

**Leucherin Blackman** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. BLACKMAN**

**Neutral citation: 2008 SCC 37.**

File No.: 31885.

2007: December 10; 2008: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Principled approach to hearsay rule — Victim making statements to his mother in weeks leading up to his death which provided support for Crown’s theory at trial that accused had motive to kill him — Trial judge admitting victim’s out-of-court statements under principled approach to hearsay — Accused convicted of first-degree murder — Whether out-of-court statements should have been admitted.*

The accused was charged with first degree murder following the shooting death of E. The shooting took place in April 2001. The Crown’s theory at trial was that the accused shot E in retaliation for a previous incident in which E had stabbed the accused. The Crown further alleged that the accused, together with two other men, had tried unsuccessfully to kill E two months before the fatal shooting. A *voir dire* was held to determine the admissibility of statements made by E to his mother in the weeks leading up to his death. In these statements, E told his mother that he had stabbed a man following a dispute over a pool debt in July 2000 and that he had been shot outside a strip club in February 2001 by three men, the “guys whom he had the problem with” in July 2000. At the conclusion of the *voir dire*, the trial judge ruled that the statements were admissible. At the end of a long trial, the accused was convicted of first degree murder by the jury. The majority of the Court of Appeal concluded that E’s statements were properly admitted under the principled approach to hearsay and upheld the accused’s conviction. The dissenting judge

**Leucherin Blackman** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BLACKMAN**

**Référence neutre : 2008 CSC 37.**

N° du greffe : 31885.

2007 : 10 décembre; 2008 : 26 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 L’ONTARIO

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oûi-dire — Approche raisonnée de la règle du oûi-dire — Déclarations faites par la victime à sa mère dans les semaines précédant sa mort venant appuyer la théorie du ministère public au procès selon laquelle l’accusé avait un mobile pour tuer la victime — Admission par le juge du procès des déclarations extrajudiciaires de la victime selon l’approche raisonnée en matière de oûi-dire — Accusé reconnu coupable de meurtre au premier degré — Les déclarations extrajudiciaires auraient-elles dû être admises?*

L’accusé a été inculpé de meurtre au premier degré après la mort par balle de E. La fusillade a eu lieu en avril 2001. Au procès, le ministère public a soutenu que l’accusé avait tiré sur E en représailles d’un incident antérieur au cours duquel celui-ci l’avait poignardé. Le ministère public a en outre allégué que l’accusé et deux autres hommes avaient tenté de tuer E deux mois avant la fusillade mortelle. On a tenu un *voir-dire* sur l’admissibilité des déclarations faites par E à sa mère dans les semaines précédant sa mort. Dans ces déclarations, E a dit à sa mère qu’il avait poignardé un homme en juillet 2000 par suite d’une dispute relative à une dette de billard et que trois hommes, « les gars avec qui il avait eu un problème » en juillet 2000, avaient tiré sur lui à l’extérieur d’un bar de danseuses nues en février 2001. À l’issue du *voir-dire*, le juge du procès a conclu à l’admissibilité des déclarations. Au terme d’un long procès, le jury a déclaré l’accusé coupable de meurtre au premier degré. La Cour d’appel à la majorité a conclu que les déclarations de E avaient à bon droit été admises en preuve selon l’approche raisonnée en matière de

found that the trial judge did not apply the proper test in determining the threshold reliability of the evidence and would have set aside the conviction and ordered a new trial. The sole issue in this appeal as of right is the admissibility of E's statements.

*Held:* The appeal should be dismissed.

E's statements are admissible under the principled approach to hearsay. The Crown has established the twin criteria of necessity and reliability on a balance of probabilities. Necessity is made out of E's death. The reliability criterion is usually met by showing that sufficient trust can be put in the truth and accuracy of the statements because of the way in which they came about, or by showing that in the circumstances the ultimate trier of fact will be in a position to sufficiently assess their worth. In this case, the Court of Appeal was divided more particularly on whether the trial judge erred by applying the wrong test and in his approach to the question of motive and the mother's evidence. The trial judge must start from the premise that hearsay statements are presumptively inadmissible and then search for indicia of trustworthiness sufficient to displace the general exclusionary rule. Otherwise, the trial judge risks falling into error by reversing the onus. Here, the trial judge applied the correct test. Although his comments about there being nothing "inherently unreliable" about the statements are cause for concern, these concerns are sufficiently alleviated when the comments are read in context. In addition, it is apparent from a reading of the ruling in its entirety that the trial judge relied on relevant factors in admitting the statements. The trial judge's ruling was reasonable and supported by the evidence and is therefore entitled to deference. [33-35] [38] [52]

The focus of the admissibility inquiry in all cases must be on the particular dangers arising from the hearsay nature of the evidence. There is no doubt that the presence or absence of a motive to lie is a relevant consideration in assessing whether the circumstances in which the statements came about provide sufficient comfort in their truth and accuracy to warrant admission. Motive, however, is but one factor to consider in determining threshold reliability, albeit one which may be significant depending on the circumstances. In this case, there was circumstantial evidence to support the inference that E had no motive to lie to his mother. The trial judge considered the relevant factors in determining whether

ouï-dire et a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Le juge dissidente a estimé que le juge du procès n'avait pas appliqué le bon critère pour déterminer le seuil de fiabilité de la preuve et elle aurait annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. La seule question qui se pose en l'espèce porte sur l'admissibilité des déclarations de E.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les déclarations de E sont admissibles selon l'approche raisonnée en matière de ouï-dire. Le ministère public a établi, selon la prépondérance des probabilités, le double critère de la fiabilité et de la nécessité. Le critère de la nécessité est rempli du fait de la mort de E. De façon générale, on satisfait au critère de la fiabilité en démontrant qu'on peut avoir suffisamment confiance en la véracité et l'exactitude des déclarations compte tenu des circonstances dans lesquelles elles ont été faites ou que les circonstances permettent au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. En l'espèce, les juges de la Cour d'appel étaient divisés quant à la question de savoir si le juge du procès a appliqué le bon critère et a adopté la bonne approche quant aux questions du mobile et du témoignage de la mère. Le juge siégeant en première instance doit partir du principe que les déclarations relatées sont présumées inadmissibles et chercher alors des indices de fiabilité suffisants pour écarter la règle d'exclusion générale. Autrement, il risque de commettre une erreur en inversant le fardeau de la preuve. En l'espèce, le juge du procès a appliqué le bon critère. Certes, ses remarques selon lesquelles rien dans les déclarations n'est « intrinsèquement non fiable » posent problème, mais, si elles sont interprétées dans leur contexte, les préoccupations qu'elles soulèvent sont suffisamment atténuées. De plus, il ressort de l'ensemble de la décision que le juge du procès s'est appuyé sur des facteurs pertinents pour admettre les déclarations. Sa décision est raisonnable et elle est étayée par la preuve. Elle commande donc la déférence. [33-35] [38] [52]

Lors de l'examen de l'admissibilité, il faut dans tous les cas se concentrer sur les dangers particuliers que présente la preuve par ouï-dire. Le fait que le déclarant ait ou non un motif pour mentir est sans aucun doute une considération pertinente pour déterminer si les circonstances des déclarations sont suffisamment rassurantes quant à leur véracité et leur exactitude pour que celles-ci soient admises. L'existence d'un motif n'est toutefois qu'un des facteurs à considérer dans la détermination du seuil de fiabilité, quoique, selon les circonstances, il puisse être important. En l'espèce, une preuve circonstancielle permettait d'inférer que E n'avait pas de motif pour mentir à sa mère. Le juge du procès a considéré les

E had a motive to fabricate, including the nature of the relationship between E and his mother and the context in which the statements were made. His approach reveals no error. In the absence of any error in principle, or a finding that the trial judge's decision is unreasonable or unsupported by the evidence, there is no basis to interfere with his weighing of the various factors. [42-43] [46]

While there were inconsistencies in the mother's evidence and there was also evidence that she had received information from others about the stabbing incident, the trial judge was correct in finding that the difficulties with her evidence were matters properly left to the ultimate trier of fact, because she was available to be cross-examined at trial. The triers of fact were therefore in a position to fully assess the truthfulness and accuracy of her testimony. [47] [50]

In appropriate circumstances, a corroborative item of evidence can be considered in assessing the threshold reliability of a statement. However, trial judges must be aware of the limited role they play in determining admissibility. It is essential to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility *voir dire*. The *voir dire* must remain focussed on the hearsay evidence in question. It is not intended, and cannot be allowed by trial judges, to become a full trial on the merits. [55-57]

#### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199; **explained:** *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57; **referred to:** *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23; *R. v. Couture*, [2007] 2 S.C.R. 517, 2007 SCC 28; *R. v. Humaid* (2006), 208 C.C.C. (3d) 43; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531.

#### Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Simmons and Cronk J.J.A.) (2006), 84 O.R. (3d) 292, 218 O.A.C. 291, 215 C.C.C. (3d) 524, [2006] O.J. No. 5041 (QL),

facteurs pertinents pour déterminer si E avait un motif de fabrication, y compris la nature de sa relation avec sa mère et le contexte des déclarations. Son approche ne révèle aucune erreur. En l'absence d'erreur de principe ou de conclusion que sa décision est déraisonnable ou non étayée par la preuve, il n'y a aucune raison de revoir la manière dont il a apprécié les différents facteurs. [42-43] [46]

Certes, le témoignage de la mère comportait des incohérences et il ressortait également de la preuve qu'elle avait reçu d'autres personnes des renseignements sur l'agression à coups de couteau, mais le juge du procès a eu raison de décider qu'il vaut mieux laisser au juge des faits le soin de trancher les questions liées aux difficultés que présente le témoignage de la mère, car celle-ci était disponible pour être contre-interrogée au procès. Le juge des faits était donc en mesure d'évaluer pleinement la véracité et l'exactitude de son témoignage. [47] [50]

Lorsque les circonstances s'y prêtent, il est possible de prendre en compte un élément de preuve corroborant pour apprécier le seuil de fiabilité d'une déclaration. Les juges de première instance doivent toutefois être conscients du rôle limité qu'ils jouent lorsqu'ils se prononcent sur l'admissibilité. Il est essentiel pour assurer l'intégrité du processus de constatation des faits de ne pas préjuger la question de la fiabilité en dernière analyse lors du voir-dire sur l'admissibilité. Celui-ci doit demeurer centré sur la preuve par oui-dire en question. Il ne vise pas — et les juges de première instance ne sauraient pas le permettre non plus — à assimiler ce processus à un procès complet sur le fond. [55-57]

#### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199; **arrêt expliqué :** *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787, 2006 CSC 57; **arrêts mentionnés :** *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23; *R. c. Couture*, [2007] 2 R.C.S. 517, 2007 CSC 28; *R. c. Humaid* (2006), 208 C.C.C. (3d) 43; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

#### Doctrine citée

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Simmons et Cronk) (2006), 84 O.R. (3d) 292, 218 O.A.C. 291, 215 C.C.C. (3d) 524, [2006] O.J. No. 5041 (QL),

2006 CarswellOnt 8085, upholding a conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

*C. Leslie Maunder and Mark Halfyard, for the appellant.*

*Jennifer M. Woollcombe, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

### 1. Overview

[1] Leucherin Blackman appeals from his conviction for first degree murder in respect of the death of 18-year-old George Ellison. The sole issue on this appeal is the admissibility of certain statements made by the deceased to his mother, Gwendolyn Freckleton, which provide support for the Crown's theory that Mr. Blackman had a motive to kill Mr. Ellison. This Court is asked to decide whether the statements were properly admitted for the truth of their contents under the principled approach to hearsay.

[2] Mr. Blackman was charged with first degree murder following the shooting death of Mr. Ellison. The shooting took place in April 2001 at a busy after-hours nightclub in Toronto. The Crown's theory at trial was that Mr. Blackman shot Mr. Ellison in retaliation for a July 2000 incident in which Mr. Ellison stabbed Mr. Blackman outside a sports bar in the Oakwood and Vaughan Road area of Toronto. The Crown further alleged that Mr. Blackman, together with two other men, tried unsuccessfully to kill Mr. Ellison outside a strip club two months before the fatal shooting.

[3] A *voir dire* was held to determine the admissibility of statements made by Mr. Ellison to his mother in the weeks leading up to his death. The

2006 CarswellOnt 8085, qui a confirmé une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

*C. Leslie Maunder et Mark Halfyard, pour l'appelant.*

*Jennifer M. Woollcombe, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Aperçu

[1] Leucherin Blackman se pourvoit contre la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre lui par suite de la mort de George Ellison, alors âgé de 18 ans. La seule question qui se pose en l'espèce porte sur l'admissibilité de certaines déclarations que le défunt a faites à sa mère, Gwendolyn Freckleton, et qui appuient la théorie du ministère public selon laquelle M. Blackman avait un mobile pour tuer M. Ellison. La Cour est appelée à décider si les déclarations ont été admises à juste titre comme preuve de la véracité de leur contenu selon l'approche raisonnée en matière de oui-dire.

[2] Monsieur Blackman a été accusé de meurtre au premier degré après la mort par balle de M. Ellison. La fusillade a eu lieu en avril 2001 dans une boîte de nuit clandestine très fréquentée de Toronto. Au procès, le ministère public a soutenu que M. Blackman avait tiré sur M. Ellison en représailles d'un incident survenu en juillet 2000 au cours duquel celui-ci l'avait poignardé à l'extérieur d'un bar sportif dans le secteur de l'avenue Oakwood et du chemin Vaughan, à Toronto. Le ministère public a en outre allégué que M. Blackman et deux autres hommes avaient tenté de tuer M. Ellison à l'extérieur d'un bar de danseuses nues deux mois avant la fusillade mortelle.

[3] Le juge du procès a tenu un voir-dire sur l'admissibilité des déclarations faites par M. Ellison à sa mère dans les semaines précédant sa mort. Le

Crown adduced evidence that Mr. Ellison told Ms. Freckleton that he stabbed a man following a dispute over a pool debt in July 2000. He also told his mother that he was shot outside a strip club in February 2001 by two black men and a white man, “the guys whom he had the problem with at Vaughan Road who he stabbed”. The two black men were brothers, he indicated, and the one who shot Mr. Ellison was “[t]he black one. Not the one that he stabbed.”

[4] At the conclusion of the *voir dire*, the trial judge ruled that Mr. Ellison’s statements to his mother were admissible. Mr. Blackman did not testify at trial. Following a 30-day trial before judge and jury, Mr. Blackman was convicted of first degree murder. His appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed. The court was divided, however, on the question of the admissibility of Mr. Ellison’s out-of-court statements. Cronk J.A. (MacPherson J.A. concurring) concluded that Mr. Ellison’s statements were properly admitted at trial under the principled approach to hearsay. Simmons J.A., in dissent, was not satisfied that the trial judge applied the correct test in determining the threshold reliability of the evidence. In particular, Simmons J.A. was of the view that the trial judge erred in his approach on the question of motive to lie, placed too much significance on the statements being against Mr. Ellison’s interest, and relied too heavily on the fact that Ms. Freckleton was available to be cross-examined to ameliorate the concerns about Mr. Ellison’s truthfulness. Accordingly, Simmons J.A. would have allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial. Mr. Blackman appeals to this Court as of right, relying mainly on the same points raised by Simmons J.A.

[5] For the reasons that follow, I would not interfere with the trial judge’s ruling. Accordingly, I would dismiss the appeal.

ministère public a présenté des éléments de preuve indiquant que M. Ellison a dit à M<sup>me</sup> Freckleton qu’il avait poignardé un homme en juillet 2000 par suite d’une dispute relative à une dette de billard. Il a aussi confié à sa mère que deux hommes de race noire et un homme de race blanche — [TRADUCTION] « les gars avec qui il avait eu un problème sur le chemin Vaughan, dont celui qu’il avait poignardé », avaient tiré sur lui à l’extérieur d’un bar de danseuses nues en février 2001. Il a mentionné que les deux hommes de race noire étaient frères et que le tireur était [TRADUCTION] « [l]e Noir. Pas celui qu’il avait poignardé. »

[4] À l’issue du voir-dire, le juge du procès a conclu que les déclarations que M. Ellison a faites à sa mère étaient admissibles. Monsieur Blackman n’a pas témoigné au procès. Au terme d’un procès de 30 jours devant juge et jury, M. Blackman a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté son appel. Elle était toutefois divisée sur la question de l’admissibilité des déclarations extrajudiciaires de M. Ellison. La juge Cronk (avec l’appui du juge MacPherson) a conclu que les déclarations de celui-ci avaient à bon droit été admises en preuve au procès selon l’approche raisonnée en matière de ouï-dire. La juge Simmons, dissidente, n’était pas convaincue que le juge du procès avait appliqué le bon critère pour déterminer le seuil de fiabilité de la preuve. En particulier, elle estimait qu’il n’avait pas adopté la bonne approche pour décider si le déclarant avait un motif pour mentir et qu’il avait accordé trop d’importance au fait que les déclarations étaient contraires aux intérêts de M. Ellison et trop de poids au fait que M<sup>me</sup> Freckleton pouvait être contre-interrogée, ce qui permettrait d’atténuer les doutes au sujet de la sincérité de M. Ellison. Par conséquent, la juge Simmons aurait accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Monsieur Blackman se pourvoit de plein droit devant la Cour, se fondant principalement sur les points soulevés par la juge Simmons.

[5] Pour les motifs qui suivent, je ne modifierais pas la décision du juge du procès. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## 2. Background

[6] Mr. Blackman was charged with first degree murder following the shooting death of 18-year-old George Ellison. The shooting took place in April 2001 at a busy after-hours nightclub in Toronto. At approximately 3:40 a.m. on the night in question, four black males approached Peter Keene, the operator of the nightclub, and asked him to unlock the front door so they could leave. After he unlocked the door, the men lingered in the entranceway. Mr. Keene overheard one member of the group say “[s]ee him there.” Shortly thereafter, one of the men pulled a gun from the waistband of his pants and fired several shots. Mr. Ellison was hit by the gunfire and died before the police and ambulance arrived. The shooter escaped.

[7] Identification was the primary issue at trial. Mr. Keene, who was standing approximately three feet away from the four men when the shooting took place, identified Mr. Blackman as the shooter. When Mr. Keene called 911 shortly after the shooting, he told the authorities that he recognized the individual who shot Mr. Ellison and could identify him. Three days later, Mr. Keene viewed a photo line-up and immediately identified Mr. Blackman as the assailant. Mr. Keene stated that he had known the person in the photo for a “couple of years” and said “[w]ell I see him all the time. . . . I see him all about.” Mr. Keene also identified Mr. Blackman as the shooter at trial.

[8] The Crown’s theory was that Mr. Blackman shot Mr. Ellison in retaliation for a July 2000 incident in which Mr. Ellison stabbed Mr. Blackman outside a sports bar in the Oakwood and Vaughan Road area of Toronto. The Crown further alleged that Mr. Blackman, together with two other men, tried unsuccessfully to kill Mr. Ellison outside a strip club two months before the fatal shooting. The Crown relied on the following evidence to link these two previous incidents to the fatal shooting.

## 2. Contexte

[6] Monsieur Blackman a été accusé de meurtre au premier degré à la suite de la mort par balle de George Ellison, alors âgé de 18 ans. La fusillade a eu lieu en avril 2001 dans une boîte de nuit clandestine très fréquentée de Toronto. La nuit en question, vers 3 h 40, quatre hommes de race noire ont demandé à Peter Keene, l’exploitant de la boîte de nuit, de déverrouiller la porte principale pour qu’ils puissent partir. Une fois la porte déverrouillée, ils se sont attardés dans l’entrée et M. Keene a entendu l’un d’eux dire : [TRADUCTION] « Regardez, c’est lui là-bas. » Peu après, l’un des hommes a sorti une arme qu’il portait à la ceinture et a tiré plusieurs coups de feu. Monsieur Ellison a été touché et il est mort avant l’arrivée des policiers et des ambulanciers. Le tireur a pris la fuite.

[7] L’identification de l’accusé était la principale question en litige au procès. Monsieur Keene, qui se trouvait à environ trois pieds des quatre hommes au moment de la fusillade, a identifié M. Blackman comme étant le tireur. Lorsqu’il a appelé le 911 peu après la fusillade, il a déclaré aux autorités qu’il avait reconnu le tireur et qu’il était en mesure de l’identifier. Trois jours plus tard, il a regardé une série de photos et a tout de suite désigné M. Blackman comme étant l’agresseur. Il a affirmé connaître la personne sur la photo depuis [TRADUCTION] « quelques années » et a ajouté : « En fait, je le vois tout le temps. [ . . . ] Je le croise souvent. » Au procès, il a de nouveau identifié M. Blackman comme étant le tireur.

[8] Selon la thèse du ministère public, M. Blackman a tiré sur M. Ellison en représailles d’un incident survenu en juillet 2000 au cours duquel celui-ci l’a poignardé à l’extérieur d’un bar sportif dans le secteur de l’avenue Oakwood et du chemin Vaughan, à Toronto. Le ministère public a également soutenu que M. Blackman et deux autres hommes avaient tenté de tuer M. Ellison à l’extérieur d’un bar de danseuses nues deux mois avant la fusillade mortelle. Il s’est appuyé sur la preuve décrite ci-après pour rattacher ces deux événements à la fusillade fatale.

## 2.1 *The Stabbing Incident in July 2000*

[9] Ling Gao was working at the Piazza Sports Bar on Vaughan Road in July 2000. Ms. Gao stated that, on the date of the alleged stabbing, a group of teenagers were playing pool, including a young man named George (Mr. Ellison's given name). She asked the group to leave because they were making too much noise. At some point that afternoon, she was aware of two teenagers fighting outside.

[10] Just before 6:00 p.m., Mr. Blackman was stabbed outside the Piazza Sports Bar. He flagged down a police car and told the officers that someone had stabbed him. Mr. Blackman stated that he was unable to identify his assailant and refused to give a statement to the police.

[11] Ms. Gao testified at trial that several months later, when she read about Mr. Ellison's death in the newspaper, she recognized the deceased in the picture as one of the teenagers who was playing pool at the sports bar on the date of the stabbing.

## 2.2 *The Previous Attempt on Mr. Ellison's Life in February 2001*

[12] In February 2001, Mr. Ellison was attacked outside a strip club and received a superficial bullet wound to the head. He managed to escape and flagged down a police car. The police officer who was driving the vehicle testified that Mr. Ellison was obviously very frightened. He told the officer that he had been attacked by five black men in dark clothing.

[13] After he was taken to the hospital, Mr. Ellison provided a statement to the police. Mr. Ellison said that he was approached by two black males and a white male outside the strip club. The white male was carrying a gun and one of the black men was carrying a knife. The men attacked Mr. Ellison and the white male shot him. After the police officer read the statement back to Mr. Ellison, he asked

## 2.1 *L'agression à coups de couteau en juillet 2000*

[9] Ling Gao travaillait au bar Piazza Sports sur le chemin Vaughan en juillet 2000. Madame Gao a déclaré que, le jour de l'agression à coups de couteau alléguée, un groupe d'adolescents, dont un jeune homme nommé George (prénom de M. Ellison), jouaient au billard. Elle leur a demandé de partir parce qu'ils étaient trop bruyants. À un moment donné cet après-midi-là, elle a aussi vu deux adolescents se battre à l'extérieur.

[10] Peu avant 18 h, M. Blackman a été poignardé à l'extérieur du bar Piazza Sports. Il a fait signe à une voiture de police de s'arrêter et il a déclaré aux agents que quelqu'un l'avait poignardé. Il a dit ne pas pouvoir identifier son agresseur et a refusé de faire une déclaration à la police.

[11] Dans son témoignage au procès, M<sup>me</sup> Gao a déclaré que, plusieurs mois plus tard, lorsqu'elle a lu l'article de journal sur le décès de M. Ellison, elle a reconnu le défunt sur la photo comme étant l'un des adolescents qui jouaient au billard au bar sportif le jour de l'agression à coups de couteau.

## 2.2 *Le premier attentat à la vie de M. Ellison en février 2001*

[12] En février 2001, M. Ellison a été agressé à l'extérieur d'un bar de danseuses nues et il a subi une blessure superficielle par balle à la tête. Il a réussi à s'enfuir et il a fait signe à une voiture de police de s'arrêter. Le policier qui était au volant du véhicule a témoigné que M. Ellison était visiblement très effrayé. Selon M. Ellison, cinq hommes de race noire portant des vêtements foncés l'avaient attaqué.

[13] Une fois à l'hôpital, M. Ellison a fait une déclaration à la police. Il a indiqué que deux hommes de race noire et un homme de race blanche l'avaient abordé à la sortie du bar de danseuses nues. L'homme de race blanche portait une arme à feu et l'un des hommes de race noire, un couteau. Ils ont attaqué M. Ellison et l'homme de race blanche a fait feu sur lui. Le policier a relu

Mr. Ellison to sign it. Instead of signing his name, Mr. Ellison wrote the words “[k]ill me” at the bottom of the statement. When asked to explain what he meant by this, Mr. Ellison indicated that the men were going to kill him.

[14] The Crown adduced evidence at trial that after the murder, nine fired cartridge casings were recovered from the nightclub. A firearms expert examined the casings along with six spent cartridge casings found near the strip club where Mr. Ellison was shot in February 2001. The expert concluded that the cartridge casings from both incidents originated from the same gun.

### 2.3 *Statements by the Deceased to His Mother*

[15] The Crown sought to introduce evidence linking Mr. Blackman to the previous attempt on Mr. Ellison’s life in the form of statements made by the deceased to his mother, Ms. Freckleton, in the weeks leading up to his death. Ms. Freckleton was available to testify at Mr. Blackman’s trial. However, on the *voir dire* to determine the admissibility of the proposed evidence, both counsel were content to proceed with the hearing on the basis of a videotaped statement given by Ms. Freckleton to the police and a transcript of her evidence on the *voir dire* at Mr. Blackman’s preliminary inquiry. The Crown also called two police officers to give evidence about an informal statement made by Ms. Freckleton to the police on the morning of her son’s murder.

[16] There were a number of inconsistencies in the various statements given by Ms. Freckleton about the precise content and timing of the statements allegedly made to her by her son. However, the gist of her evidence was that Mr. Ellison told her after the February 2001 incident that there were three assailants and that the shooter was the brother of the person he stabbed the summer before over a debt arising from a pool game. As she put it in her videotaped statement, Ms. Freckleton received a call from Mr. Ellison, who was at the

la déclaration à M. Ellison et lui a demandé de la signer. Au lieu de signer son nom, M. Ellison a écrit [TRADUCTION] « [t]uez-moi » au bas de la déclaration. Interrogé sur les raisons pour lesquelles il avait écrit ces mots, il a répondu que les hommes en question allaient le tuer.

[14] Au procès, le ministère public a présenté une preuve établissant que neuf douilles tirées avaient été retrouvées dans la boîte de nuit après le meurtre. Un expert en armes à feu les a comparées aux six autres douilles trouvées près du bar de danseuses nues où M. Ellison a été blessé par balle en février 2001. L’expert a conclu que les douilles recueillies sur les lieux des deux événements provenaient de la même arme.

### 2.3 *Les déclarations du défunt à sa mère*

[15] En vue d’établir un lien entre M. Blackman et le premier attentat à la vie de M. Ellison, le ministère public a cherché à présenter en preuve des déclarations que le défunt a faites à sa mère, M<sup>me</sup> Freckleton, dans les semaines précédant sa mort. Madame Freckleton était disponible pour témoigner au procès de M. Blackman. Toutefois, lors du *voir-dire* visant à déterminer l’admissibilité de la preuve proposée, les deux avocats ont accepté de s’en tenir à une déclaration, enregistrée sur bande magnétoscopique, que M<sup>me</sup> Freckleton avait faite à la police, et à la transcription de son témoignage lors du *voir-dire* tenu pendant l’enquête préliminaire de M. Blackman. Le ministère public a aussi appelé deux policiers à témoigner au sujet d’une déclaration informelle que M<sup>me</sup> Freckleton a faite à la police le matin du meurtre de son fils.

[16] Les divers témoignages de M<sup>me</sup> Freckleton comportaient un certain nombre d’incohérences quant au contenu exact des déclarations que son fils lui aurait faites et quant au moment précis où elles ont été formulées. Toutefois, d’après l’essentiel de son témoignage, M. Ellison lui avait dit après l’événement de février 2001 qu’il y avait trois agresseurs et que le tireur était le frère de la personne qu’il avait poignardée l’été précédent par suite d’une dette de billard. Selon sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique, M<sup>me</sup> Freckleton a reçu un appel



hospital because he had been shot outside a strip club by two black men and a white man, “the guys whom he had the problem with at Vaughan Road who he stabbed”. The two black men were brothers, he indicated, and the one who shot Mr. Ellison was “[t]he black one. Not the one that he stabbed.” She also stated that “[t]he one that he stabbed had a knife. But the – the – the brother had a gun.” When Ms. Freckleton asked him why he would not go to the police, he told her that the man he stabbed did not “tell” on him so he would not “inform on the guy”.

[17] In her testimony at the preliminary hearing, Ms. Freckleton was also questioned about her ongoing relationship with her son. She stated that she and Mr. Ellison were at odds over his relationship with “Stammer”, a man who was known in the community to use young people to “push drugs” for him. She also stated that, on two occasions, she contacted the police following disputes with her son. On one such occasion, she asked Mr. Ellison to move out of the house, which he did. The police report documenting the incident stated that Ms. Freckleton “was frustrated with having to put up with George and his disrespectful attitude and unruly behaviour”.

[18] Since there was nothing in Mr. Ellison’s statements to his mother revealing the identity of the person he had stabbed or the three men involved in the February 2001 shooting incident, Campbell J. sought direction from counsel during the *voir dire* on what evidence there was, if any, linking the proposed evidence to Mr. Blackman. Although there was no direct evidence about who had stabbed Mr. Blackman, the Crown informed the court that it was in evidence that Mr. Blackman was in fact stabbed in the Vaughan Road and Oakwood area in July 2000. Therefore, Crown counsel submitted that the trier of fact would be asked to infer from the evidence at trial about this stabbing incident that Mr. Ellison was referring to Mr. Blackman in

de M. Ellison, qui se trouvait à l’hôpital parce que deux hommes de race noire et un homme de race blanche avaient tiré sur lui à l’extérieur d’un bar de danseuses nues, [TRADUCTION] « les gars avec qui il avait eu un problème sur le chemin Vaughan, dont celui qu’il avait poignardé ». Il a indiqué que les deux hommes de race noire étaient frères et que le tireur était [TRADUCTION] « [l]e Noir. Pas celui qu’il avait poignardé ». Elle a aussi déclaré que [TRADUCTION] « [c]elui qu’il avait poignardé avait un couteau. Mais le – le – le frère avait une arme. » Quand M<sup>me</sup> Freckleton lui a demandé pourquoi il ne voulait pas alerter la police, il lui a répondu que l’homme qu’il avait poignardé ne l’avait pas [TRADUCTION] « dénoncé »; alors, il ne [TRADUCTION] « le dénoncerait » pas non plus.

[17] Lors de son témoignage à l’enquête préliminaire, M<sup>me</sup> Freckleton a également été interrogée à propos de sa relation avec son fils. Elle a déclaré qu’ils étaient en désaccord sur la relation qu’il entretenait avec « Stammer », un homme qui avait la réputation dans la communauté d’utiliser des jeunes pour [TRADUCTION] « vendre de la drogue ». Elle a aussi mentionné avoir appelé la police à deux occasions à la suite de querelles avec son fils. Une fois, elle a demandé à celui-ci de quitter la maison, ce qu’il a fait. Il est indiqué dans le rapport de police décrivant l’incident que M<sup>me</sup> Freckleton [TRADUCTION] « était fatiguée d’avoir à supporter George ainsi que son comportement irrespectueux et son indiscipline ».

[18] Étant donné que rien dans les déclarations que M. Ellison a faites à sa mère ne permettait d’identifier la personne qu’il avait poignardée ou les trois hommes impliqués dans la fusillade de février 2001, pendant le *voir-dire* le juge Campbell a demandé aux avocats de lui indiquer quelle preuve, le cas échéant, permettrait d’établir un lien entre la preuve proposée et M. Blackman. Il n’existait aucune preuve directe quant à la personne qui avait poignardé M. Blackman, mais le ministère public a informé le tribunal que, selon la preuve, M. Blackman a été bel et bien poignardé dans le secteur du chemin Vaughan et de l’avenue Oakwood en juillet 2000. Le ministère public a donc fait valoir que le juge des faits serait invité à

his statements to his mother when he spoke of the person he had stabbed and stated that this person had not told on him to the police.

### 3. The Trial Judge's Ruling on Admissibility

[19] Campbell J. began his analysis by reviewing the frailties in Ms. Freckleton's evidence. He noted that there was confusion regarding certain aspects of her testimony. He also noted that her recollection of what she was told by her son may have been mixed with the many rumours she had heard in the community about the events. However, the trial judge concluded that these concerns were only relevant to the ultimate reliability of the statements and could be tested by way of cross-examination.

[20] The trial judge then considered the necessity criterion for admitting hearsay statements under the principled approach. He had no difficulty concluding that necessity was supplied by Mr. Ellison's death.

[21] Turning to threshold reliability, the trial judge stated that "the declarant's statement to his mother was not made under inherently unreliable circumstances". He concluded that there was nothing "inherently unreliable" about a young man who had just been shot telling his mother about the shooting and the events that precipitated it. Although Mr. Ellison might have minimized the incident to calm his mother down, the information he conveyed to her would not have done so. In fact, he had nothing to gain by recounting this story to his mother. The trial judge concluded that it would be against Mr. Ellison's interest to provide his mother with the information he did. Moreover, it was consistent with the "code of silence" in the neighbourhood that the deceased told his mother more information than he told the police.

tirer de la preuve au procès concernant cette agression à coups de couteau l'inférence suivante : dans ses déclarations à sa mère, M. Ellison parlait de M. Blackman lorsqu'il était question de l'individu qu'il avait poignardé et du fait que ce dernier ne l'avait pas dénoncé à la police.

### 3. La décision du juge du procès sur la question de l'admissibilité

[19] Le juge Campbell a commencé son analyse en examinant les faiblesses du témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton. Il a fait remarquer que certains aspects de son témoignage comportaient des incohérences. Il a aussi indiqué qu'il était possible qu'elle confonde ce que son fils lui avait dit avec les nombreuses rumeurs qui circulaient dans la communauté sur les événements. Il a toutefois conclu que ces préoccupations n'avaient des incidences que sur la fiabilité ultime (ou fiabilité en dernière analyse) des déclarations et qu'on pouvait y répondre en procédant à un contre-interrogatoire.

[20] Le juge du procès a ensuite examiné le critère de la nécessité pour l'admission, selon l'approche raisonnée, des déclarations relatées. Il n'a eu aucune difficulté à conclure que la nécessité était établie du fait de la mort de M. Ellison.

[21] Pour ce qui est du seuil de fiabilité, le juge du procès a statué que [TRADUCTION] « les déclarations de la victime à sa mère n'avaient pas été faites dans des circonstances intrinsèquement non fiables ». Selon lui, il n'y avait rien d'« intrinsèquement non fiable » dans le fait qu'un jeune homme, qui venait d'être atteint d'un coup de feu, raconte à sa mère les circonstances de la fusillade et les événements qui y ont donné lieu. Certes, M. Ellison aurait pu minimiser l'incident pour calmer sa mère, mais tel ne pouvait être le cas compte tenu des renseignements qu'il lui a donnés. En fait, il n'avait rien à gagner en racontant cette histoire à sa mère. Le juge du procès a conclu qu'il était contre l'intérêt de M. Ellison de fournir à sa mère les renseignements en question. De plus, le fait que le défunt en dise davantage à sa mère qu'aux policiers correspondait à la [TRADUCTION] « loi du silence » qui régnait dans le quartier.

[22] With respect to the timing of the alleged statements, Campbell J. again noted that there was some ambiguity as to when the statements were made. However, he concluded that even if Mr. Ellison's statements were made several weeks after the shooting outside the strip club, "having regard to the unusual and attention-focusing nature of the event", the statements were sufficiently contemporaneous "to provide some measure of reliability".

[23] The trial judge noted that Mr. Ellison's general veracity, lifestyle problems and criminal record were relevant only to the ultimate reliability of the statements. However, Campbell J. did consider Mr. Ellison's propensity to be untruthful with his mother in determining threshold reliability. He concluded that although Mr. Ellison's untruthfulness with Ms. Freckleton detracted from the reliability of the statements, it was "not conclusive". He was satisfied that the concerns regarding Mr. Ellison's specific veracity to his mother and any possible motives to lie could be tested "at least indirectly" by cross-examining Ms. Freckleton.

[24] Finally, the trial judge rejected the defence's argument that without evidence that it was Mr. Ellison who stabbed Mr. Blackman, Mr. Ellison's statement was irrelevant. He concluded that it was too early to say that there was no evidence linking the deceased to the stabbing of the accused, and that it would ultimately be a matter for the jury to decide. He noted that the evidence could not be said to be "of trifling value, in an allegation of a revenge shooting such as this", and that the jury should have as much relevant evidence as possible regarding the events that preceded the killing. Campbell J. held that the probative value of the statements outweighed their prejudicial effect and ruled that all statements made by Mr. Ellison to his mother were admissible under the principled exception to the rule against hearsay.

[22] Le juge Campbell a encore une fois fait remarquer qu'il y avait une certaine ambiguïté quant au moment où les déclarations auraient été faites. Il a toutefois conclu que, même si les déclarations de M. Ellison avaient été faites plusieurs semaines après la fusillade survenue à l'extérieur du bar de danseuses nues, elles étaient suffisamment contemporaines, [TRADUCTION] « compte tenu de la nature inhabituelle et frappante de l'événement, [. . .] pour présenter une certaine fiabilité ».

[23] Le juge du procès a indiqué que la crédibilité générale de M. Ellison, les problèmes liés à son mode de vie et son dossier criminel touchaient uniquement la fiabilité ultime des déclarations. Il a toutefois tenu compte de la propension de M. Ellison à mentir à sa mère pour déterminer le seuil de fiabilité. Il a conclu que, même si le manque de sincérité de M. Ellison envers M<sup>me</sup> Freckleton a terni la fiabilité de ses déclarations, ce n'était [TRADUCTION] « pas concluant ». Il était convaincu qu'il était possible de vérifier, [TRADUCTION] « du moins indirectement », en contre-interrogatoire, si M. Ellison disait habituellement la vérité à sa mère et s'il avait des motifs pour mentir.

[24] Enfin, le juge du procès a rejeté l'argument de la défense que la déclaration de M. Ellison n'était pas pertinente sans la preuve que celui-ci avait bel et bien poignardé M. Blackman. Il a jugé prématuré de conclure qu'il n'existait aucune preuve établissant un lien entre le défunt et l'agression à coups de couteau subie par l'accusé et qu'ultimement il reviendrait au jury de se prononcer sur la question. Il a fait remarquer que la valeur probante de la preuve ne pouvait être jugée [TRADUCTION] « insignifiante dans le contexte d'une allégation de fusillade commise par vengeance comme celle-ci » et que le jury devrait disposer d'une preuve aussi complète que possible au sujet des événements qui avaient précédé le meurtre. Le juge Campbell a conclu que la valeur probante des déclarations l'emportait sur leur effet préjudiciable et que toutes les déclarations faites par M. Ellison à sa mère étaient admissibles selon l'exception raisonnée à la règle interdisant le ouï-dire.

4. Court of Appeal for Ontario (2006), 215 C.C.C. (3d) 524

[25] Mr. Blackman appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario (MacPherson, Simmons and Cronk J.J.A.). He argued that the trial judge erred in his instructions to the jury on eyewitness identification and in admitting Mr. Ellison's out-of-court statements. The court was unanimous in rejecting the first ground of appeal and the sole remaining issue concerned the admissibility of the deceased's statements.

[26] Mr. Blackman argued that the trial judge erred in concluding that Mr. Ellison's statements were sufficiently reliable to be admitted in evidence. He also argued that the statements' prejudicial effect outweighed their probative value. In support of his position, Mr. Blackman advanced two principal submissions. First, he contended that by focusing the analysis on whether Mr. Ellison's statements were "inherently unreliable", the trial judge applied the wrong legal test and shifted the onus to the accused to prove that Mr. Ellison had a motive to lie to his mother, rather than placing the onus on the Crown to show that Mr. Ellison had no motive to lie. He submitted that this was the same type of reversible error identified by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199. Second, Mr. Blackman submitted that the trial judge erred by failing to treat Ms. Freckleton's credibility and reliability as relevant to the threshold reliability analysis.

[27] Cronk J.A., writing for herself and MacPherson J.A., rejected both submissions. She concluded that, while the trial judge may have misspoken, a reading of his ruling as a whole showed that he applied the correct legal test and did not commit any error on the question of motive as alleged. Further, Cronk J.A. was of the view that the trial judge properly considered the factors surrounding Mr. Ellison's statements which substantially

4. Cour d'appel de l'Ontario (2006), 215 C.C.C. (3d) 524

[25] Monsieur Blackman a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Simmons et Cronk). Il a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury sur l'identification par témoin oculaire et en admettant les déclarations extrajudiciaires de M. Ellison. La cour a rejeté à l'unanimité le premier moyen d'appel et la seule question qui restait à trancher portait sur l'admissibilité des déclarations du défunt.

[26] Monsieur Blackman a soutenu que le juge du procès avait eu tort de conclure que les déclarations de M. Ellison étaient suffisamment fiables pour être admises en preuve. Il a également fait valoir que leur effet préjudiciable l'emportait sur leur valeur probante. Il a avancé deux principaux arguments à l'appui de sa position. Premièrement, il affirme qu'en centrant l'analyse sur la question de savoir si les déclarations de M. Ellison étaient « intrinsèquement non fiables », le juge du procès a appliqué le mauvais critère juridique et déplacé le fardeau de la preuve sur l'accusé, de sorte qu'il incombait à celui-ci de prouver que M. Ellison avait un motif pour mentir à sa mère, et non au ministère public de prouver que M. Ellison n'avait aucune raison de mentir. À son avis, il s'agissait d'une erreur justifiant annulation du même type que celle relevée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199. Deuxièmement, M. Blackman fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en ne considérant pas la crédibilité et la fiabilité de M<sup>me</sup> Freckleton comme facteurs pertinents pour l'examen de la question du seuil de fiabilité.

[27] La juge Cronk, en son nom et en celui du juge MacPherson, a rejeté les deux arguments. Selon elle, bien que le juge du procès ait pu mal s'exprimer, il ressortait de l'ensemble de sa décision qu'il avait appliqué le bon critère juridique et qu'il n'avait pas commis l'erreur reprochée quant à la question du motif. De plus, elle estimait que le juge du procès avait bien tenu compte des facteurs entourant les déclarations de M. Ellison,

negated the possibility of inaccuracy and fabrication. She also found that the trial judge was alive to the weaknesses in Ms. Freckleton's evidence, but correctly concluded that Ms. Freckleton's credibility was irrelevant to threshold reliability.

[28] Simmons J.A., writing in dissent, took issue with the majority's finding that the reasons as a whole showed that the trial judge applied the proper test for admitting statements under the principled approach. She concluded that the trial judge erred when he found that Mr. Ellison's apparent lack of motive to fabricate supported the threshold reliability of his statements. Since there was no evidence of a motive to fabricate, motive to lie was not a factor which tended to establish the reliability of the statement, but was rather a neutral factor in assessing threshold reliability. Simmons J.A. also held that the trial judge erred by placing too much significance on the statements being against Mr. Ellison's interest. Finally, Simmons J.A. noted that the "major hearsay danger" in the case was Mr. Ellison's veracity (para. 112). The fact that the recipient of the hearsay statement was available to be cross-examined could not mitigate this danger because there was evidence that Mr. Ellison was not always truthful with his mother. Simmons J.A. was not persuaded that the relative contemporaneity of the statements ameliorated the concerns about Mr. Ellison's truthfulness. She would have allowed the appeal, set aside Mr. Blackman's conviction, and ordered a new trial.

## 5. Analysis

[29] The most basic principle of our law of evidence is that, as a general rule, any information that is relevant to an issue in the case may be admitted in evidence. Put differently, evidence may only be admitted if it relates logically to an issue in the case. Without this relationship, the proposed

qui écartent essentiellement la possibilité que la déclaration relatée soit inexacte ou fausse. À son avis, également, le juge du procès était conscient des lacunes que comportait le témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton, mais il a conclu à juste titre que sa crédibilité n'était pas un facteur à considérer pour déterminer le seuil de fiabilité.

[28] La juge Simmons, dissidente, était en désaccord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle, prise dans son ensemble, la décision du juge du procès permettait de conclure qu'il avait appliqué le bon critère pour admettre les déclarations selon l'approche raisonnée. Elle a estimé que le juge du procès avait eu tort d'affirmer que l'absence apparente de motif de la part de M. Ellison pour mentir jouait un rôle favorable dans l'établissement du seuil de fiabilité de ses déclarations. Faute de preuve d'un motif de fabrication, la question des raisons ayant pu inciter le déclarant à mentir n'était pas un facteur qui tendait à établir la fiabilité de la déclaration, mais plutôt un facteur neutre dans l'appréciation du seuil de fiabilité. La juge Simmons a aussi conclu que le juge du procès avait commis une erreur en accordant trop d'importance au fait que les déclarations étaient contraires aux intérêts de M. Ellison. Enfin, elle a indiqué qu'en l'espèce le [TRADUCTION] « principal danger du oui-dire » touchait la sincérité de M. Ellison (par. 112). Le fait que la personne ayant reçu la déclaration relatée puisse être contre-interrogée ne pouvait atténuer ce danger parce qu'il avait été démontré que M. Ellison ne disait pas toujours la vérité à sa mère. La juge Simmons n'était pas convaincue que la contemporanéité relative des déclarations permettait d'atténuer les doutes quant à la sincérité de M. Ellison. Elle aurait accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité de M. Blackman et ordonné un nouveau procès.

## 5. Analyse

[29] Le principe le plus fondamental de notre droit de la preuve est que, de façon générale, tout renseignement pertinent se rapportant à une question en litige est admissible en preuve. En d'autres termes, une preuve ne peut être admise que s'il existe un lien logique entre l'élément de preuve et

evidence, regardless of whether it is in hearsay form or not, has no probative value and is therefore inadmissible. Given this cardinal principle, the trial judge rightly inquired into the relevance of the out-of-court statements during the *voir dire*. Indeed, if the evidence is not relevant, there is no need to embark upon a *voir dire* at all. One of the arguments advanced by the defence at the conclusion of the *voir dire* was that there was no evidence linking the person allegedly stabbed by Mr. Ellison to the accused. Counsel argued that without such a link, Mr. Ellison's out-of-court statements were irrelevant. Although this argument was not repeated before this Court, it is an important point that merits further comment. Therefore, before addressing the issue of whether the trial judge was correct to admit Mr. Ellison's statements under the principled approach to hearsay, I will deal with the question of threshold relevance.

### 5.1 *Threshold Relevance*

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

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

une question faisant l'objet du litige. Sans ce lien, la preuve proposée, qu'il s'agisse ou non d'une preuve par oui-dire, n'a aucune valeur probante et est donc inadmissible. Compte tenu de ce principe essentiel, le juge du procès a à juste titre vérifié la pertinence des déclarations extrajudiciaires pendant le voir-dire. Bien entendu, il n'y a pas lieu de procéder à un voir-dire si la preuve n'est pas pertinente. À la fin du voir-dire, la défense a notamment fait valoir qu'aucun élément de preuve n'établissait un lien entre la personne que M. Ellison aurait poignardée et l'accusé. L'avocat de l'accusé a soutenu que sans un tel lien, les déclarations extrajudiciaires de M. Ellison n'étaient pas pertinentes. Bien qu'il n'ait pas repris cet argument devant la Cour, il s'agit d'un point important, qui mérite qu'on s'y attarde. Par conséquent, avant d'aborder la question de savoir si le juge du procès a eu raison d'admettre selon l'approche raisonnée en matière de oui-dire les déclarations de M. Ellison, j'examinerai le critère préliminaire de la pertinence.

### 5.1 *Critère préliminaire de la pertinence*

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

Pour qu'un élément de preuve soit logiquement pertinent, il n'est pas nécessaire qu'il établisse fermement, selon quelque norme que ce soit, la véracité ou la

to “increase or diminish the probability of the existence of a fact in issue”.

[31] I will first consider how the out-of-court statements relate to issues in the case. It was the Crown’s theory that Mr. Ellison’s murder was in retaliation for the July 2000 stabbing of Mr. Blackman. When considered in context, the statements provide evidence that Mr. Ellison stabbed an unnamed individual with whom he was playing pool at a sports bar on Vaughan Road in July 2000. They also identify that same individual and his brother as two of three men involved in the attempt made on Mr. Ellison’s life outside the strip club in February 2001, two months before Mr. Ellison was killed. The involvement of the man stabbed by Mr. Ellison in the February 2001 shooting is significant because there is evidence that the same gun was then used in the fatal shooting in April 2001. Placing the man stabbed by Mr. Ellison at the scene of the February shooting therefore goes to the issue of motive and, in turn, to the issue of identification. It also supports the Crown’s theory that the second shooting was designed to effect the retaliation that was attempted unsuccessfully two months earlier. The statements therefore provide evidence from which it may be inferred that the murder was planned and deliberate, both required elements to make out a case for first degree murder. The out-of-court statements are therefore related to the issues of identification, motive, planning and deliberation.

[32] Mr. Ellison’s out-of-court statements are only relevant, however, if there is evidence to show that it was *the accused* who was stabbed by Mr. Ellison in July 2000, or if there is some evidence otherwise connecting the earlier incidents to Mr. Blackman. Therefore, the trial judge in this case rightly asked counsel to explain how Mr. Ellison’s statements related to the accused — without some

fausseté d’un fait en litige. La preuve doit simplement tendre à [TRADUCTION] « accroître ou diminuer la probabilité de l’existence d’un fait en litige ».

[31] J’examinerai d’abord dans quelle mesure les déclarations extrajudiciaires concernent des questions en litige dans la présente affaire. Selon la thèse du ministère public, M. Ellison a été tué en représailles de l’agression à coups de couteau dont a été victime M. Blackman en juillet 2000. Considérées dans leur contexte, les déclarations établissent qu’à cette date M. Ellison a poignardé un individu non identifié avec lequel il jouait au billard dans un bar sportif situé sur le chemin Vaughan. Elles révèlent aussi que cet individu et son frère sont deux des trois hommes ayant participé à une tentative d’attentat à la vie de M. Ellison à l’extérieur d’un bar de danseuses nues en février 2001, deux mois avant que M. Ellison ne soit tué. Il est utile de savoir que l’homme qui a été poignardé par M. Ellison était impliqué dans la fusillade de février 2001 étant donné que la preuve établit que la même arme a été utilisée lors de la fusillade fatale d’avril 2001. Le fait de situer l’homme poignardé par M. Ellison sur les lieux de la fusillade de février est une circonstance pertinente en ce qui concerne la question du mobile et donc également en ce qui concerne la question de l’identification. Il étaye en outre la thèse du ministère public que la deuxième fusillade faisait suite à l’acte de représailles qui avait échoué deux mois auparavant. Les déclarations constituent donc la preuve permettant d’inférer que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré, deux éléments requis pour établir qu’il s’agit d’un meurtre au premier degré. Les déclarations extrajudiciaires se rapportent donc aux questions de l’identification, du mobile, de la préméditation et du caractère délibéré.

[32] Les déclarations extrajudiciaires de M. Ellison ne sont toutefois pertinentes que si des éléments de preuve démontrent que c’est *l’accusé* qui a été poignardé par M. Ellison en juillet 2000, ou établissent autrement un lien entre les événements antérieurs et M. Blackman. Par conséquent, le juge du procès a eu raison de demander à l’avocat du ministère public d’expliquer en quoi les déclara-

link between the two, the proposed evidence was not relevant to Mr. Blackman's trial. As stated earlier, relevance as a threshold for admissibility is easily made out. After being informed by counsel that Mr. Blackman was in fact stabbed in the Vaughan Road and Oakwood area in July 2000 and that the jury would be asked to infer from all the evidence that Mr. Ellison was indeed referring to Mr. Blackman in his statements to his mother, nothing more was required. The trial judge was thus correct to reject the defence's argument on relevance on the basis that he did. He stated as follows:

Having regard to the difficulties of knowing exactly what the street witnesses will say about the Vaughan Road July stabbing, it is too early to say there is no evidence to link the deceased with the stabbing of the accused. It will be a matter for the jury to decide whether there is a link, and if so where its import may be in the overall context of the case.

## 5.2 *The Principled Approach to Hearsay*

[33] Mr. Ellison's statements clearly constitute hearsay — the Crown seeks to adduce the out-of-court statements for the truth of their contents and Mr. Ellison cannot be cross-examined on what he told his mother about the identity of the men who shot him in February 2001. Therefore, this evidence is presumptively inadmissible. Mr. Ellison's statements can only be admitted if they fall within one of the recognized exceptions to the rule against hearsay. The Court must first look to the traditional exceptions: *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23, at para. 15. It is undisputed that the proposed evidence does not fall under any of the traditional exceptions to the hearsay rule and that its admission is dependent upon the Crown establishing the twin criteria of reliability and necessity on a balance of probabilities.

tions de M. Ellison se rapportaient à l'accusé — en l'absence de lien entre les deux, la preuve proposée n'était pas pertinente dans le cadre du procès de M. Blackman. Comme nous l'avons vu, la pertinence, en tant que critère préliminaire d'admissibilité, peut aisément être démontrée. Il suffisait que le tribunal soit informé que M. Blackman avait été poignardé dans le secteur du chemin Vaughan et de l'avenue Oakwood en juillet 2000 et qu'on demande au jury d'inférer de l'ensemble de la preuve qu'il était effectivement question de M. Blackman dans les déclarations que M. Ellison a faites à sa mère. Le juge du procès a donc eu raison de rejeter l'argument de la défense concernant la pertinence, selon les motifs exposés dans sa décision :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la difficulté de déterminer exactement ce que les témoins qui se trouvaient sur les lieux diront au sujet de l'agression à coups de couteau survenue en juillet sur le chemin Vaughan, il est prématuré de dire qu'aucun élément de preuve ne permet d'établir un lien entre le défunt et l'agression à coups de couteau perpétrée contre l'accusé. Il appartient au jury de décider si un tel lien existe et, dans l'affirmative, quelle importance il revêt dans le contexte global de l'affaire.

## 5.2 *L'approche raisonnée en matière de ouï-dire*

[33] Les déclarations de M. Ellison constituent de toute évidence du ouï-dire — le ministère public cherche à présenter les déclarations extrajudiciaires pour prouver la véracité de leur contenu et M. Ellison ne peut être contre-interrogé sur ce qu'il a dit à sa mère à propos de l'identité des hommes qui lui ont tiré dessus en février 2001. La preuve est donc présumée inadmissible. Les déclarations de M. Ellison ne peuvent être admises que si elles sont visées par l'une des exceptions à la règle du ouï-dire. L'examen de la Cour doit d'abord porter sur l'une des exceptions traditionnelles : *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23, par. 15. Or, il est incontesté que la preuve proposée ne relève d'aucune des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire et qu'elle ne peut être admise que si le ministère public établit, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle satisfait au double critère de la fiabilité et de la nécessité.



[34] Necessity is obviously made out in this case. If Mr. Ellison's statements are to be adduced at all by the Crown, they can only be presented in hearsay form because of Mr. Ellison's death. It is not uncommon that courts have had to grapple with relevant hearsay statements made by the deceased victims of crime. Indeed, some of the traditional exceptions were born out of the necessity of admitting evidence of this nature: for example, dying declarations and spontaneous statements (including statements of present mental state, statements of present sense impression, and excited utterances). The hearsay admissibility inquiry in this case therefore turns on the question of threshold reliability.

[35] The central underlying concern about the hearsay form of the proposed evidence is the inability to cross-examine Mr. Ellison on the truth and accuracy of his statements to his mother. The trial judge's role as gatekeeper is to determine whether this concern is sufficiently overcome in the circumstances of the case to justify receiving the evidence. This criterion is usually met by showing that sufficient trust can be put in the truth and accuracy of the statements because of the way in which they came about, or by showing that in the circumstances the ultimate trier of fact will be in a position to sufficiently assess their worth. The two ways of demonstrating threshold reliability are not mutually exclusive.

[36] The trial judge is well placed to determine the extent to which the hearsay dangers of a particular case are of concern and whether they can be sufficiently alleviated. Accordingly, the trial judge's ruling on admissibility, if informed by correct principles of law, is entitled to deference. The court below was divided on whether the trial judge applied the correct test in this case. As this issue impacts on the question of whether the trial judge's

[34] Il ne fait pas de doute en l'espèce que le critère de la nécessité est rempli. Étant donné que M. Ellison est mort, le ministère public doit nécessairement recourir à une preuve par ouï-dire pour soumettre ses déclarations à l'attention du tribunal. Il n'est pas rare que les tribunaux aient à examiner des déclarations relatées faites par des victimes d'un acte criminel ayant entraîné la mort. D'ailleurs, certaines des exceptions traditionnelles découlent de la nécessité d'admettre des éléments de preuve de cette nature, par exemple les déclarations de mourants et les déclarations spontanées (dont les déclarations relatives à l'état mental actuel, les déclarations relatives aux impressions du moment et les paroles prononcées sous le coup de la nervosité). En l'espèce, l'admissibilité de la preuve par ouï-dire dépend plutôt du critère du seuil de fiabilité.

[35] La préoccupation majeure que soulève le fait que la preuve proposée soit une preuve par ouï-dire est l'impossibilité de contre-interroger M. Ellison quant à la véracité et à l'exactitude des déclarations qu'il a faites à sa mère. Le rôle du juge du procès en tant que gardien du système judiciaire consiste à déterminer si ce problème est suffisamment surmonté dans les circonstances pour justifier l'admission de la preuve. De façon générale, on satisfait au critère du seuil de fiabilité en démontrant qu'on peut avoir suffisamment confiance en la véracité et l'exactitude des déclarations compte tenu des circonstances dans lesquelles elles ont été faites ou que les circonstances permettent au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. Les deux façons de démontrer qu'il a été satisfait au critère du seuil de fiabilité ne sont pas mutuellement exclusives.

[36] Le juge du procès est bien placé pour déterminer dans quelle mesure les dangers du ouï-dire sont préoccupants dans une affaire donnée et s'ils peuvent être suffisamment atténués. Par conséquent, il faut faire preuve de déférence à l'égard du juge de première instance si sa décision sur l'admissibilité se fonde sur les principes juridiques pertinents. Les juges de la Cour d'appel étaient divisés quant à la question de savoir si le juge du procès a

ruling is entitled to deference, I will deal with it at the outset.

### 5.2.1 The Test Applied by the Trial Judge

[37] The disagreement between the majority and the dissent arises from the trial judge's repeated assertion during his oral ruling on the *voir dire* that there was nothing "inherently unreliable" about the evidence. Because hearsay statements are presumptively *inadmissible*, what he should have asked is whether there was anything inherently *reliable* about the alleged statements that would warrant their admission. Mr. Blackman argues that this language shows that the trial judge applied the wrong legal test and effectively reversed the onus. The majority was satisfied that, while the trial judge "misspoke", it was clear from a reading of the ruling as a whole that he ultimately applied the proper legal test (paras. 50-51). Simmons J.A., in dissent, was of the view that the trial judge's reasons did not demonstrate that he subsequently applied the proper test (para. 108).

[38] It is important that the trial judge start from the premise that hearsay statements are presumptively *inadmissible* and then search for indicia of trustworthiness sufficient to displace the general exclusionary rule. Otherwise, the trial judge risks falling into error by reversing the onus. Indeed, the majority of this Court concluded that such an error was effectively committed by the trial judge in *R. v. Couture*, [2007] 2 S.C.R. 517, 2007 SCC 28, at para. 85. In the present case, however, I agree with the majority in the court below. Although the comments about there being nothing "inherently unreliable" about the statements are cause for concern, these concerns are sufficiently alleviated when the comments are read in context. It is apparent from the record that the trial judge was contrasting the circumstances in which the statements were made to Ms. Freckleton with those described in a ruling

appliqué le bon critère en l'espèce. Je vais d'abord traiter de cette question étant donné qu'elle aura une incidence sur celle de savoir si la décision du juge du procès commande la déférence.

### 5.2.1 Le critère appliqué par le juge du procès

[37] Le désaccord entre les juges majoritaires et la juge dissidente de la Cour d'appel découle du fait que le juge du procès a déclaré, à plusieurs reprises, dans sa décision rendue oralement au terme du voir-dire, qu'il n'y avait rien dans la preuve d'« intrinsèquement non fiable ». Comme les déclarations relatées sont présumées *inadmissibles*, ce dernier aurait dû se demander si des aspects intrinsèquement *fiabiles* des déclarations alléguées justifiaient leur admission. Monsieur Blackman fait valoir que les termes employés par le juge du procès démontrent que celui-ci a appliqué le mauvais critère juridique et qu'il a effectivement inversé le fardeau de la preuve. La majorité était convaincue que, même si le juge du procès s'est [TRADUCTION] « mal exprimé », il ressortait clairement de l'ensemble de la décision qu'il avait, en définitive, appliqué le bon critère juridique (par. 50-51). La juge Simmons, dissidente, estimait que les motifs exposés par le juge du procès ne permettaient pas de conclure qu'il avait en fin de compte appliqué le bon critère (par. 108).

[38] Il importe que le juge siégeant en première instance parte du principe que les déclarations relatées sont présumées *inadmissibles* et que par la suite il cherche des indices de fiabilité suffisants pour écarter la règle d'exclusion générale. Autrement, il risque de commettre une erreur en inversant le fardeau de la preuve. D'ailleurs, dans *R. c. Couture*, [2007] 2 R.C.S. 517, 2007 CSC 28, par. 85, la majorité de la Cour a conclu que le juge du procès avait effectivement commis une telle erreur. Toutefois, en l'espèce, je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel. Certes, les remarques selon lesquelles rien dans les déclarations n'est « intrinsèquement non fiable » posent problème, mais, si elles sont interprétées dans leur contexte, les préoccupations qu'elles soulèvent sont suffisamment atténuées. Il ressort du dossier que le juge du procès mettait en contraste

he made earlier that day, in which he ruled another hearsay statement inadmissible because of the presence of “many inherent indicia of threshold unreliability”. In addition, and unlike the situation in *Couture*, it is apparent from a reading of the ruling in its entirety that the trial judge relied on relevant factors in admitting the statements. Therefore, I am satisfied that the trial judge applied the correct test. I read the balance of Simmons J.A.’s difficulties with the trial judge’s ruling as being related not so much to the question of whether he applied the correct test, but rather to his weighing of the various factors. In particular, Simmons J.A. disagreed with the majority’s view on whether the trial judge had properly considered the question of motive, an issue to which I now turn.

### 5.2.2 The Question of Motive

[39] Simmons J.A. was of the view that, much as in *Czibulka*, “the trial judge erred by founding his implicit conclusion that Ellison had no motive to fabricate on an absence of evidence of a motive to fabricate” (para. 106). In *Czibulka*, the Court of Appeal for Ontario overturned the accused’s conviction for second degree murder based on the trial judge’s failure to distinguish between an absence of evidence of motive and evidence of an absence of motive in his assessment of threshold reliability. Rosenberg J.A., in writing for the court, explained the distinction between the two concepts as follows (at para. 35):

It seems to me that it was fundamental to the trial judge’s conclusion about reliability that the deceased had “no apparent motive to lie”. In my view, however, since there was little or no evidence of the circumstances under which the letter was written, the trial judge had no evidence that the deceased had no motive to lie. The trial judge appeared to approach the question of fabrication by using the absence of evidence of fabrication to find that there was no evidence of a motive to fabricate.

les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été faites à M<sup>me</sup> Freckleton avec celles dont il était question dans une décision qu’il avait rendue plus tôt le même jour, où il a conclu qu’une autre déclaration relatée était inadmissible en raison de la présence de [TRADUCTION] « nombreux indices témoignant de sa non-fiabilité ». De plus, et contrairement à la situation dans *Couture*, il ressort de l’ensemble de la décision que le juge du procès s’est appuyé sur des facteurs pertinents pour admettre les déclarations. Je suis donc convaincue qu’il a appliqué le bon critère. J’estime que les autres difficultés que la juge Simmons relève dans la décision du juge du procès ne concernent pas tant la question de savoir s’il a appliqué le bon critère, mais plutôt la manière dont il a apprécié les divers facteurs. Plus particulièrement, la juge Simmons est en désaccord avec le point de vue de la majorité quant à savoir si le juge du procès a correctement examiné la question du motif, que je vais maintenant aborder.

### 5.2.2 La question du motif

[39] La juge Simmons a estimé que, tout comme dans l’arrêt *Czibulka*, [TRADUCTION] « le juge du procès a commis une erreur en fondant sur l’absence de preuve d’un motif de fabrication sa conclusion implicite que M. Ellison n’avait pas de motif pour fabriquer une histoire » (par. 106). Dans *Czibulka*, la Cour d’appel de l’Ontario a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé parce que, dans son examen du critère du seuil de fiabilité, le juge du procès n’avait pas fait de distinction entre l’absence de preuve d’un motif et la preuve de l’absence de motif. Le juge Rosenberg, au nom de la Cour d’appel, a expliqué ainsi la distinction entre les deux concepts (par. 35) :

[TRADUCTION] À mon avis, la conclusion du juge du procès que la défunte n’avait pas de « raison apparente de mentir » constitue un élément fondamental de sa décision quant à la fiabilité. Selon moi, toutefois, comme il n’y avait guère ou pas de preuve concernant les circonstances dans lesquelles la lettre a été écrite, rien ne permettait au juge du procès d’affirmer que la défunte n’avait pas de raisons de mentir. Le juge du procès semble s’être appuyé sur l’absence de preuve

There was nothing in the circumstances to justify this approach. This was not a case like *Khan*, for example, where it was apparent from the circumstances as related by the mother that the declarant child had no motive to accuse the accused falsely. The absence of evidence of motive to fabricate is not the same as evidence of the absence of motive to fabricate. In fact, what evidence exists tells against the deceased having no motive to fabricate. [Emphasis added.]

[40] The court in *Czibulka* added that where there is no evidence of a motive to lie, motive “is in effect a neutral consideration” (para. 43).

[41] The distinction between an “absence of evidence of motive to fabricate” and “evidence of the absence of motive to fabricate”, if taken out of context, can be rather elusive. It is therefore important to consider the Court of Appeal’s decision in *Czibulka* in context. First, there was “little or no evidence” before the court about the circumstances surrounding the writing of the letter by the deceased. In addition, the Court of Appeal was of the view that what evidence did exist supported the *opposite* conclusion on the question of motive. Therefore, the trial judge’s finding that there was no motive to fabricate was held to be unreasonable and unsupported by the evidence. Second, the trial judge’s decision on threshold reliability essentially *turned* on the finding that the deceased had no motive to lie in her letter about the accused’s alleged abusive conduct. Therefore, since the decision on threshold reliability was without support in the evidence, the trial judge’s error on motive was decisive on appeal.

[42] There is no doubt that the presence or absence of a motive to lie is a relevant consideration in assessing whether the circumstances in which the statements came about provide sufficient comfort in their truth and accuracy to warrant admission. It is important to keep in mind, however, that motive is but one factor to consider in the determining of

de fabrication pour conclure à l’absence de motif de fabrication. Rien dans les circonstances ne justifie cette approche. Il ne s’agit pas d’une affaire semblable à l’affaire *Khan*, par exemple, où il ressortait des faits relatés par la mère que l’enfant ayant fait la déclaration n’avait aucun motif pour accuser à tort l’inculpé. L’absence de preuve d’un motif de fabrication ne doit pas être assimilée à la preuve de l’absence de motif de fabrication. En fait, la preuve disponible milite contre la thèse que la défunte n’a pas de motif pour fabriquer une histoire. [Je souligne.]

[40] Dans *Czibulka*, la cour a précisé que, en l’absence de preuve d’un motif pour mentir, la question des motifs [TRADUCTION] « est en fait une considération neutre » (par. 43).

[41] La distinction entre l’« absence de preuve d’un motif de fabrication » et « la preuve de l’absence de motif de fabrication », si elle est considérée hors contexte, peut être difficile à saisir. Il importe donc d’examiner dans son contexte la décision rendue par la Cour d’appel dans *Czibulka*. Premièrement, la cour ne disposait [TRADUCTION] « guère ou pas de preuve » concernant les circonstances dans lesquelles la défunte avait écrit la lettre en question. De plus, elle estimait que la preuve effectivement versée au dossier militait *au contraire* en faveur de l’existence d’un motif. La conclusion du juge du procès que la défunte n’avait pas de motif pour fabriquer une histoire a par conséquent été jugée déraisonnable et non étayée par la preuve. Deuxièmement, la décision du juge du procès concernant le seuil de fiabilité *s’appuyait* essentiellement sur la conclusion que la défunte n’avait pas de motif pour mentir dans sa lettre au sujet de la présumée conduite abusive de l’accusé. Par conséquent, comme la décision relative au seuil de fiabilité n’était pas étayée par la preuve, l’erreur commise par le juge de première instance au sujet du motif a été déterminante en appel.

[42] Le fait que le déclarant ait ou non un motif pour mentir est sans aucun doute une considération pertinente pour déterminer si les circonstances des déclarations sont suffisamment rassurantes quant à leur véracité et leur exactitude pour que celles-ci soient admises. Il importe toutefois de ne pas perdre de vue que l’existence d’un motif n’est qu’un

threshold reliability, albeit one which may be significant depending on the circumstances. The focus of the admissibility inquiry in all cases must be, not on the presence or absence of motive, but on the particular dangers arising from the hearsay nature of the evidence. In *Czibulka*, the question of motive, in the circumstances of that case, was a very significant factor. If the deceased had a motive to lie about the accused abusing her, the contents of her letter could not be relied on for their truth. In other cases, motive may not feature so prominently.

[43] Here, the majority of the Court of Appeal concluded that, unlike in *Czibulka*, there was circumstantial evidence to support the inference that Mr. Ellison had no motive to lie to Ms. Freckleton. I agree with the majority's conclusion that, the trial judge considered the relevant factors in determining whether Mr. Ellison had a motive to fabricate, including the nature of the relationship between Mr. Ellison and his mother and the context in which the statements were made. Among other factors, the trial judge noted that this was a case of a "shot and wounded" son telling his mother about the circumstances surrounding the shooting, an incident she already knew about from independent sources. Mr. Ellison had nothing to gain by telling this story falsely to his mother. As the trial judge put it, "[i]f he wanted to mislead her the easiest thing would be to say it was a stranger who shot him, thereby minimizing his own blameworthiness from the stabbing." Also, if he wanted to lie to his mother in order to alleviate her fears, linking his shooting to his own stabbing would achieve the opposite. Hence, this was "hardly a factor that suggests unreliability and perhaps a factor that suggest[s] the opposite to some degree." The trial judge was further of the view that the statements were "contemporaneous enough, having regard to the unusual and attention-focusing nature of the event . . . to provide some measure of reliability." Finally, the trial judge held that "[h]aving regard to the code of silence testified to by Detective Prisor, there is an inherent plausibility and logical consistency in telling his mother more about the identity of the

des facteurs à considérer dans la détermination du seuil de fiabilité, quoique, selon les circonstances, il puisse être important. Lors de l'examen de l'admissibilité, il faut dans tous les cas se concentrer non pas sur la présence ou l'absence de motif, mais sur les dangers particuliers que présente la preuve par ouï-dire. Dans *Czibulka*, la question du motif était, dans les circonstances de cette affaire, un facteur très important. Si la défunte avait un motif pour mentir au sujet de la conduite abusive de l'accusé à son égard, la lettre ne pouvait être utilisée pour établir la véracité de son contenu. Dans d'autres cas, le motif peut ne pas jouer un rôle aussi important.

[43] En l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a conclu que, contrairement à l'affaire *Czibulka*, une preuve circonstancielle permettait d'inférer que M. Ellison n'avait pas de motif pour mentir à M<sup>me</sup> Freckleton. Je conviens avec la majorité que le juge du procès a considéré les facteurs pertinents pour déterminer si M. Ellison avait un motif de fabrication, y compris la nature de sa relation avec sa mère et le contexte des déclarations. Entre autres facteurs, le juge du procès a fait observer qu'il s'agissait d'une affaire où un fils [TRADUCTION] « blessé par balle » raconte à sa mère les circonstances de la fusillade, événement qu'elle a déjà appris de sources indépendantes. Monsieur Ellison n'avait rien à gagner à raconter une fausse histoire à sa mère. Comme l'a dit le juge du procès, [TRADUCTION] « [s]'il voulait l'induire en erreur, le plus facile était de dire qu'un étranger lui avait tiré dessus, minimisant ainsi sa culpabilité morale découlant de l'agression à coups de couteau. » De plus, s'il voulait mentir à sa mère pour apaiser ses craintes, c'est plutôt le résultat opposé qu'il obtenait en établissant un lien entre la fusillade et l'agression à coups de couteau qu'il avait commise. Par conséquent, ce n'est [TRADUCTION] « guère un facteur de non-fiabilité, mais peut-être un facteur tendant à indiquer l'opposé dans une certaine mesure. » Le juge du procès a aussi estimé que les déclarations étaient [TRADUCTION] « suffisamment contemporaines, compte tenu de la nature inhabituelle et frappante de l'événement, [. . .] pour présenter une certaine fiabilité. » Enfin, il a conclu que [TRADUCTION] : « [v]u la loi du silence dont le détective Prisor a

shooters than he told the police.” In my respectful view, Simmons J.A. placed too much emphasis on the distinction drawn in *Czibulka*, a distinction which has no application on the facts here.

[44] In distinguishing *Czibulka*, the majority also noted that there were other indicia of reliability present including, as noted by the trial judge, that the statements were against Mr. Ellison’s interest. In my view, it cannot be said that the statements were against interest in the hearsay sense of the term. The statements would not satisfy the criteria of the traditional hearsay exception for declarations against interest. There is also no suggestion in the evidence that Ms. Freckleton was inclined to go to the police and report that her son had stabbed someone the summer before. That being said, however, I am not persuaded that the mischaracterization of this factor had any significant bearing on the trial judge’s ruling.

[45] Simmons J.A. also found that the trial judge failed to consider factors which gave rise to apprehensions about the reliability of the statements. Those factors included the fact that Mr. Ellison had recently been involved in a shooting (the alleged statement was either made while he was still in hospital or as much as 38 days later), and that he had previously lied to his mother about his activities, including the stabbing incident the previous summer. In the circumstances, Simmons J.A. was of the view that it was just as likely that Mr. Ellison was again lying to cover up his activities as it was that he was telling the truth. For example, he may have thought it would look better in the eyes of his mother if he was the victim of some retaliation — given that his mother already knew from people in the community that he had stabbed someone the previous summer — rather than admit that he was involved in a further altercation in which he was the aggressor.

fait état dans son témoignage, il est en soi plausible et logiquement cohérent qu’il ait donné plus de détails à sa mère qu’à la police sur l’identité de ceux qui lui avaient tiré dessus. » Soit dit en tout respect, la juge Simmons a accordé trop d’importance à la distinction établie dans *Czibulka*, distinction qui ne s’applique pas aux faits de l’espèce.

[44] En distinguant la présente affaire de l’affaire *Czibulka*, la majorité a en outre fait remarquer qu’il y avait d’autres indices de fiabilité, dont le fait, comme l’a noté le juge du procès, que les déclarations étaient contraires aux intérêts de M. Ellison. À mon avis, on ne peut dire que les déclarations étaient contre intérêt au sens où on l’entend en matière de ouï-dire. Les déclarations ne relèvent pas de l’exception traditionnelle à la règle du ouï-dire applicable aux déclarations contre intérêt. La preuve ne permet pas non plus de conclure que M<sup>me</sup> Freckleton était encline à aller voir la police pour lui signaler que son fils avait poignardé quelqu’un l’été précédent. Cela dit, toutefois, je ne suis pas convaincue que l’appréciation erronée de ce facteur ait influé de façon significative sur la décision du juge de première instance.

[45] La juge Simmons a également conclu que le juge du procès n’avait pas pris en compte certains facteurs soulevant des inquiétudes quant à la fiabilité des déclarations. Parmi ces facteurs, il y avait le fait que M. Ellison avait récemment été impliqué dans une fusillade (la présumée déclaration a été faite pendant qu’il était encore à l’hôpital ou jusqu’à 38 jours plus tard) et qu’il avait auparavant menti à sa mère au sujet de ses activités, notamment en ce qui concerne l’agression à coups de couteau survenue l’été précédent. Dans les circonstances, la juge Simmons estimait que M. Ellison pouvait tout aussi bien avoir menti encore une fois pour camoufler ses activités ou avoir dit la vérité. Par exemple, il avait pu se dire qu’il était préférable de dire à sa mère qu’il était victime d’un acte de vengeance — étant donné que des gens de la communauté avaient déjà informé cette dernière qu’il avait poignardé quelqu’un l’été d’avant — plutôt que d’admettre qu’il avait pris part à une autre bagarre dans laquelle il était l’agresseur.

[46] With respect, there is no reason to conclude that the trial judge did not consider these factors. In fact, he specifically discussed Mr. Ellison's "specific veracity to his mother" and its impact on threshold reliability. Although the trial judge's reasons are couched in terms of factors which go either to threshold or ultimate reliability, a distinction rejected by this Court in *R. v. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57, I am not persuaded that the trial judge committed any error. In my respectful view, Simmons J.A. engaged in a re-weighting of the factors considered by the trial judge. In the absence of any error in principle, or a finding that the trial judge's decision is unreasonable or unsupported by the evidence, there is no basis to interfere with the trial judge's weighing of the various factors.

#### 5.2.3 The Weaknesses in Ms. Freckleton's Evidence

[47] One of the principal submissions advanced by Mr. Blackman in arguing against the admissibility of the statements at trial rested on the difficulties with Ms. Freckleton's evidence. It is apparent from a review of the evidence that there were inconsistencies in Ms. Freckleton's evidence. There was also evidence that Ms. Freckleton had received information from others about the stabbing incident. The trial judge held that these factors had "nothing to do with the admission through her of the deceased's alleged declarations" because she could be cross-examined on the defects in her evidence. The majority of the Court of Appeal was of the view that "[t]his holding is unimpeachable" (para. 72). Cronk J.A. referred to *R. v. Humaid* (2006), 208 C.C.C. (3d) 43 (Ont. C.A.), at paras. 50-51, in support of the proposition that the quality of the mother's evidence was not relevant to threshold reliability. Simmons J.A. was of the view that the trial judge placed too much emphasis on the fact that Ms. Freckleton was available for cross-examination (para. 109).

[48] In *Humaid*, it was argued that the recipient's credibility and the reliability of her narration

[46] Soit dit en tout respect, rien ne permet de conclure que le juge du procès n'a pas considéré ces facteurs. En fait, il a expressément parlé de la [TRADUCTION] « véricité précise de ce que M. Ellison a dit à sa mère » et de ses répercussions sur le seuil de fiabilité. Bien que le juge se soit exprimé en termes de facteurs qui touchent soit le seuil de fiabilité ou la fiabilité ultime, distinction rejetée par la Cour dans *R. c. Khelawon*, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 CSC 57, je ne suis pas convaincue qu'il ait commis une erreur. À mon avis, la juge Simmons s'est employée à soupeser à nouveau les facteurs que le juge du procès avait pris en compte. En l'absence d'erreur de principe ou de conclusion que la décision du juge du procès est déraisonnable ou non étayée par la preuve, il n'y a aucune raison de revoir la manière dont il a apprécié les différents facteurs.

#### 5.2.3 Les faiblesses du témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton

[47] Un des principaux arguments avancés par M. Blackman pour s'opposer à l'admission des déclarations lors du procès repose sur les difficultés que pose le témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton. Il ressort de l'examen de la preuve que ce témoignage comportait des incohérences. La preuve indique également qu'elle avait reçu d'autres personnes des renseignements sur l'agression à coups de couteau. Le juge du procès a statué que ces facteurs n'avaient [TRADUCTION] « rien à voir avec l'admission des présumées déclarations du défunt par son intermédiaire », car on pouvait la contre-interroger au sujet des lacunes de son témoignage. La Cour d'appel à la majorité a jugé que [TRADUCTION] « [c]ette conclusion était inattaquable » (par. 72). La juge Cronk a cité *R. c. Humaid* (2006), 208 C.C.C. (3d) 43 (C.A. Ont.), par. 50-51, à l'appui de la proposition que la qualité du témoignage de la mère de l'accusé n'avait pas à être prise en compte pour l'appréciation du seuil de fiabilité. La juge Simmons a estimé, quant à elle, que le juge de première instance avait accordé trop d'importance au fait qu'il était possible de contre-interroger M<sup>me</sup> Freckleton (par. 109).

[48] Dans *Humaid*, on a fait valoir que la crédibilité de la personne ayant reçu les déclarations

of the out-of-court statements militated against the admission of the hearsay evidence. Doherty J.A., in writing for the court at para. 51, rejected this argument on two bases. First, these factors “were not circumstances surrounding the making of those statements”. Second, “[t]hreshold reliability stands as a substitute for cross-examination of the declarant not the narrator of the out-of-court statement.” Since the recipient of the statement would have testified at trial, her credibility and reliability as they related to the out-of-court statements could be fully tested on cross-examination at trial.

[49] Doherty J.A.’s categorization of these factors as irrelevant because they “were not circumstances surrounding the making of those statements” was based, of course, on this Court’s attempt in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, to label some factors categorically as going only to ultimate reliability (paras. 215-17). As this Court explained in *Khelawon*, at paras. 50-55, this aspect of *Starr* created much confusion in the law and that portion of the analysis in *Starr* was revisited by the Court holding that

the relevant factors to be considered on an admissibility inquiry cannot invariably be categorized as relating either to threshold or ultimate reliability. Rather, the relevance of any particular factor will depend on the particular dangers arising from the hearsay nature of the statement and the available means, if any, of overcoming them. [para. 55]

[50] However, the second reason given by Doherty J.A. for finding that issues concerning the recipient’s credibility did not go to the question of threshold reliability is based, not on an arbitrary categorization of factors, but on principle. The fact that the recipient is available to be cross-examined does address “the particular dangers arising from the hearsay nature of the statement and the available means, if any, of overcoming them.” Therefore, I conclude that the trial judge was correct in finding that the difficulties with Ms. Freckleton’s evidence were matters properly left to the ultimate

extrajudiciaires et la fiabilité de sa relation de ces déclarations militaient contre l’admission de la preuve par ouï-dire. Le juge Doherty, au nom de la Cour d’appel, au par. 51, s’est appuyé sur deux motifs pour rejeter cet argument. Premièrement, ces facteurs [TRADUCTION] « ne concernaient pas les circonstances des déclarations en question ». Deuxièmement, [TRADUCTION] « [l]e seuil de fiabilité tient lieu de substitut au contre-interrogatoire du déclarant et non de la personne qui relate la déclaration extrajudiciaire. » Étant donné que la personne ayant reçu la déclaration aurait été appelée à témoigner au procès, il aurait été possible de vérifier en contre-interrogatoire sa crédibilité et sa fiabilité quant aux déclarations extrajudiciaires.

[49] Pour juger les facteurs susmentionnés non pertinents parce qu’ils « ne concernaient pas les circonstances des déclarations en question », le juge Doherty, de la Cour d’appel, s’est bien sûr appuyé sur la tentative de la Cour, dans *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, de classer certains facteurs catégoriquement comme ayant uniquement trait à la fiabilité ultime (par. 215-217). Or, la Cour a expliqué dans *Khelawon*, par. 50-55, que ce volet de l’arrêt *Starr* avait créé beaucoup de confusion juridique et elle a revu cette partie de l’analyse, concluant ainsi :

. . . les facteurs à considérer lors de l’examen de l’admissibilité ne peuvent pas toujours être classés comme ayant trait soit au seuil de fiabilité, soit à la fiabilité en dernière analyse. La pertinence d’un facteur dépendra plutôt des dangers particuliers découlant du fait que la déclaration constitue du ouï-dire, et des moyens possibles, s’il en est, de les écarter. [par. 55]

[50] Toutefois, le deuxième motif qu’a fourni le juge Doherty pour conclure que les questions relatives à la crédibilité de la personne ayant reçu la déclaration ne concernent pas la question du seuil de fiabilité repose sur des principes et non sur une catégorisation arbitraire des facteurs. Le fait que la personne qui a reçu la déclaration puisse être contre-interrogée permet effectivement d’aborder les « dangers particuliers découlant du fait que la déclaration constitue du ouï-dire, et [représente un] des moyens possibles, s’il en est, de les écarter. » Par conséquent, comme l’a fait la Cour d’appel de



trier of fact, as the Court of Appeal did in *Humaid*, because Ms. Freckleton was available to be cross-examined at trial. The triers of fact were therefore in a position to fully assess the truthfulness and accuracy of her testimony.

[51] It is important to note that, in cases where the recipient of the out-of-court statement is *not* available for cross-examination, his or her credibility and truthfulness may play an important role in assessing the question of threshold admissibility. Consider, for example, if the Crown sought to adduce the out-of-court statement of a jailhouse informant containing an alleged statement from the accused and the informant was not available to be cross-examined. Difficulties with the recipient's evidence would be relevant to the question of threshold reliability because the form in which the hearsay statement is "packaged" necessarily impacts on the jury's ability to test the truth and accuracy of the declarant's statements. However, when the recipient is available for cross-examination, those difficulties can safely be left to the ultimate trier of fact to consider. Doherty J.A. added an important caveat to the principle in *Humaid*, with which I agree. He stated as follows:

There is one *caveat* to what I have said. A trial judge has a residual discretion to exclude evidence where its potential probative value is exceeded by the potential prejudicial effect of that evidence. This discretion extends to what would otherwise be admissible hearsay evidence: *R. v. Ferris* (1994), 27 C.R. (4th) 141 (Alta. C.A.) at 155-56, *aff'd*, [1994] 3 S.C.R. 756; *R. v. Starr*, *supra*, at para. 188. There may be cases where the credibility or reliability of the narrator of the out-of-court statement is so deficient that it robs the out-of-court statement of any potential probative value. In such cases, and I think they would be relatively rare, a trial judge could conclude that the narrator's evidence was so incredible or unreliable as to necessitate the exclusion of the evidence based on the exercise of his or her residual discretion. If the evidence was tendered by the defence, the discretion could be exercised only where

l'Ontario dans *Humaid*, je conclus qu'en l'espèce le juge du procès a eu raison de décider qu'il vaut mieux laisser au juge des faits le soin de trancher les questions liées aux difficultés que présente le témoignage de M<sup>me</sup> Freckleton, car celle-ci pouvait être contre-interrogée au procès. Le juge des faits était donc en mesure d'évaluer pleinement la véracité et l'exactitude de son témoignage.

[51] Il importe de souligner que, dans les cas où la personne ayant reçu la déclaration extrajudiciaire *n'est pas* disponible pour être contre-interrogée, sa crédibilité et sa sincérité peuvent jouer un rôle important en ce qui touche le seuil d'admissibilité. À titre d'exemple, prenons l'hypothèse où le ministère public chercherait à présenter en preuve la déclaration extrajudiciaire d'un indicateur incarcéré qui relate une présumée déclaration de l'accusé, et que l'indicateur ne peut être contre-interrogé. Les lacunes que pourrait comporter le témoignage de l'indicateur auraient des incidences sur la question du seuil de fiabilité, parce que la manière dont la déclaration relatée est « présentée » influe nécessairement sur la capacité du jury de vérifier la véracité et l'exactitude de la déclaration. Toutefois, s'il est possible de contre-interroger la personne ayant reçu la déclaration, on peut sans crainte laisser au juge des faits le soin de se prononcer sur les problèmes que celle-ci soulève. Le juge Doherty de la Cour d'appel a apporté une importante réserve à ce principe dans *Humaid*, réserve à laquelle je souscris :

[TRADUCTION] Il faut toutefois nuancer ce que j'ai dit. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter la preuve lorsque sa valeur probante potentielle est moindre que l'effet préjudiciable qu'elle pourrait avoir. Ce pouvoir discrétionnaire s'étend aux éléments qui constitueraient autrement une preuve par oui-dire admissible : *R. c. Ferris* (1994), 27 C.R. (4th) 141, p. 155-156 (C.A. Alb.), *conf.* [1994] 3 R.C.S. 756; *R. c. Starr*, précité, par. 188. Il peut y avoir des situations où la faible crédibilité ou fiabilité de la personne qui relate la déclaration extrajudiciaire prive celle-ci de toute valeur probante. Dans ces cas — et je pense qu'ils pourraient être relativement rares — le juge du procès pourrait conclure qu'en raison de la faible crédibilité ou fiabilité de la preuve fournie par le narrateur il doit, en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel, écarter la preuve relatée. Si la preuve était soumise par la défense,

the potential prejudice substantially outweighed the potential probative value to the defence of the out-of-court statement: *R. v. Seaboyer* (1991), 66 C.C.C. (3d) 321 (S.C.C.) at 391; *R. v. Arcangioli* (1994), 87 C.C.C. (3d) 289 (S.C.C.) at 297; *R. v. Starr*, *supra*, at paras. 187-88. I need not pursue this analysis as the trial judge did not purport to exclude Ms. Stevenson's evidence as to Aysar's statements by the exercise of that residual discretion. [para. 57]

[52] In conclusion, I do not see any error in principle with the trial judge's ruling. His decision is reasonable and supported by the evidence. It is therefore entitled to deference. Therefore, I would uphold the ruling that Mr. Ellison's statements are admissible under the principled approach to hearsay.

### 5.3 Corroboration

[53] Before concluding, I would like to say a few words in response to counsel's submissions at the hearing on the question of corroboration. Both counsel argued that the analysis of threshold reliability may well have been different at trial with the benefit of *Khelawon*'s clarification of the proper use to be made of corroborating or conflicting evidence on the admissibility *voir dire*.

[54] It is important to emphasize that *Khelawon* did not broaden the scope of the admissibility inquiry; it merely refocused it. This Court held that the relevant factors to be considered on the admissibility inquiry should no longer be categorized as going either to threshold or ultimate reliability. Rather, the Court stated that a functional approach should be adopted. I repeat the words here:

As I trust it has become apparent from the preceding discussion, whether certain factors will go only to ultimate reliability will depend on the context. Hence, some of the comments at paras. 215 and 217 in *Starr* should no longer be followed. Relevant factors should not be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, the court should adopt a more functional

le recours au pouvoir discrétionnaire du juge se limiterait aux cas où l'effet préjudiciable potentiel l'emporte sensiblement sur la valeur probante que pourrait avoir la déclaration extrajudiciaire pour la défense : *R. c. Seaboyer* (1991), 66 C.C.C. (3d) 321 (C.S.C.), p. 391; *R. c. Arcangioli* (1994), 87 C.C.C. (3d) 289 (C.S.C.), p. 297; *R. c. Starr*, précité, par. 187-188. Il n'est toutefois pas nécessaire que je poursuive cette analyse étant donné que le juge du procès n'a pas prétendu écarter, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel, le témoignage de M<sup>me</sup> Stevenson concernant les déclarations d'Aysar. [par. 57]

[52] En conclusion, je ne vois aucune erreur de principe dans la décision du juge du procès. Sa décision est raisonnable et elle est étayée par la preuve. Elle commande donc la déférence. Par conséquent, je suis d'avis de maintenir la décision que les déclarations de M. Ellison sont admissibles selon l'approche raisonnée en matière de ouï-dire.

### 5.3 Corroboration

[53] Avant de terminer, j'aimerais dire quelques mots en réponse aux observations qui nous ont été soumises pendant l'audience sur la question de la corroboration. Les deux avocats ont soutenu que l'examen du seuil de fiabilité pendant le procès aurait très bien pu donner des résultats différents à la lumière des précisions apportées ultérieurement dans *Khelawon* sur la façon de tenir compte d'une preuve corroborante ou contradictoire lors du voir-dire sur l'admissibilité.

[54] Je tiens à souligner que *Khelawon* n'a pas élargi la portée de l'examen de l'admissibilité; il n'a fait que le mettre au point. La Cour a statué que les facteurs pertinents à considérer lors du voir-dire sur l'admissibilité ne devraient plus être rangés dans la catégorie du seuil de fiabilité ou celle de la fiabilité ultime. Elle a plutôt déclaré qu'il y avait lieu d'adopter une approche fonctionnelle. Je reproduis ici ses propos à cet égard :

Comme le révèle, je l'espère, l'analyse qui précède, la question de savoir si certains facteurs toucheront uniquement la fiabilité en dernière analyse dépendra du contexte. Partant, certains des commentaires formulés aux par. 215 et 217 de l'arrêt *Starr* ne devraient plus être suivis. Les facteurs pertinents ne doivent plus être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en

approach as discussed above and focus on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers. [para. 93]

[55] Hence, the Court clarified that in appropriate circumstances, a corroborative item of evidence can be considered in assessing the threshold reliability of a statement. Consider, on the one hand, the hearsay statement of a complainant who asserts that she was repeatedly stabbed but has no injury to show in support. The lack of corroborative evidence would seriously undermine the trustworthiness of the statement and, indeed, would likely be fatal to its admissibility. On the other hand, an item of corroborative evidence can also substantiate the trustworthiness of a statement. Recall the semen stain in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. Where an item of evidence goes to the trustworthiness of the statement, *Khelawon* tells us that it should no longer be excluded simply on the basis that it is corroborative in nature.

[56] However, the Court in *Khelawon* also emphasized the important differences between threshold and ultimate reliability and the principle bears repeating. Trial judges must be aware of the limited role they play in determining admissibility. It is essential to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility *voir dire*: see *Khelawon*, at para. 93.

[57] For example, Crown counsel in this case submitted that it would be a “shocking coincidence” for Mr. Ellison to have falsely implicated Mr. Blackman’s brother in the strip club shooting and then for Mr. Keene to identify Mr. Blackman as the man who killed the deceased. The Crown offers as further “corroboration” the fact that the same gun was used in both the February and April incidents. These items of evidence may indeed be supportive of the Crown’s theory that Mr. Blackman is the person who killed Mr. Ellison and that he did so in

dernière analyse. Le tribunal devrait plutôt adopter une approche plus fonctionnelle, comme nous l’avons vu précédemment, et se concentrer sur les dangers particuliers que comporte la preuve par oui-dire qu’on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers. [par. 93]

[55] La Cour a donc précisé que, lorsque les circonstances s’y prêtent, il est possible de prendre en compte un élément de preuve corroborant pour apprécier le seuil de fiabilité d’une déclaration. Prenons l’exemple de la déclaration relatée d’une victime qui affirme avoir été poignardée à plusieurs reprises, mais qui ne porte aucune trace de blessure. L’absence de preuve corroborante pourrait jeter un doute sérieux quant à la véracité de la déclaration, voire porter un coup fatal à son admissibilité. À l’inverse, un élément de preuve corroborant peut aussi confirmer la véracité d’une déclaration. Qu’on se rappelle la tache de sperme dans *R. c. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. Lorsqu’un élément de preuve permet d’établir la véracité d’une déclaration, *Khelawon* nous enseigne qu’il ne devrait plus être exclu simplement parce qu’il s’agit d’une preuve corroborante.

[56] Toutefois, dans *Khelawon* la Cour a également insisté sur l’importance de distinguer seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse, principe qu’il convient de rappeler. Les juges de première instance doivent être conscients du rôle limité qu’ils jouent lorsqu’ils se prononcent sur l’admissibilité. Il est essentiel pour assurer l’intégrité du processus de constatation des faits de ne pas préjuger la question de la fiabilité en dernière analyse lors du voir-dire sur l’admissibilité : voir *Khelawon*, par. 93.

[57] Par exemple, en l’espèce l’avocat du ministère public a fait valoir que ce serait par l’effet d’une [TRADUCTION] « coïncidence troublante » que M. Ellison aurait faussement impliqué le frère de M. Blackman dans la fusillade devant le bar de danseuses nues et que M. Keene aurait ensuite identifié M. Blackman comme étant l’homme qui a tué M. Ellison. En outre, le ministère public voit comme une « corroboration » supplémentaire le fait que le même fusil a été utilisé lors des événements de février et d’avril. Ces éléments de preuve peuvent

retaliation for the stabbing. However, the items of evidence can only take on this corroborative character when they are considered in the context of the evidence as a whole. This kind of inquiry goes far beyond the trial judge's role in determining whether Mr. Ellison's statements to his mother that the shooter outside the strip club was the brother of the person he stabbed are sufficiently reliable to warrant admission. The admissibility *voir dire* must remain focused on the hearsay evidence in question. It is not intended, and cannot be allowed by trial judges, to become a full trial on the merits.

#### 6. Disposition

[58] For the above reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Pinkofskys, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

vraiment étayer la théorie du ministère public que M. Blackman est celui qui a tué M. Ellison, et ce, pour se venger de l'agression à coups de couteau. Les éléments de preuve ne peuvent toutefois revêtir ce caractère corroborant que s'ils sont appréciés au regard de l'ensemble de la preuve. Ce type d'examen dépasse de loin le rôle du juge de première instance quand il s'agit de déterminer si les déclarations de M. Ellison à sa mère selon lesquelles celui qui lui a tiré dessus à l'extérieur du bar de danseuses nues est le frère de la personne qu'il avait poignardée sont suffisamment fiables pour justifier leur admission. Le voir-dire sur l'admissibilité doit demeurer centré sur la preuve par oui-dire en question. Il ne vise pas — et les juges de première instance ne sauraient pas le permettre non plus — à assimiler ce processus à un procès complet sur le fond.

#### 6. Dispositif

[58] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Pinkofskys, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*