé et qui est décédé quelques jours plus tard, a fait, à l'hôpital, deux déclarations à des agents de la G.R.C. par lesquelles il admet avoir lui-même mis le feu à la maison et avoir été soudoyé à cette fin par l'accusé. Au procès, ces déclarations ont été reçues et l'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Dans un cas approprié, les déclarations présentées au nom de l'accusé et faites par une personne qu'il n'est pas possible d'assigner peuvent être reçues en preuve au procès si on peut établir qu'elles ont été faites à l'encontre de l'intérêt pénal de leur auteur; mais cette règle ne s'applique pas à des déclarations qui ont pour effet d'inculper l'accusé. Ces déclarations qui impliquent l'accusé le privent de l'arme inestimable du contre-interrogatoire qui a toujours été un des points d'appui de l'équité devant nos tribunaux.

Jurisprudence: arrêts suivis: *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591; *R. c. Demeter*, [1978] 1 R.C.S. 538; arrêts mentionnés: *The Sussex Peerage* (1844), 8 E.R. 1034 (H.L.); *Teper v. The Queen*, [1952] A.C. 480.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1979), 1 Man. R. (2d) 182, 50 C.C.C. (2d) 535, qui a rejeté un appel du jugement du juge Darichuk. Pourvoi accueilli.

Paul Walsh, pour l'appelant.

Stuart Whitley, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought as of right pursuant to s. 618(1)(a) of the *Criminal Code* and is accordingly limited to the questions of law on which Mr. Justice O'Sullivan dissented in the Court of Appeal for Manitoba. The said s. 618(1)(a) reads as follows:

618. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, . . .

The grounds of appeal are referred to in the following terms in the notice of appeal to this Court:

AND FURTHER TAKE NOTICE that the grounds of the said appeal are the grounds in law set forth by The Honourable Mr. Justice O'Sullivan of the Court of Appeal for Manitoba, in his dissent from the Judgment of the said Court of Appeal for Manitoba which said grounds of dissent in law are more particularly set out in the Reasons for Judgment of the said The Honourable Mr. Justice O'Sullivan in the formal Certificate of Decision of the said Court of Appeal for Manitoba, namely:

1. THAT the learned trial Judge erred in law in permitting the introduction into evidence of a confession/statement by a deceased person accusing an accused, as an exception to the rule against hearsay evidence; and

2. THAT the learned trial Judge erred in law assuming the said confession/statement implicating the accused were admissible [*sic*], in admitting into evidence such portion of the said statement which was an accusation directed against the accused.

The appellant was convicted at trial by His Honour Judge W. Darichuk in the County Court Judges' Criminal Court for the Dauphin Judicial District on the following charge, namely:

THAT he the said ARMAND LUCIER on or about the ninth day of November in the year of our Lord one thousand, nine hundred and seventy-seven at or near the Rural Municipality of Shell River in the Dauphin Judicial District, in the Province of Manitoba, did unlawfully

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un appel de plein droit conformément à l'al. 618(1)a) du *Code criminel*, restreint par conséquent aux questions de droit sur lesquelles porte la dissidence du juge O'Sullivan en Cour d'appel du Manitoba. L'alinéa 618(1)a) se lit comme suit:

618. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, . . .

Les moyens d'appel sont énoncés comme suit dans l'avis d'appel à cette Cour:

[TRADUCTION] ET PRENEZ AVIS que les moyens d'appel sont les questions de droit sur lesquelles porte la dissidence de Monsieur le juge O'Sullivan de la Cour d'appel du Manitoba, laquelle dissidence sur des questions de droit est plus particulièrement énoncée dans les motifs de jugement de Monsieur le juge O'Sullivan reproduits dans la copie certifiée des minutes du jugement de ladite Cour d'appel du Manitoba, savoir:

1. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit en permettant que soit présentée en preuve une confession ou déclaration qu'a faite une personne subséquentement décédée au préjudice d'un accusé, à titre d'exception à la règle qui interdit la preuve par ouï-dire; et

2. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit, même si ladite confession ou déclaration compromettant l'accusé était recevable, en recevant en preuve la partie de ladite déclaration qui constituait une accusation portée contre l'accusé.

L'appellant a été déclaré coupable au procès par le juge W. Darichuk de la Cour de comté, Division criminelle, du district judiciaire de Dauphin, de l'infraction imputée dans l'inculpation suivante, savoir:

[TRADUCTION] QUE ledit ARMAND LUCIER a, le neuf novembre mille neuf cent soixante dix-sept ou vers cette date, dans la municipalité rurale de Shell River, district judiciaire de Dauphin, province du Manitoba, illégalement et volontairement mis le feu à un bâtiment,

ly and wilfully set fire to a building, to wit: a dwelling house, the property of Armand Lucier.

The appellant's appeal from this conviction was dismissed in a judgment of the Court of Appeal for Manitoba and it is from this judgment that the appeal is now taken on the grounds referred to above which are more fully set forth in the reasons for judgment of Mr. Justice O'Sullivan.

The facts of this case are essentially undisputed and reveal that the appellant's house was destroyed by fire at a time when he was absent from the locality and shortly after he had increased his fire insurance policy by the sum of \$20,000. The circumstances immediately preceding this fire are recounted by the appellant's friend, one Dumont, who had himself been in the house at the time of the fire with the result that he was seriously burned and upon escaping to his sister's house nearby he was ultimately removed to a hospital in Winnipeg. There he was visited by a constable of the R.C.M.P. to whom he made a statement admitting that he had personally set the house afire and that he had been hired to do so for the purpose by the appellant who had undertaken to pay him \$500 for the task. Dumont later made a further statement to another R.C.M.P. officer which was to the same effect in that he admitted responsibility for setting the fire and implicated the accused in the undertaking. Both these statements were made to persons in authority after Dumont had been duly cautioned and they were in my view contrary to his penal interest. A few days later Dumont died and it is the question of whether or not his statements should be admitted against the appellant which lies at the root of this appeal. After a careful review of the leading cases on the somewhat vexed question as to the admissibility of statements made against penal interest, the Court of Appeal concluded that the Dumont statements were admissible.

It is, of course, obvious that the account given by the policemen of what Dumont had told them was hearsay evidence and in fact it might be characterized as double hearsay in that it constituted the policemen's recollection of what the deceased said about what was said to him by the

savoir: une maison d'habitation, propriété d'Armand Lucier.

L'appel de l'appelant à l'encontre de cette déclaration de culpabilité a été rejeté dans un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba. C'est à l'encontre de cet arrêt que le pourvoi est formé pour les motifs précités que l'on trouve énoncés au complet dans les motifs de jugement du juge O'Sullivan.

Les faits en l'espèce ne sont pas vraiment contestés et révèlent que la maison de l'appelant a été détruite par un incendie alors que ce dernier était absent de la municipalité et peu de temps après qu'il eut augmenté de \$20,000 sa police d'assurance-incendie. Les circonstances qui ont précédé immédiatement cet incendie sont rapportées par un ami de l'appelant, nommé Dumont, qui se trouvait lui-même dans la maison au moment de l'incendie au cours duquel il a été gravement brûlé, avant de trouver refuge dans la maison de sa sœur située tout près et d'être admis ensuite dans un hôpital de Winnipeg. A l'hôpital, il a reçu la visite d'un agent de la G.R.C. à qui il a fait une déclaration par laquelle il admet avoir lui-même mis le feu à la maison et avoir été soudoyé à cette fin par l'appelant qui s'était engagé à lui verser \$500. Par la suite, Dumont a fait une autre déclaration au même effet à un autre agent de la G.R.C. dans laquelle il a admis qu'il était responsable de l'incendie et a compromis l'accusé dans l'affaire. Ces deux déclarations ont été faites à des personnes ayant autorité après que Dumont eut été dûment mis en garde; elles étaient à mon avis contraires à son intérêt pénal. Dumont est décédé quelques jours plus tard, et la question fondamentale en l'espèce est de savoir si ses déclarations sont recevables à l'encontre de l'appelant. Après avoir examiné attentivement les principaux arrêts portant sur la question assez controversée de la recevabilité des déclarations contraires à un intérêt pénal, la Cour d'appel a conclu que les déclarations de Dumont étaient recevables.

De fait, il est évident que le récit que les policiers ont fait de ce que Dumont leur a dit est une preuve par ouï-dire; on peut d'ailleurs le qualifier de double ouï-dire car les policiers ont relaté ce qu'une personne décédée leur a dit que l'accusé lui avait dit concernant la décision de mettre le feu.

appellant concerning the lighting of the fire. The rule against the admission of hearsay evidence has been constantly repeated over the years and is succinctly stated by Lord Norman in *Teper v. The Queen*, [1952] A.C. 480, at p. 486 where he said:

The rule against the admission of hearsay evidence is fundamental. It is not the best evidence and it is not delivered on oath. The truthfulness and accuracy of the person whose words are spoken to by another witness cannot be tested by cross-examination, and the light which his demeanour would throw on his testimony is lost.

The Sussex Peerage case, decided in 1844 (1844), 11 Cl. and Fin. 85, 8 E.R. 1034 (H.L.), recognized an exception to the hearsay rule in respect of a statement made by a deceased person against his pecuniary interest, but this exception did not apply to a statement against penal interest. The advisability of extending the application of the exception to declarations against penal interest has been debated in a number of cases and by Wigmore in his text on evidence (5 Wigmore, *Evidence*, 3rd ed., paras. 1476 and 1477). However, the matter has been determined in this Court in *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591. Dickson J., who delivered the judgment of the Court, said at p. 599:

The effect of the rule in *The Sussex Peerage* case, as it has been generally understood, is to render admissible a statement by a deceased that he had received payment of a debt from another or that he held a parcel of land as tenant and not as owner, but to render inadmissible a confession by a deceased that he and not someone else was the real perpetrator of the crime. The distinction is arbitrary and tenuous. There is little or no reason why declarations against penal interest and those against pecuniary or proprietary interest should not stand on the same footing. A person is as likely to speak the truth in a matter affecting his liberty as in a matter affecting his pocketbook. For these reasons and the ever-present possibility that a rule of absolute prohibition could lead to grave injustice I would hold that, in a proper case, a declaration against penal interest is admissible according to the law of Canada; the rule as to absolute exclusion of declarations against penal interest, established in *The Sussex Peerage* case, should not be followed.

La règle de la non-recevabilité de la preuve par ouï-dire a été constamment répétée au cours des ans et lord Norman l'a énoncée en peu de mots dans l'arrêt *Teper v. The Queen*, [1952] A.C. 480 à la p. 486:

[TRADUCTION] La règle de la non-recevabilité des preuves par ouï-dire est fondamentale. Ce n'est pas la meilleure preuve et elle n'est pas produite sous serment. La véracité et l'exactitude des propos d'une personne qui sont rapportés par un autre témoin ne peuvent être vérifiées par contre-interrogatoire, et l'on perd toute possibilité de tirer du comportement du témoin certains indices qui pourraient éclairer son témoignage.

L'affaire *The Sussex Peerage* jugée en 1844 (1844), 11 Cl. and Fin. 85, 8 E.R. 1034 (H.L.), a admis une exception à la règle du ouï-dire à l'égard d'une déclaration faite par une personne décédée ultérieurement contre son intérêt pécuniaire, mais cette exception ne s'appliquait pas à une déclaration contraire à un intérêt pénal. La question de savoir s'il convient d'étendre l'application de l'exception aux déclarations contraires à un intérêt pénal a été discutée dans de nombreuses décisions et par Wigmore dans son traité sur la preuve (5 Wigmore, *Evidence*, 3^e éd., par. 1476 et 1477). La question a cependant été tranchée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591. Le juge Dickson, qui a rendu l'arrêt de la Cour, dit à la p. 599:

Selon la règle établie par *The Sussex Peerage*, telle qu'ordinairement perçue, la déclaration par une personne subséquemment décédée qu'un tiers lui a remboursé une dette ou qu'elle détient une partie d'un terrain à titre de locataire et non de propriétaire est recevable en preuve, tandis qu'il en est autrement de l'aveu par une personne subséquemment décédée qu'elle, et non un autre, a réellement commis le crime. La distinction est arbitraire et subtile. Rien à proprement parler ne justifie de faire une distinction entre les déclarations contraires à un intérêt pénal et celles contraires à un intérêt pécuniaire. Une personne dira vraisemblablement la vérité si sa liberté, aussi bien que son portefeuille est en cause. Pour ces motifs et vu la possibilité omniprésente qu'une interdiction absolue puisse entraîner de graves injustices, je suis d'avis que, dans un cas approprié, une déclaration contraire à un intérêt pénal est recevable en preuve en droit canadien; la règle relative à l'exclusion absolue des déclarations contraires à un intérêt pénal, établie par *The Sussex Peerage*, ne doit pas être suivie.

In *R. v. Demeter* (1975), 10 O.R. (2d) 321, the Ontario Court of Appeal, while not deciding the issue of the admissibility of declarations against penal interest, did enunciate the principles which would have to apply to determine if a statement alleged to be against penal interest could be admitted. On the appeal to this Court, [1978] 1 S.C.R. 538, it was stated at p. 545 that the principles enunciated by the Court of Appeal would be a valuable guide if this Court decided that declarations against penal interest were not, *per se*, inadmissible. Those principles are as follows [at p. 544]:

1. The declaration would have to be made to such a person and in such circumstances that the declarant should have apprehended a vulnerability to penal consequences as a result. In *Sussex Peerage* the Lord Chancellor would not have admitted the declaration in any event of the rule because it was made to the declarant's son. In ordinary circumstances where a declaration is made for instance to an unestranged son, wife or mother, the psychological assurance of reliability is lacking because of [*sic*] risk of penal consequences is not real and the declarant may have motives such as a desire for self-aggrandizement or to shock which makes the declaration unreliable.

2. The vulnerability to penal consequences would have to be not remote.

3. "... the declaration sought to be given in evidence must be considered in its *totality*. If upon the whole tenor the weight is in favour of the declarant, it is not against his interest": *Re Van Beelen*, p. 208; *R. v. Agawa* (1975) 11 O.R. (2d) 176.

4. In a doubtful case a Court might properly consider whether or not there are other circumstances connecting the declarant with the crime and whether or not there is any connection between the declarant and the accused.

5. The declarant would have to be unavailable by reason of death, insanity, grave illness which prevents the giving of testimony even from a bed, or absence in a jurisdiction to which none of the processes of the Court extends. A declarant would not be unavailable in the circumstances that existed in *R. v. Agawa*.

Having regard to the judgment of this Court in the *Demeter* and *O'Brien* cases, it must now be recognized that in a proper case, statements tendered on behalf of the accused and made by an unavailable person may be admitted at trial if they

Dans l'arrêt *R. v. Demeter* (1975), 10 O.R. (2d) 321, la Cour d'appel de l'Ontario, bien qu'elle ne se soit pas prononcée sur la question de la recevabilité des déclarations contre un intérêt pénal, a énoncé les principes qui devraient s'appliquer pour décider s'il y a lieu de recevoir en preuve une déclaration qui serait contraire à un intérêt pénal. En appel à cette Cour, [1978] 1 R.C.S. 538, on dit à la p. 545 que les principes qu'a énoncés la Cour d'appel seraient des points de référence précieux si cette Cour décidait que les déclarations contraires à un intérêt pénal n'étaient pas irrecevables en elles-mêmes. Les voici [à la p. 544]:

[TRADUCTION] 1. La déclaration doit avoir été faite à une personne et dans des circonstances telles que le déclarant craigne qu'elle ait des conséquences pénales. Dans *The Sussex Peerage*, le lord chancelier aurait, de toute manière, jugé la déclaration irrecevable parce qu'elle avait été faite au fils du déclarant. Dans des circonstances ordinaires, lorsque la déclaration est faite, par exemple, à un fils, à une épouse ou à une mère avec qui le déclarant est toujours lié, l'assurance psychologique de la véracité de la déclaration fait défaut puisque le risque de conséquences pénales n'est pas réel et que le déclarant a pu être poussé par un désir de se valoriser ou de choquer, ce qui retire à la déclaration sa crédibilité.

2. Les conséquences pénales auxquelles s'expose le déclarant ne doivent pas être lointaines.

3. "... la déclaration que l'on cherche à présenter en preuve doit être considérée *dans son ensemble*. Si dans sa portée elle paraît favoriser le déclarant, elle ne va pas à l'encontre de son intérêt": *Re Van Beelen*, à la p. 208; *R. v. Agawa* (1975) 11 O.R. (2d) 176.

4. Dans un cas ambigu, le tribunal pourra examiner s'il existe d'autres circonstances associant le déclarant au crime et s'il existe un lien entre le déclarant et l'accusé.

5. Le déclarant doit être dans l'impossibilité de se présenter pour cause de décès, d'aliénation mentale, de maladie grave qui l'empêche de témoigner, même alité, ou du fait qu'il se trouve dans un ressort sur lequel la cour n'a aucune juridiction. Un déclarant serait considéré comme disponible dans les circonstances de *R. v. Agawa*.

Compte tenu des arrêts de cette Cour dans les affaires *Demeter* et *O'Brien*, il faut maintenant reconnaître que, dans un cas approprié, les déclarations présentées au nom de l'accusé et faites par une personne, qu'il n'est pas possible d'assigner

can be shown to have been made against the penal interest of the person making them; but neither the two cases to which I have just referred nor any of the wealth of authorities cited in the courts below apply such a rule to statements which have an inculpatory effect on the accused. On the contrary, wherever such statements have been admitted it will be found that they have an exculpatory effect. The difference is a very real one because a statement implicating the accused in the crime with which he is charged emanating from the lips of one who is no longer available to give evidence robs the accused of the invaluable weapon of cross-examination which has always been one of the mainstays of fairness in our courts.

In the present case the statements made by Dumont which were tendered by the prosecutor are obviously inculpatory of the appellant and in my opinion this is not a "proper case" for admitting them so that the learned trial judge did err in permitting their introduction into evidence and I would accordingly allow this appeal on the first ground specified in the Notice of Appeal, quash the conviction and direct a new trial in accordance with the alternative relief sought by the appellant.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Walsh, Prober, Yard, Gutkin, McManus, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

peuvent être reçues en preuve au procès si on peut établir qu'elles ont été faites à l'encontre de l'intérêt pénal de leur auteur; mais ni les deux arrêts que je viens de mentionner, ni la profusion d'arrêts cités devant les cours d'instance inférieure n'appliquent cette règle à des déclarations qui ont pour effet d'inculper l'accusé. Au contraire, chaque fois que des déclarations de ce genre ont été reçues en preuve, on remarque qu'elles tendaient à le disculper. La différence est très importante parce qu'une déclaration qui implique l'accusé dans le crime dont il est inculpé et qui émane d'une personne qui ne peut plus venir témoigner prive l'accusé de l'arme inestimable du contre-interrogatoire qui a toujours été un des points d'appui de l'équité devant nos tribunaux.

En l'espèce, il est évident que les déclarations qu'a faites Dumont et que la poursuite a présentées tendent à inculper l'appelant et, à mon avis, il ne s'agit pas d'un «cas approprié» où les recevoir en preuve. Le savant juge du procès a donc commis une erreur en permettant qu'elles soient produites en preuve. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi sur le premier moyen énoncé dans l'avis d'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès conformément au remède subsidiaire que demande l'appelant.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Walsh, Prober, Yard, Gutkin, McManus, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.