

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Robert James Carter *Respondent*.

File No.: 16256.

1982: January 27; 1982: June 23.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Criminal law — Conspiracy — Proof required to indicate accused's membership in a conspiracy before hearsay exception becomes applicable — Charge to jury — Criminal Code, s. 423(1)(d).

Criminal law — Evidence — Hearsay — Conspirators' exception — Proof required to indicate accused's membership in a conspiracy before hearsay exception becomes applicable.

Respondent was acquitted of the charge of conspiring to import a narcotic even though there was evidence upon which the jury could have found him guilty. The Court of Appeal upheld this acquittal. This appeal is to determine if the trial judge properly instructed the jury on the standard of proof required to prove the membership of a party in a conspiracy in order to permit reliance upon the conspirators' exception to the hearsay rule.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

In order to convict an accused upon a charge of conspiracy, the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt that (1) the conspiracy existed and (2) the accused was a member of it. In deciding the issue of membership, the hearsay exception may be relied upon only after direct evidence against the accused raises the probability of the accused's membership in the conspiracy. Here, the trial judge directed that proof beyond a reasonable doubt was required when conspiracy was at issue, but did not indicate that a lesser standard of proof could apply regarding the preliminary issue of membership in the conspiracy as it relates to the application of the hearsay exception. The jury, in effect, was left with the direction that the more onerous standard applied before the hearsay exception could be relied upon.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Robert James Carter *Intimé*.

N° du greffe: 16256.

1982: 27 janvier; 1982: 23 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Complot — Nécessité d'une preuve indiquant la participation de l'accusé à un complot pour que l'exception à la règle du oui-dire puisse s'appliquer — Exposé au jury — Code criminel, art. 423(1)(d).

Droit criminel — Preuve — Oui-dire — Exception à l'égard des conspirateurs — Nécessité d'une preuve indiquant la participation de l'accusé à un complot pour que l'exception à la règle du oui-dire puisse s'appliquer.

L'intimé a été acquitté relativement à une accusation de complot en vue d'importer un stupéfiant malgré l'existence d'éléments de preuve sur lesquels le jury aurait pu fonder un verdict de culpabilité. La Cour d'appel a confirmé l'acquittement. La question en l'espèce est de savoir si le juge du procès a donné au jury des directives appropriées quant à la norme de preuve requise pour établir la participation d'une personne à un complot afin de pouvoir invoquer l'exception à la règle du oui-dire à l'égard des conspirateurs.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Pour déclarer un accusé coupable de complot, le jury doit être convaincu hors de tout doute raisonnable (1) que le complot a eu lieu et (2) que l'accusé y a participé. En tranchant la question de la participation, l'exception à la règle du oui-dire peut être invoquée seulement lorsqu'une preuve directe contre l'accusé établit la probabilité de sa participation au complot. En l'espèce, le juge du procès a dit au jury qu'une preuve hors de tout doute raisonnable était requise sur la question du complot, mais n'a pas indiqué qu'une norme de preuve moins sévère pouvait s'appliquer à la question préliminaire de la participation au complot dans la mesure où cette question se rapporte à l'application de l'exception à la règle du oui-dire. Cela équivaudrait en fait à dire au jury qu'il faut satisfaire à la norme plus sévère pour que l'exception à la règle du oui-dire puisse être invoquée.

Hobart et al. v. R. (1982), 25 C.R. (3d) 214; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525, approved; *Carbo v. United States*, 314 F. 2d 718 (1963), not followed; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for New Brunswick (1980), 31 N.B.R. (2d) 371, 75 A.P.R. 371, dismissing a Crown appeal from an acquittal on a charge of conspiring to import a narcotic contrary to s. 423(2)(d) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

S. R. Fainstein, for the appellant.

J. C. Letcher (amicus curiae), for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of what standard of proof is required on the issue of an accused's membership in a conspiracy before what is known as the "conspirators' exception" to the hearsay rule may be brought into play to make admissible against the accused the acts and declarations of his fellow-conspirators performed or made in pursuance of the conspiracy.

The respondent was tried along with one Gauvin before judge and jury on an indictment which provided:

ROBERT JAMES CARTER and FIDÈLE ARMAND GAUVIN stand charged that between the 1st day of August, A.D., 1978 and the 1st day of November, A.D., 1978, both dates inclusive, at or near Dieppe in the County of Westmorland and Province of New Brunswick they unlawfully did conspire together, the one with the other, and with Robert Hatto and Charles Allum of Roxbury in the state of Massachusetts, U.S.A., and with others unknown, to commit the indictable offence of importation into Canada of a narcotic, to wit: Cannabis (marihuana), contrary to section 5, subsection 1 of the Narcotic Control Act of Canada and amendments thereto, thereby committing an offence contrary to section 423(1)(d) of the Criminal Code of Canada and amendments thereto.

The Crown's theory was that the marihuana was to be imported into Canada from the United States. The respondent was to provide the neces-

Jurisprudence: arrêts approuvés: *Hobart et al. v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 214; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525; arrêt non suivi: *Carbo v. United States*, 314 F. 2d 718 (1963); arrêt mentionné: *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1980), 31 N.B.R. (2d) 371, 75 A.P.R. 371, qui a rejeté l'appel du ministère public contre un acquittement relatif à une accusation de complot en vue d'importer un stupéfiant contrairement à l'al. 423(2)d) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

S.R. Fainstein, pour l'appelante.

J. C. Letcher (amicus curiae), pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève la question de savoir quelle norme de preuve est requise en matière de participation d'un accusé à un complot pour que puisse s'appliquer ce qui est connu comme «l'exception à l'égard des conspirateurs» à la règle de l'irrecevabilité du ouï-dire, de manière à rendre recevable contre l'accusé ce qu'ont fait et dit ses coconspirateurs en vue de l'exécution du complot.

L'intimé a subi son procès avec un nommé Gauvin devant un juge et un jury relativement à un acte d'accusation ainsi rédigé:

[TRADUCTION] ROBERT JAMES CARTER et FIDÈLE ARMAND GAUVIN sont accusés d'avoir, entre le 1^{er} août 1978 et le 1^{er} novembre 1978 inclusive-ment, à Dieppe ou dans ses environs dans le comté de Westmorland (Nouveau-Brunswick), comploté ensemble et avec Robert Hatto et Charles Allum de Roxbury dans l'Etat du Massachusetts aux États-Unis d'Amérique, ainsi qu'avec d'autres personnes inconnues, en vue de commettre l'acte criminel qui consiste à importer au Canada un stupéfiant, savoir du cannabis (marihuana), contrairement au par. 5(1) de la Loi sur les stupéfiants du Canada, modifiée, et d'avoir ainsi commis une infraction contrairement à l'al. 423(1)d) du Code criminel du Canada, modifié.

Selon la théorie du ministère public, la marihuana devait être importée au Canada en provenance des États-Unis. L'intimé devait fournir les

sary funds and vehicles to be used as transport. Gauvin was to make the contacts and arrange the purchase in the United States. Allum (unindicted) was to find sources of drugs in the United States, and Hatto (also unindicted) was to be engaged in bringing the drugs into Canada. Evidence was led by the Crown of: extensive movement of two motor vehicles kept under surveillance by the police; the interception of telephone conversations between the various alleged conspirators; trips to the United States by the conspirators; the obtaining of sums of American currency by Carter; and the detention of one of the motor vehicles in which was found a concealed compartment containing traces of marihuana. In sum, there was evidence upon which a properly instructed jury could have returned a verdict of guilt. The jury, however, acquitted the respondent and the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. The Crown appealed to this Court by leave. The respondent Carter, although given notice of these proceedings, did not participate in the appeal¹, but the Attorney General for New Brunswick arranged for the appearance of an *amicus curiae*, who filed a factum on behalf of the respondent and advanced argument in this Court.

The trial judge, after giving the jury instructions on the general nature of the crime of conspiracy, to which no exception was taken before us, said:

And so, you are going to have to face the problem of saying "Was Robert Carter a party to a conspiracy?" "Was Fidele Gauvin a party to a conspiracy?" And you are going to have to keep separate, evidence which applies to Robert Carter, and evidence which applies to Fidele Gauvin.

I am going to ask you to consider your verdict in stages. First of all, the first question you are going to have to ask yourself, does the evidence convince you that there was a conspiracy to import marihuana. Not that these people were party to it, but was there a conspiracy,

fonds nécessaires et les véhicules destinés au transport. Gauvin devait se charger des rencontres et des arrangements en vue de l'achat aux États-Unis. Allum (non accusé) devait trouver des sources de stupéfiants aux États-Unis, tandis que Hatto (également non accusé) était censé s'occuper de faire entrer ces stupéfiants au Canada. Il se dégage de la preuve du ministère public que deux véhicules à moteur soumis à la surveillance policière ont fait l'objet de déplacements considérables, qu'il y a eu interception de conversations téléphoniques entre les différents présumés conspirateurs, que ces derniers ont effectué des voyages aux États-Unis, que Carter a obtenu des sommes en devises américaines et qu'on a retenu l'un des véhicules à moteur dans lequel avait été découvert un compartiment caché qui contenait des traces de marihuana. Somme toute, il y avait des éléments de preuve sur lesquels un jury qui a reçu des directives appropriées aurait pu se fonder pour rendre un verdict de culpabilité. Le jury a cependant rendu un verdict d'acquiescement en faveur de l'intimé et la Cour d'appel a rejeté l'appel formé par le ministère public. Le ministère public se pourvoit devant cette Cour avec l'autorisation de celle-ci. Bien qu'il ait reçu avis des présentes procédures, l'intimé Carter n'y a pas participé¹; le procureur général du Nouveau-Brunswick a toutefois fait en sorte qu'il y ait comparution d'un *amicus curiae* et celui-ci a produit un mémoire pour le compte de l'intimé et a plaidé sa cause en cette Cour.

Après avoir donné au jury des directives, incontestées en cette Cour, quant à la nature générale du crime de complot, le juge du procès a dit ceci:

[TRADUCTION] Alors vous aurez à vous poser ces questions: «Robert Carter a-t-il participé à un complot?» «Fidèle Gauvin a-t-il participé à un complot?» Et vous aurez à garder séparés les éléments de preuve qui s'appliquent à Robert Carter et ceux qui s'appliquent à Fidèle Gauvin.

Je vais vous demander d'en arriver à votre verdict par étapes. La première question que vous devrez vous poser est de savoir si la preuve vous convainc qu'il y a eu complot en vue d'importer de la marihuana. Il s'agit donc de savoir non pas si ces gens ont participé au

¹ See [1982] 2 S.C.R. 937.

¹ Voir [1982] 2 R.C.S. 937.

which led up to the facts you have heard and the events you have heard, to import marihuana.

If you decide there was an agreement among somebody to do it, then the next question, "Was Robert Carter a party to that conspiracy? Was he a part of the agreement?" And separately, "Was Fidele Gauvin a party to the agreement?" As I have said you may find both not guilty or one guilty and one innocent, or both guilty. Because if you believe that they did acts [*sic*] or that they did agree you are going to have to reach that conclusion from a variety of individual acts.

If you decide "Yes" to all those questions. "Yes, there was a conspiracy", "Yes, Robert Carter was a party to it", and "Yes Fidele Gauvin was a party to it". Then and only then, may you consider evidence of acts by Robert Carter and words by Robert Carter as evidence against Fidele Gauvin, or vice versa.

Later he said:

And so we have ruled and do rule that much of what was said by one is not evidence against the other. Much of what is done by one or the other in the absence of the other party is not evidence against the absent party. Unless you find that there was a conspiracy, that each was a party to the conspiracy, and then, any act done by one or anything said by one in furtherance of that conspiracy is evidence against the other. But to reach that stage you must first ask yourself those three questions, otherwise, all the evidence is going to have to be kept in compartments, some applying to Robert Carter, some applying to Fidele Gauvin.

These directions were attacked by the appellant. In the Court of Appeal, it was argued that the effect of the trial judge's words was to instruct the jury that the Crown was required to prove, beyond a reasonable doubt, membership of the respondent in the conspiracy in order to permit reliance upon the conspirators' exception to the hearsay rule. This, it was said, was an error in law imposing upon the Crown a heavier burden of proof on that issue than is required. Limerick J.A., speaking for the Court, was of the view that some authorities required proof of an accused's membership in the conspiracy on a *prima facie* basis. He considered that *prima facie* in relation to proof of facts under the

complot, mais s'il y a eu un complot, à l'origine des faits et des événements qui ont été relatés devant vous, en vue d'importer de la marihuana.

Si vous décidez que certaines personnes ont convenu de le faire, vous devrez alors vous poser ces questions: «Robert Carter a-t-il participé à ce complot? Était-il partie à l'entente?» Puis séparément: «Fidèle Gauvin était-il partie à l'entente?» Comme je l'ai déjà dit, vous pouvez conclure à l'innocence des deux accusés, ou à la culpabilité de l'un et à l'innocence de l'autre ou à la culpabilité des deux, parce que, si vous estimez qu'ils ont accompli certains actes ou qu'ils ont été parties à une entente, vous devrez tirer cette conclusion en vous fondant sur divers actes individuels.

Si vous décidez que la réponse à toutes ces questions est «Oui» - «Oui, il y a eu complot», «Oui, Robert Carter y a participé» et «Oui, Fidèle Gauvin y a participé» - ce n'est qu'alors que vous pourrez considérer des éléments de preuve quant aux actes et aux propos de Robert Carter comme des preuves recevables contre Fidèle Gauvin, ou vice versa.

Plus loin il a affirmé:

[TRADUCTION] Nous avons donc décidé et nous décidons effectivement qu'une bonne partie de ce qu'a dit une personne ne peut servir de preuve contre l'autre personne. Une bonne partie de ce que fait une personne en l'absence de l'autre ne peut servir de preuve contre cette dernière, à moins que vous ne concluez qu'il y a eu complot, que chacune de ces personnes y a participé et, à ce moment-là, tout ce qu'a fait ou dit l'une en vue de l'exécution du complot peut servir de preuve contre l'autre. Mais pour parvenir à cette étape, vous devez d'abord vous poser ces trois questions, sinon il faudra garder séparés les éléments de preuve qui s'appliquent à Robert Carter et ceux qui s'appliquent à Fidèle Gauvin.

L'appelante a contesté ces directives. En Cour d'appel, on a fait valoir que les propos du juge du procès revenaient à dire au jury qu'il incombait au ministère public, afin de pouvoir invoquer l'exception à la règle du oui-dire à l'égard des conspirateurs, de prouver hors de tout doute raisonnable que l'intimé avait participé au complot. Cela, a-t-on prétendu, constituait une erreur de droit qui imposait au ministère public relativement à cette question un fardeau de la preuve plus lourd qu'il ne le fallait. Le juge Limerick, parlant au nom de la Cour d'appel, a exprimé l'avis que certains arrêts exigent une preuve *prima facie* de la participation d'un accusé au complot. Il a estimé que

Criminal Code meant “proof beyond a reasonable doubt unless displaced by further evidence or other evidence which raises a reasonable doubt as to the guilt of the accused”. He referred to *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, where, after saying that an accused in criminal proceedings must prove any matter in respect of which he bore the burden of proof by a balance of probability, Pigeon J. said [at pp. 548-49]:

Such is not the situation when all the presumption does is to establish a *prima facie* case. The burden of proof does not shift. The accused does not have to “establish” a defence or an excuse, all he has to do is to raise a reasonable doubt. If there is nothing in the evidence adduced by the Crown from which a reasonable doubt can arise, then the accused will necessarily have the burden of adducing evidence if he is to escape conviction.

Limerick J.A. then noted that the respondent Carter did not testify on his own behalf and, accordingly, failed to rebut any *prima facie* case made out against him by the Crown. He said, as well [at p. 376]:

If they did consider that evidence against Carter [the evidence of the acts and declarations of other conspirators] there is no merit in this ground of appeal as the suggested correction in the charge would not have altered the verdict of the jury. If on the other hand, the jury did not consider the acts and words of Gauvin and Allum in furtherance of the conspiracy, particularly the telephone conversations between them, as evidence against the respondent, the verdict of not guilty can only mean that the jury did not consider the Crown had established a *prima facie* case against the respondent.

In this Court only one point was taken and it was expressed in these words in the Crown’s factum.

This case raises the following question: “Where an accused is charged with a conspiracy, what degree of proof must be adduced that he and a particular actor or declarant were both involved in that conspiracy, before the latter’s acts or declarations are admissible against him?”

The Crown argued that where the existence of a conspiracy had been shown proof of the member-

l’expression *prima facie*, lorsqu’il s’agit de prouver des faits sous le régime du *Code criminel*, signifie [TRADUCTION] «preuve hors de tout doute raisonnable en l’absence d’autres éléments de preuve qui font naître un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé». Il s’est référé à l’arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, où, après avoir affirmé qu’un accusé dans des procédures criminelles doit prouver selon la prépondérance des probabilités tout fait dont la preuve lui incombe, le juge Pigeon ajoute [aux pp. 548 et 549]:

Ce n’est pas le cas lorsque la présomption ne constitue qu’une preuve *prima facie*. Le fardeau de la preuve n’est pas déplacé. L’accusé n’a pas à «établir» une défense ou une excuse, il lui suffit de soulever un doute raisonnable. S’il n’y a rien dans la preuve présentée par le ministère public qui puisse soulever un doute raisonnable, il incombe nécessairement à l’accusé de présenter une preuve s’il veut éviter une condamnation.

Le juge Limerick a alors fait remarquer que l’intimé Carter n’avait pas témoigné pour son propre compte et que, par conséquent, il n’avait pas réfuté la preuve *prima facie* que le ministère public avait présentée contre lui. Puis il a ajouté [à la p. 376]:

[TRADUCTION] Si le jury a effectivement pris en considération cette preuve présentée contre Carter [la preuve des actes et des déclarations de ses coconspirateurs], ce moyen d’appel est sans fondement, car la modification proposée à l’exposé n’aurait rien changé à son verdict. Si, par contre, le jury n’a pas considéré comme preuve recevable contre l’intimé ce qu’ont fait et dit Gauvin et Allum en vue de l’exécution du complot, particulièrement les conversations téléphoniques entre eux, le verdict de non-culpabilité peut seulement signifier que le jury a estimé que le ministère public n’avait pas établi une preuve *prima facie* contre l’intimé.

En cette Cour, on n’a soulevé qu’un seul moyen qui est ainsi formulé dans le mémoire du ministère public:

[TRADUCTION] Cette affaire soulève la question suivante: «Lorsqu’un accusé est inculpé de complot, suivant quelle norme de preuve faut-il établir que lui-même et un participant ou un témoin particulier ont tous deux participé au complot pour que les actes ou les déclarations de ce dernier soient recevables contre l’accusé?»

Le ministère public a fait valoir qu’une fois établie l’existence d’un complot, il suffit, pour prouver la

ship of an accused, to permit reliance upon the conspirators' hearsay exception, required only some evidence of membership directly admissible against him. The proposition was stated in the Crown factum in these words:

It is respectfully submitted that the only precondition that must be satisfied before the trier of fact is entitled to consider the acts and declarations of co-conspirators of the accused, against that accused, is that it can be said of each of them, that some evidence has been adduced against him, independent of the acts and declarations of others which tends to show that he was involved in the conspiracy.

The *amicus curiae*, while contending that no special form of words was required to charge the jury on this point, recognized that the Crown had a lesser burden than that of proof beyond a reasonable doubt in establishing membership in a conspiracy. He argued, however, that the jury had been adequately directed on this issue, saying in his factum:

The jury in the case at bar were clearly instructed by the trial judge that before they could consider the acts or declarations of Carter and/or Gauvin as evidence against the other, they must find; (a) that there was a conspiracy and (b) that each was a member of that conspiracy by independent evidence against him. And (without using legal terminology) only then would the co-conspirators' exception to the hearsay rule operate.

There was therefore no error in this respect and the Crown's appeal should fail. On this background the issue finds its way here.

There are many expositions of the conspirators' exception to the hearsay rule which attempt to resolve the logical problem inherent in its application. The problem may be simply stated. Where an accused is charged with the crime of conspiracy, proof of his agreement in the illegal design alleged, that is, his participation or membership in the conspiracy, is sufficient for a conviction. The conspirators' exception to the hearsay rule may be applied to afford evidence of the accused's membership through acts and declarations of fellow members of the conspiracy performed and made in

participation de l'accusé de manière à pouvoir invoquer l'exception à la règle du ouï-dire à l'égard des conspirateurs, de produire des éléments de preuve qui établissent sa participation et qui sont directement recevables contre lui. Dans son mémoire, le ministère public formule ainsi cette thèse:

[TRADUCTION] Nous soutenons respectueusement que la seule condition préalable à laquelle il faut satisfaire pour que le juge des faits puisse retenir les actes et les déclarations des coconspirateurs de l'accusé contre ce dernier, est que l'on puisse dire à l'égard de chacun d'eux qu'il existe des éléments de preuve contre lui, qui, indépendamment des actes et des déclarations d'autres personnes, tendent à démontrer qu'il a participé au complot.

Tout en prétendant que l'exposé au jury sur ce point ne requiert aucune formule particulière, l'*amicus curiae* a reconnu qu'il n'incombe pas au ministère public de prouver absolument hors de tout doute raisonnable la participation à un complot. Il a cependant fait valoir que le jury avait reçu des directives appropriées sur cette question, affirmant dans son mémoire:

[TRADUCTION] Le juge du procès en l'espèce a bien expliqué au jury que pour pouvoir considérer les actes ou les déclarations de Carter ou de Gauvin comme preuve recevable contre l'autre, il devait conclure, en se fondant sur une preuve indépendante produite contre celui-ci, a) qu'il y a eu complot et b) que l'un et l'autre ont participé à ce complot. Ce n'est qu'alors (sans utiliser une terminologie juridique) que l'exception à la règle du ouï-dire à l'égard des coconspirateurs s'appliquerait.

Il n'y a donc eu aucune erreur à cet égard et le ministère public doit être débouté. Voilà donc l'historique de la question dont nous sommes saisis.

Il existe de nombreuses interprétations de l'exception à la règle du ouï-dire à l'égard des conspirateurs qui tentent toutes de résoudre le problème logique inhérent à son application. Ce problème peut être formulé simplement. Lorsqu'un accusé est inculpé du crime de complot, il suffit, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, de prouver son consentement au prétendu dessein illégal, c.-à-d. sa participation au complot. Cette exception peut être appliquée pour prouver la participation de l'accusé au moyen des actes posés et des déclarations faites par les coconspirateurs en vue

pursuance of the objects of the conspiracy. The exception, however, depends on the preliminary fact of membership in the same conspiracy. Membership must therefore be proven before the exception is operative. Since membership is the gist of the offence, however, once that is proven the hearsay exception appears to be unnecessary.

It is only if the preliminary proof of membership is on a standard less than the ordinary standard in criminal cases that this exception can be brought into operation without, at the same time, disposing of the final issue in the matter. Once the membership has been established on a lesser burden, then the hearsay evidence made admissible by the application of the exception may be considered by the trier of fact on the issue of proof of the offence beyond a reasonable doubt. While the rule in general terms is simple to state, the difficulty arises in its practical application. Who should make the preliminary finding of membership, and what standard of proof is appropriate at that stage?

In attempting to deal with this question, judges are confronted, on the one hand, with the well-settled rule that recognizes the agency principle in connection with conspiracy at criminal law, but must, nonetheless, be deeply sensible of the grave injustice which could result from the application of the conspirators' exception to the hearsay rule to a person not, in fact, shown to be a member of the conspiracy. The approach generally adopted has been to take the matter in two stages, and to require a determination in the case of each accused of the issue of his membership in the conspiracy, on the basis of evidence directly admissible against him before permitting the application of the exception in order to reach a determination of the larger issue of his guilt, or innocence, on the charge in the indictment.

It has been suggested that a clear distinction between the two stages be maintained by appropriating to the trial judge the function of determining this preliminary question of fact: see *Carbo v. United States*, 314 F. 2d 718 (1963). In this way,

de réaliser les objets du complot. L'exception est cependant fonction d'un fait préliminaire, savoir la participation à ce même complot. Il faut donc prouver la participation pour que l'exception puisse s'appliquer. Toutefois, vu que la participation constitue l'essence de l'infraction, dès que la participation est prouvée, l'exception à la règle du ouï-dire semble superflue.

Ce n'est que si la preuve préliminaire de la participation se fait selon une norme moins sévère que la norme habituelle en matière pénale que cette exception peut être appliquée sans en même temps trancher la question de fond qui a été soulevée. Dès qu'on a prouvé la participation suivant une norme moins sévère, alors la preuve par ouï-dire, devenue recevable grâce à l'application de l'exception, peut être considérée par le juge des faits relativement à la question de la preuve hors de tout doute raisonnable de l'infraction. Bien que la règle générale soit facile à formuler, son application soulève des difficultés. A qui appartient-il de tirer la conclusion préliminaire quant à la participation et quelle est la norme de preuve appropriée à ce stade?

Lorsqu'ils essaient de trancher cette question, les juges doivent d'une part faire face à la règle bien établie qui reconnaît le principe du mandat relativement au complot en droit criminel, mais ils doivent néanmoins demeurer profondément conscients de l'injustice grave qui pourrait résulter de l'application de l'exception des conspirateurs à la règle du ouï-dire à une personne dont on n'a pas en réalité prouvé la participation au complot. En général, on choisit de procéder par deux étapes et on exige que, pour chaque accusé, la question de sa participation au complot soit tranchée en fonction d'éléments de preuve directement recevables contre lui, avant de permettre l'application de l'exception en vue d'arriver à une conclusion sur la question plus importante de sa culpabilité ou de son innocence relativement à l'infraction reprochée dans l'acte d'accusation.

On a proposé de maintenir une distinction nette entre les deux étapes par l'attribution au juge du procès de la responsabilité de trancher cette question de fait préliminaire: voir *Carbo v. United States*, 314 F. 2d 718 (1963). Ainsi, après la tenue

after a *voir dire* the trial judge rules on the question and either excludes the operation of the exception or directs the jury to apply it. This method has not found favour in Canada and has not been adopted. It was rejected by Martin J.A. in *Hobart et al. v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 214, where he said, speaking for the Ontario Court of Appeal, at pp. 228-29:

Faced with the inherent difficulty posed by the coincidence of the preliminary fact upon which the admissibility against an accused of acts and declarations of alleged co-conspirators depends, and the ultimate issue, some American courts have evolved a somewhat different approach, which is exemplified in the decision of the United States Court of Appeals, Ninth Circuit, in *Carbo v. U.S.* (1963), 314 F. (2d) 718.

Under this approach the judge determines the admissibility of the declarations of alleged co-conspirators in furtherance of the conspiracy. The judge admits the declarations as evidence if he is satisfied that, accepting the independent evidence as credible, a *prima facie* case (that is, one which would support a finding that the accused was a participant in the conspiracy) has been made out. Thereafter, it is the jury's function to determine whether the evidence, including the declarations, is credible and convincing beyond a reasonable doubt (p. 737). As I understand the rule, once the judge decides that a *prima facie* case has been made out by independent evidence (evidence other than the declarations of alleged co-conspirators), the independent evidence and the hearsay declarations of alleged co-conspirators are submitted to the jury on an equal footing, without any direction that the jury must find from the independent evidence that the accused was a party to the conspiracy before using the declarations of alleged co-conspirators against him.

The approach in *Carbo v. U.S.*, supra, has the apparent advantage of greatly simplifying the judge's charge. That advantage may, however, be more apparent than real and may only serve to conceal the underlying and intractable problem.

Moreover, the perceived simplicity of the *Carbo* approach is, in my view, counterbalanced by the fact that the jury is deprived of the assistance of the judge in sorting out the evidence directly admissible against an accused and consequently, are left free to connect the accused with the conspiracy by hearsay evidence.

Although the rule adopted in *Carbo* does not prevent the judge from separating the evidence directly admissible against the accused from the acts and declarations

d'un *voir dire*, le juge du procès statue sur la question et soit il exclut l'application de l'exception, soit il ordonne au jury de l'appliquer. Au Canada, cette méthode n'a pas bonne presse et n'a donc pas été adoptée. Elle a été rejetée par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hobart et al. v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 214, où, s'exprimant au nom de la Cour, il affirme aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Devant la difficulté inhérente que pose la coïncidence de la question de fond et du fait préliminaire dont dépend la recevabilité contre un accusé des actes et des déclarations de ses présumés coconspirateurs, certaines cours américaines ont élaboré une méthode quelque peu différente qui est illustrée dans l'arrêt de la Cour d'appel des États-Unis, Neuvième circuit, *Carbo v. U.S.* (1963), 314 F. (2d) 718.

Suivant cette méthode, le juge statue sur la recevabilité des déclarations faites par les présumés coconspirateurs en vue de l'exécution du complot. Le juge reçoit les déclarations comme preuve s'il est convaincu, à supposer que la preuve indépendante est crédible, de l'existence d'une preuve *prima facie* (c'est-à-dire d'une preuve qui permettrait de conclure que l'accusé a participé au complot). Cela fait, il appartient au jury de déterminer si la preuve, y compris les déclarations, est crédible et convaincante hors de tout doute raisonnable (p. 737). Si je comprends bien la règle, dès que le juge décide que la preuve indépendante (la preuve autre que les déclarations de présumés coconspirateurs) constitue une preuve *prima facie*, la preuve indépendante ainsi que les déclarations de présumés coconspirateurs qui se dégagent d'une preuve par ouï-dire sont présentées au jury sur un pied d'égalité, sans lui dire qu'il est tenu de conclure de la preuve indépendante que l'accusé a participé au complot, avant d'utiliser contre lui les déclarations de ses présumés coconspirateurs.

La méthode élaborée dans l'arrêt *Carbo v. U.S.*, précité, semble présenter l'avantage de simplifier énormément l'exposé du juge. Il se peut toutefois que cet avantage soit plus illusoire que réel et qu'il ne serve qu'à dissimuler le problème sous-jacent et insoluble.

De plus, la simplicité que l'on perçoit dans la méthode *Carbo* est, à mon avis, contrebalancée par le fait que le jury est privé de l'aide du juge pour déterminer quelles sont les éléments de preuve directement recevables contre un accusé et qu'il lui est donc loisible, à partir d'une preuve par ouï-dire, de lier l'accusé au complot.

Même si la règle adoptée dans l'arrêt *Carbo* n'empêche pas le juge de séparer la preuve directement recevable contre l'accusé des actes et des déclarations de

of alleged co-conspirators, such an exercise is meaningless where the evidence directly admissible against an accused and the hearsay acts and declarations of alleged co-conspirators go to the jury on the same basis; such a separation is contrary to the entire approach in that case.

It is true, of course, that under the rule propounded in *Carbo v. U.S.*, supra, the accused has the protection that the judge has already determined that there is sufficient independent evidence to support a finding by the jury that the accused was a party to the conspiracy. The jury may, nonetheless, find the independent evidence sparse and quite unconvincing, and use a hearsay declaration of *apparently* devastating force to connect the accused with the conspiracy.

I am in agreement with Martin J.A. in his rejection of the *voir dire* approach. I also agree with the concluding comment, quoted from his judgment in *Hobart* above, to the effect that the jury, despite the fact that the purpose of the *Carbo* approach is to separate the two issues, might well confuse the two and use the hearsay declarations to connect the accused with the conspiracy. The same danger, of course, applies where the jury must make this preliminary finding of membership in the conspiracy. They may equate proof of membership for the limited purpose of the application of the hearsay exception with proof of guilt of the accused upon the indictment. For this reason, it is my opinion that extreme care must be taken to keep the two issues separate and this involves the preservation of a two-stage approach in the charge to the jury.

The trial judge must bear in mind that in order to convict an accused upon a charge of conspiracy the jury, or other trier of fact, must be satisfied beyond a reasonable doubt that the conspiracy alleged in the indictment existed, and that the accused was a member of it. In deciding the issue of membership for the purpose of determining guilt or innocence on the charge contained in the indictment, the hearsay exception may be brought into effect, but only where there is some evidence of the accused's membership in the conspiracy directly admissible against him without reliance upon the hearsay exception raising the probability

présumés coconspirateurs, une telle pratique perd tout son sens lorsque la preuve directement recevable contre un accusé et les actes et déclarations de présumés coconspirateurs, qui se dégagent d'une preuve par ouï-dire, sont présentés au jury sur un pied d'égalité; pareille séparation va à l'encontre de l'ensemble de la méthode adoptée dans cet arrêt.

Il est vrai, bien sûr, que suivant la règle proposée dans l'arrêt *Carbo v. U.S.*, précité, l'accusé jouit d'une protection en ce sens que le juge a déjà décidé qu'il existe une preuve indépendante suffisante pour étayer une conclusion par le jury que l'accusé a participé au complot. Le jury peut néanmoins conclure que la preuve indépendante est insuffisante et pas du tout convaincante et puis utiliser une déclaration *apparemment* accablante, qui se dégage d'une preuve par ouï-dire, pour lier l'accusé au complot.

Je suis d'accord avec le juge Martin lorsqu'il rejette la méthode du voir dire. J'approuve également l'observation qu'il fait à la fin de l'extrait ci-dessus tiré de l'arrêt *Hobart*, selon laquelle, malgré le fait que la méthode de l'arrêt *Carbo* vise à séparer les deux questions, le jury pourrait très bien confondre les deux et utiliser des déclarations qui se dégagent d'une preuve par ouï-dire pour lier l'accusé au complot. Le même danger existe évidemment lorsque le jury doit tirer cette conclusion préliminaire de la participation au complot. Il se peut qu'il assimile la preuve de la participation aux seules fins de l'application de l'exception à la règle du ouï-dire à la preuve de la culpabilité de l'accusé relativement à l'infraction reprochée dans l'acte d'accusation. Pour ce motif, j'estime qu'il faut bien prendre soin de tenir les deux questions séparées et cela implique la conservation d'une méthode d'exposé au jury comportant deux étapes.

Le juge du procès doit se rappeler que, pour déclarer un accusé coupable de complot, le jury, ou tout autre juge des faits, doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que le complot allégué dans l'acte d'accusation a eu lieu et que l'accusé y a participé. En tranchant la question de la participation aux fins de décider si l'accusé est coupable ou innocent de l'accusation contenue dans l'acte d'accusation, l'exception à la règle du ouï-dire peut être appliquée, mais seulement lorsqu'il existe des éléments de preuve de la participation de l'accusé au complot qui sont directement recevables contre lui sans qu'il soit nécessaire d'invoquer l'exception

of his membership. It is not necessary that the directly admissible evidence be adduced first before any evidence of the acts and declarations of other conspirators may be received. The exigencies of the trial would make a chronological separation of the evidence impossible. At the end of the day, however, before the hearsay exception may apply, such evidence on the threshold issue of membership of the accused in the conspiracy must be present. In charging the jury on this question, the trial judge should instruct them to consider whether on all the evidence they are satisfied beyond a reasonable doubt that the conspiracy charged in the indictment existed. If they are not satisfied, then the accused charged with participation in the conspiracy must be acquitted. If, however, they conclude that a conspiracy as alleged did exist, they must then review the evidence and decide whether, on the basis of the evidence directly receivable against the accused, a probability is raised that he was a member of the conspiracy. If this conclusion is reached, they then become entitled to apply hearsay exception and consider evidence of the acts and declarations performed and made by the co-conspirators in furtherance of the objects of the conspiracy as evidence against the accused on the issue of his guilt. This evidence, taken with the other evidence, may be sufficient to satisfy the jury beyond a reasonable doubt that the accused was a member of the conspiracy and that he is accordingly guilty. They should be told, however, that this ultimate determination is for them alone and that the mere fact that they have found sufficient evidence directly admissible against the accused to enable them to consider his participation in the conspiracy probable, and to apply the hearsay exception, does not make a conviction automatic. They should be clearly told that it is only after they have become satisfied beyond a reasonable doubt on the whole of the evidence on both issues, that is, the existence of the conspiracy and the accused's membership in it, that they may convict, and that it is open to them, if they think it right or if they are not satisfied, to acquit the accused, even after reaching their initial determination of probable membership in the conspiracy which enabled the application of the hearsay exception. The trial judge should point out to the jury, as well, the evidence directly admissible

à la règle du oui-dire pour établir la probabilité de sa participation. Il n'est pas indispensable que la preuve directement recevable soit présentée en premier lieu pour que toute preuve quant aux actes et aux déclarations des autres conspirateurs puisse être reçue. Les exigences du procès rendraient impossible la séparation chronologique des éléments de preuve. En définitive toutefois, pour que l'exception à la règle du oui-dire puisse s'appliquer, la preuve relative à la question préliminaire de la participation de l'accusé au complot doit être présente. Dans son exposé au jury sur cette question, le juge du procès doit lui dire de décider si l'ensemble de la preuve le convainc hors de tout doute raisonnable de l'existence du complot reproché dans l'acte d'accusation. Si le jury n'en est pas convaincu, il doit alors acquitter l'accusé qui est inculpé d'avoir participé au complot. Si, toutefois, le jury conclut qu'il y a eu complot, comme on le prétend, il doit alors examiner la preuve et décider si, d'après la preuve directement recevable contre l'accusé, il est probable qu'il ait participé au complot. Si c'est là sa conclusion, le jury peut alors appliquer l'exception à la règle du oui-dire et considérer comme recevable contre l'accusé, relativement à la question de sa culpabilité, la preuve des actes posés et des déclarations faites par les coconspirateurs en vue de réaliser les objets du complot. Cette preuve, ajoutée aux autres éléments de preuve, peut suffire pour convaincre le jury hors de tout doute raisonnable que l'accusé a participé au complot et qu'il est donc coupable. Toutefois, il faut dire au jury qu'il lui revient à lui seul de trancher cette question ultime et que le simple fait de conclure qu'il existe une preuve directement recevable contre l'accusé, suffisante pour lui permettre de considérer comme probable sa participation au complot et d'appliquer l'exception à la règle du oui-dire, n'entraîne pas automatiquement une déclaration de culpabilité. Il faut dire clairement au jury qu'il ne peut rendre un verdict de culpabilité que si l'ensemble de la preuve relative aux deux questions, savoir l'existence du complot et la participation de l'accusé à ce complot, le convainc hors de tout doute raisonnable, et qu'il peut, s'il le juge bon ou s'il n'est pas convaincu, rendre un verdict d'acquiescement en faveur de l'accusé, même après avoir conclu initialement à la probabilité de sa participation au complot, ce qui

against the accused on the threshold issue of his membership in the conspiracy to assist them in that determination. In my view, this approach is generally consistent with the approach adopted by Martin J.A. in *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525, and *Hobart v. R.*, *supra*, in which case the general principles involved in the treatment of this question are set out and discussed and the authorities are collected.

Turning to the case at bar, it is my opinion that the trial judge in his charge left with the jury the idea that they would have to be satisfied, according to the ordinary criminal standard of proof beyond a reasonable doubt, on the preliminary issue of membership of the accused in the conspiracy. In this, he imposed upon the Crown a higher burden of proof on the issue than that required by law. He charged the jury early in his charge on the general requirement of proof beyond a reasonable doubt and in the extract from his charge, reproduced above, he used the expression "does the evidence convince you that there was a conspiracy". This referred, of course, to the existence of the conspiracy but, in going on to deal with the question of Carter's membership in the conspiracy, he gave no indication that any lesser standard of proof could apply and, in my view, the effect of this omission, taken with the earlier instruction on the general requirement for proof beyond a reasonable doubt, was that the jury were left with the direction to apply the reasonable doubt standard on this preliminary issue of membership. In my opinion, the jury was thus misinstructed and the Crown put to a standard of proof greater than that required by law on the threshold issue of membership in the conspiracy. I would, accordingly, allow the appeal and direct a new trial.

Appeal allowed and a new trial ordered.

Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondent: James C. Letcher (amicus curiae), Moncton.

lui a permis d'appliquer l'exception à la règle du oui-dire. Le juge du procès doit également signaler au jury, pour l'aider à trancher cette question, les éléments de preuve directement recevables contre l'accusé relativement à la question préliminaire de sa participation au complot. A mon avis, cette méthode est généralement compatible avec celle adoptée par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525 et l'arrêt *Hobart v. R.*, précité, où sont énoncés et étudiés les principes généraux applicables à l'examen de cette question et où est rassemblée la jurisprudence pertinente.

Quant à la présente affaire, je suis d'avis que dans son exposé, le juge du procès a donné au jury l'impression que, relativement à la question préliminaire de la participation de l'accusé au complot, il lui fallait être convaincu suivant la norme de preuve habituelle en matière pénale, c.-à-d. hors de tout doute raisonnable. Le juge a ainsi imposé au ministère public, relativement à cette question, un fardeau de la preuve plus lourd que celui exigé en droit. Au début de son exposé, il a donné au jury des directives sur l'exigence générale d'une preuve hors de tout doute raisonnable et, dans l'extrait de son exposé que j'ai reproduit plus haut, il emploie l'expression «si la preuve vous convainc qu'il y a eu un complot». Cela se rapporte évidemment à l'existence du complot, mais, quand il a poursuivi en traitant la question de la participation de Carter au complot, il n'a pas indiqué qu'une norme de preuve moins sévère pouvait s'appliquer et, à mon avis, cette omission, ajoutée à la directive antérieure sur l'exigence générale d'une preuve hors de tout doute raisonnable, équivalait à dire au jury d'appliquer à cette question préliminaire de la participation la norme d'une preuve hors de tout doute raisonnable. A mon avis, le jury a ainsi reçu des directives erronées et le ministère public s'est vu imposer, relativement à la question préliminaire de la participation au complot, une norme de preuve plus sévère que celle exigée en droit. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intimé: James C. Letcher (amicus curiae), Moncton.