Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Christopher Anthony Layton *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LAYTON

Neutral citation: 2009 SCC 36.

File No.: 32883.

2009: April 21; 2009: July 23.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Trial — Charge to jury — Reasonable doubt — Question from jury — Charge on reasonable doubt using Lifchus model — Jury asking trial judge for further directions on reasonable doubt — Trial judge repeating in recharge reasonable doubt instructions given in main charge — Whether trial judge erred in repeating same instructions.

The accused was charged with sexual assault. Credibility of the complainant and the accused was the central issue for the jury in deciding whether the Crown had proved the offence beyond a reasonable doubt. The trial judge instructed the jury on reasonable doubt essentially following the *Lifchus* suggested charge and provided a written copy of her charge in the jury room. The jury came back with a question: "Jury requests clarification on reasonable doubt section of charge to the jury. Particularly difference between absolute certainty and balance of probabilities." The trial judge simply repeated the original charge almost verbatim. She ended her recharge by saying that every attempt to explain the words "reasonable doubt" leads to more confusion and that there was very little she could add to clarify the definition of these words. The accused was convicted. In a majority decision, the Court of Appeal found that the trial judge had erred in not providing a responsive answer, quashed the conviction and ordered a new trial.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Christopher Anthony Layton *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* LAYTON

Référence neutre : 2009 CSC 36.

N^{o} du greffe : 32883.

2009 : 21 avril; 2009 : 23 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Doute raisonnable — Question du jury — Exposé sur le doute raisonnable fait au moyen du modèle proposé dans Lifchus — Demande de directives supplémentaires concernant le doute raisonnable présentée par le jury à la juge du procès — Reprise par la juge du procès des directives déjà données à cet égard dans l'exposé principal — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en répétant les mêmes directives?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle. La crédibilité de la plaignante et de l'accusé était la question principale que le jury devait trancher pour décider si le ministère public avait prouvé l'infraction hors de tout doute raisonnable. La juge du procès a donné aux jurés des directives sur le doute raisonnable en suivant pour l'essentiel l'exposé proposé dans *Lifchus* et elle leur a remis le texte de son exposé, dont ils disposaient dans leur salle de délibérations. Le jury a par la suite posé la question suivante : « Le jury demande des éclaircissements sur la section de l'exposé au jury concernant le doute raisonnable. En particulier la différence entre la certitude absolue et la prépondérance des probabilités. » La juge du procès s'est contentée de répéter presque textuellement son exposé initial. Elle a clos la reprise de son exposé en disant que chaque fois qu'on essaie d'expliquer les mots « doute raisonnable » on ne réussit qu'à semer davantage la confusion, et qu'il y avait vraiment très peu de choses qu'elle pouvait ajouter pour clarifier la définition de ce terme. L'accusé a été reconnu coupable. À la majorité, la Cour d'appel a conclu que la juge du procès avait commis une erreur en ne répondant pas de façon concrète à la question posée par le jury et elle a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Held (McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: When judges follow the *Lifchus* suggested charge their charges on the question of reasonable doubt are unassailable. Where the jury remains in doubt after the judge's charge, however, and asks a question about the standard of proof, the trial judge must attempt to answer the jury's question in an effort to assist them in understanding what is required of them. Otherwise, there will be uncertainty about the integrity and reliability of the jury's verdict and the fairness of the trial will be in question. While, in some cases, repeating the original charge verbatim might be all that is required to assist the jury, in this case the jury had the original charge in writing and had deliberated for a full day. Their question clearly indicated that there was some confusion on their part about the standard of proof. It would have been preferable for the judge to provide clarifications to the jury. Having not done so, it was imperative for the judge to leave the door open for the jury to come back with further, more precise, questions should the standard of proof remain unclear to them. Here, the trial judge's comment at the end of her recharge essentially implied that, even though the jury appeared to have been confused, the judge could not assist them. The result is that the trial judge failed to provide a responsive answer to the jury's question and her final comments discouraged further questions on the standard of proof. This raises a concern that the verdict may not have been based on a proper understanding of the burden of proof and that there was therefore a miscarriage of justice. It could not be inferred from the fact that the jury did not ask further questions that their confusion was clarified. [2-3] [23-24] [29] [31] [33] [37]

Per McLachlin C.J. and Cromwell J. (dissenting): The key question in this case was whether the legally correct instructions given by the trial judge in both her charge and recharge, taken as a whole, gave rise to a reasonable likelihood that the jury did not understand the legal requirement that the Crown must prove guilt beyond a reasonable doubt. [40] [67]

To state that the jury was struggling with the concept of reasonable doubt was reading too much into the jury's question. Their problem was with the term "balance of probabilities". Although the judge's answer to the jury's question would not have assisted their understanding of this term, nothing in the question indicated

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Lorsque les juges suivent l'exposé proposé dans *Lifchus*, leurs exposés sur la question du doute raisonnable sont inattaquables. Toutefois, dans les cas où le jury reste dans le doute après l'exposé du juge et qu'il lui pose une question concernant la norme de preuve, le juge doit tenter de répondre aux jurés afin de les aider à comprendre ce que l'on attend d'eux. Sinon, l'incertitude quant à l'intégrité et au sérieux du verdict rendu par le jury remettra en question l'équité du procès de l'accusé. Bien que, dans certains cas, le seul fait de répéter mot pour mot l'exposé original puisse s'avérer suffisant pour aider le jury, en l'espèce le jury disposait du texte écrit de l'exposé initial et il avait délibéré pendant une journée entière. Sa question indiquait clairement qu'il existait une certaine confusion parmi les jurés au sujet de la norme de preuve. Il aurait été préférable que la juge fournisse des éclaircissements au jury. Ne l'ayant pas fait, elle devait impérativement laisser au jury la possibilité de lui poser d'autres questions, plus précises, si la notion de doute raisonnable demeurerait obscure pour lui. Dans la présente affaire, les observations finales de la juge impliquaient essentiellement que, même si les jurés semblaient embrouillés sur ce point, elle ne pouvait leur venir en aide. En définitive, la juge du procès n'a pas répondu de façon concrète à la question des jurés et ses observations finales ont découragé ces derniers de poser d'autres questions sur la norme de preuve. Pour cette raison, il y a lieu de craindre que le verdict n'ait peut-être pas été basé sur une compréhension adéquate de la norme de preuve et qu'une erreur judiciaire ait en conséquence été commise. On ne peut déduire de l'absence de questions supplémentaires de la part du jury que la confusion avait été dissipée. [2-3] [23-24] [29] [31] [33] [37]

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell (dissidents) : En l'espèce, la question fondamentale consiste à décider si les directives correctes sur le plan juridique données par la juge du procès, tant dans son exposé initial que dans la reprise de celui-ci, considérés dans leur ensemble, ont fait naître une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris le sens de la notion de preuve hors de tout doute raisonnable. [40] [67]

Affirmer que le jury achoppait sur la notion de doute raisonnable c'est voir dans la question de celui-ci plus que ce qu'elle disait. Le problème du jury portait sur l'expression « prépondérance des probabilités ». La réponse de la juge à la question n'aidait pas les jurés à comprendre cette expression, mais rien dans leur question

that the jury failed to understand the requirement of proof beyond reasonable doubt. The jury did not need to understand balance of probabilities in order to apply reasonable doubt properly. In the context of this charge and recharge, there was no reasonable likelihood that the judge's failure to explain the term "balance of probabilities" had any impact on the jury's understanding of the critical point that proof beyond reasonable doubt requires more than proof that the accused was "probably" or "likely guilty". Similarly, the judge's failure to link those terms to the expression proof on a "balance of probabilities" did not give rise to any likelihood that the jury misunderstood this critical point. [44-45] [50] [54]

n'indiquait que le jury ne comprenait pas qu'une preuve hors de tout doute raisonnable était exigée. Il n'était pas essentiel que les jurés comprennent la notion de prépondérance des probabilités pour appliquer correctement la norme du doute raisonnable. Dans le contexte de l'exposé et de la reprise de celui-ci, il n'existe pas de probabilité raisonnable que l'omission de la juge d'expliquer l'expression « prépondérance des probabilités » ait eu quelque incidence que ce soit sur la compréhension qu'avaient les jurés du point crucial que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve que l'accusé est « probablement » ou « vraisemblablement coupable ». De même, l'omission de la juge de faire le lien entre ces expressions et la preuve selon la « prépondérance des probabilités » ne tend pas à indiquer qu'il est vraisemblable que le jury ait mal compris ce point crucial. [44-45] [50] [54]

The jury received correct and readily understandable instructions about reasonable doubt. While the instructions which placed reasonable doubt on a spectrum of degrees of certainty may not have assisted this jury, this should not lead to the conclusion that they also failed to grasp the other explanations of the term included in the charge and recharge, especially where there was no question that the jury understood the very important point that proof beyond a reasonable doubt requires more than proof of probable or likely guilty. [57]

Le jury a reçu au sujet du doute raisonnable des directives qui étaient correctes et faciles à comprendre. Bien que la directive qui situait le doute raisonnable sur une échelle de degrés de certitude n'ait peut-être pas aidé le jury, ce constat ne devrait pas mener à la conclusion que les jurés n'ont pas saisi les autres explications concernant cette expression que renfermaient l'exposé et sa reprise, d'autant plus qu'il ne faisait aucun doute que le jury avait compris le point crucial que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve de la culpabilité probable ou vraisemblable de l'accusé. [57]

The trial judge did not err by not attempting a new, differently worded explanation of "balance of probabilities" and "absolute certainty". An answer to a jury's question completeness and accuracy, while it should be as complete and accurate as possible, must be assessed in the context of the law concerning the particular question posed. The legal landscape around this jury's question is very complex and the possibility of reversible error in this part of the charge is great. A court reviewing a judge's answer to the jury's question should take a practical view of the risks and benefits of the trial judge's undertaking the course suggested after the fact. Here, the judge's reluctance to depart from the well-established language approved by case law was entirely justified: not only were the risks of attempting some further explanation significant, but also the potential for its appreciably helping the jury were meagre. As well, the trial judge added in the recharge that her obligation was to provide a direction on reasonable doubt and directed the jury's attention to that concept in the instructions. This, in itself, reminded the jury of what was critical to their deliberations. Although a judge should not discourage jury questions on points

La juge de procès n'a commis aucune erreur en n'essayant pas d'expliquer dans des mots différents la « prépondérance des probabilités » et la « certitude absolue ». Bien que la réponse donnée à une question du jury doive être aussi complète et exacte que possible, il faut évaluer le caractère complet et exact de cette réponse dans le contexte des règles de droit relatives à la question posée. Le paysage juridique dans lequel se situe la question du jury en l'espèce est très complexe et la possibilité que survienne, dans cette partie de l'exposé du juge au jury, une erreur susceptible d'entraîner l'annulation de la décision est élevée. Le tribunal appelé à revoir la réponse qu'un juge a donnée à un jury devrait adopter un point de vue pratique à l'égard des risques et des avantages de la solution que, affirme-t-on a posteriori, le juge du procès aurait dû adopter. En l'espèce, la réticence de la juge à s'écarter d'une formulation bien établie et approuvée par une abondante jurisprudence était entièrement justifiée : non seulement les risques d'une tentative de fournir des explications supplémentaires étaient-ils élevés, mais en outre les chances que ces explications aident le jury de façon appréciable étaient minces. De plus, la juge du procès a ajouté, lors

of difficulty, the judge's instructions in this case were realistic. [58-61] [64] [66]

de la reprise de son exposé, qu'elle avait l'obligation de fournir aux jurés des directives sur le doute raisonnable, et elle a attiré leur attention sur cette notion dans ses directives. En soi, cette remarque rappelait aux jurés ce qui était important pour leurs délibérations. Les juges ne devraient pas décourager les questions des jurés sur les points qu'ils trouvent obscurs, mais les directives formulées par la juge du procès en l'espèce étaient réalistes. [58-61] [64] [66]

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; **referred to:** *R. v. Tymiak*, 2005 ABCA 22, 363 A.R. 126; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. D.P.*, 2002 ABCA 285, 317 A.R. 375; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628; *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88; *R. v. M. (M.C.)* (2003), 176 C.C.C. (3d) 263; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Daley, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Brydon* (1995), 37 C.R. (4th) 1, rev'd [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306.

Authors Cited

Canadian Judicial Council. National Committee on Jury Instructions. *Jury Instructions*. Ottawa: The Council, 2008 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_en.asp).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Wilson, R. Dean, Nicole J. Garson and Christopher E. Hinkson. *Civil Jury Instructions*, 2nd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Hamilton and Chartier JJ.A.), 2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143, 437 W.A.C. 143, 238 C.C.C. (3d) 70, 60 C.R. (6th) 386, 2008 CarswellMan 518, [2008] M.J. No. 346 (QL), setting aside the accused's conviction for sexual assault and ordering a new trial. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêt appliqué : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; **arrêts mentionnés :** *R. c. Tymiak*, 2005 ABCA 22, 363 A.R. 126; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. D.P.*, 2002 ABCA 285, 317 A.R. 375; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628; *R. c. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88; *R. c. M. (M.C.)* (2003), 176 C.C.C. (3d) 263; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Daley, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Brydon* (1995), 37 C.R. (4th) 1, inf. [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306.

Doctrine citée

Conseil canadien de la magistrature. Comité national sur les directives au jury. *Les directives au jury*. Ottawa : Le Conseil, 2008 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_fr.asp).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

Wilson, R. Dean, Nicole J. Garson and Christopher E. Hinkson. *Civil Jury Instructions*, 2nd ed. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Monnin, Hamilton et Chartier), 2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143, 437 W.A.C. 143, 238 C.C.C. (3d) 70, 60 C.R. (6th) 386, 2008 CarswellMan 518, [2008] M.J. No. 346 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour agression sexuelle et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents.

Rustyn W. N. Ullrich and *Richard A. Saull*, for the appellant.

Paul Walsh, *Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — This appeal as of right raises the question of the response required of a trial judge in a criminal case when, following the judge's charge, the jury asks a question about the standard of proof. Where the trial judge provides the jury with a proper charge, need the judge go further in response to a question than repeating the charge as originally given?

[2] At one time there had been considerable confusion about the way in which proof beyond a reasonable doubt was to be explained to a jury: see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 526, and the Canadian Judicial Council website at http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_en.asp. In *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, Cory J. set out the principles for instructing juries on this issue and provided a suggested charge. While not a "magic incantation", the charge formulated in *Lifchus* has been followed by trial judges and has formed the basis of a model jury instruction issued by the Canadian Judicial Council for judges to read when informing juries about the nature of the criminal standard of proof and the issues that are specific to the case: see *R. v. Tymiak*, 2005 ABCA 22, 363 A.R. 126, at para. 6. When judges follow the *Lifchus* suggested charge or the model jury instructions issued by the Canadian Judicial Council, their charges on the question of reasonable doubt are unassailable: see *Lifchus*, at para. 40.

[3] Trial judges are understandably reluctant to depart from the *Lifchus* or model charge for fear of straying into error or misleading the jury. However, where the jury remains in doubt after the judge reads the charge and asks a question about

Rustyn W. N. Ullrich et *Richard A. Saull*, pour l'appelante.

Paul Walsh, *c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Ce pourvoi de plein droit porte sur la réponse que doit donner le juge du procès dans une instance criminelle lorsque, après son exposé au jury, ce dernier lui pose une question sur la norme de preuve. Le juge de première instance qui a fait un exposé correct au jury doit-il, en réponse à une question, faire davantage que répéter l'exposé qu'il avait présenté au départ?

[2] À une certaine époque, une grande confusion entourait la façon dont la notion de preuve hors de tout doute raisonnable devait être expliquée au jury : voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5e éd. 2008), p. 526, et le Conseil canadien de la magistrature (voir le site Web à l'adresse http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_fr.asp. Dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, le juge Cory a énoncé les principes régissant les directives à donner au jury sur cette question et a proposé un exposé. Bien qu'il ne constitue pas une « formule magique », l'exposé formulé dans *Lifchus* a été suivi par les juges de première instance et constitue l'assise des modèles de directives au jury publiés par le Conseil canadien de la magistrature à l'intention des juges qui doivent expliquer aux jurys la nature de la norme de preuve criminelle et les questions touchant spécifiquement la cause dont ils sont saisis : voir *R. c. Tymiak*, 2005 ABCA 22, 363 A.R. 126, par. 6. Lorsque les juges suivent l'exposé proposé dans *Lifchus* ou le modèle de directives au jury publié par le Conseil canadien de la magistrature, leurs exposés sur la question du doute raisonnable sont inattaquables : voir *Lifchus*, par. 40.

[3] On peut comprendre que, par crainte de commettre une erreur ou d'induire le jury en erreur, les juges de première instance soient réticents à s'écarter de l'exposé proposé dans *Lifchus* ou du modèle de directives. Mais lorsque le jury reste dans le

the standard of proof, I am of the opinion that the trial judge must attempt to answer the jury's question in an effort to assist them in understanding what is required of them. Otherwise, there will be uncertainty about the integrity and reliability of the jury's verdict and the fairness of the accused's trial will be in question: see *Lifchus*, at paras. 13-14.

[4] As Cory J. explained at para. 13 of *Lifchus*, it is of fundamental importance to the criminal justice system that jurors clearly understand the meaning of the term "proof beyond a reasonable doubt":

> The onus resting upon the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt is inextricably linked to the presumption of innocence. That jurors clearly understand the meaning of the term is of fundamental importance to our criminal justice system. . . . There cannot be a fair trial if jurors do not clearly understand the basic and fundamentally important concept of the standard of proof that the Crown must meet in order to obtain a conviction.

[5] Here, the trial judge provided the jury with a charge essentially in the words suggested by Cory J. in *Lifchus*. When the jury came back with a question about the standard of proof, the trial judge, not wanting to mislead or confuse the jury, simply repeated the charge she had originally given, almost verbatim.

[6] In the Manitoba Court of Appeal's majority judgment, Hamilton J.A. (with Chartier J.A. concurring) found that the trial judge had erred in not providing a responsive answer to the question asked by the jury. It allowed the accused's appeal, quashed the conviction and ordered a new trial: 2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143. Monnin J.A., in dissent, held that providing anything more than a repetition of the initial charge would have led the trial judge into error and confused the jury.

[7] I agree with the decision and disposition ordered by the majority and would dismiss this appeal.

doute après la lecture de l'exposé fait par le juge et qu'il lui pose une question concernant la norme de preuve, je suis d'avis que le juge doit tenter de répondre aux jurés afin de les aider à comprendre ce que l'on attend d'eux. Sinon, l'incertitude quant à l'intégrité et au sérieux du verdict rendu par le jury remettra en question l'équité du procès de l'accusé : voir *Lifchus*, par. 13-14.

[4] Comme l'explique le juge Cory au par. 13 de l'arrêt *Lifchus*, il est d'une importance capitale pour le système de justice pénale que les jurés comprennent clairement le sens de l'expression « preuve hors de tout doute raisonnable » :

> La charge qui incombe au ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d'innocence. Il est d'une importance fondamentale pour notre système de justice pénale que les jurés comprennent clairement le sens de cette expression. [. . .] Il ne peut y avoir de procès équitable si les jurés ne comprennent pas clairement le concept de base et fondamentalement important de la norme de preuve que le ministère doit respecter pour obtenir une déclaration de culpabilité.

[5] En l'espèce, l'exposé de la juge du procès reprenait pour l'essentiel la formulation proposée par le juge Cory dans *Lifchus*. Lorsque le jury est revenu poser une question sur la norme de preuve, la juge du procès, soucieuse de ne pas induire les jurés en erreur ou les embrouiller, s'est contentée de répéter presque textuellement son exposé initial.

[6] Dans le jugement majoritaire de la Cour d'appel du Manitoba, la juge Hamilton (avec l'accord du juge Chartier) a conclu que la juge du procès avait commis une erreur en ne répondant pas de façon concrète à la question posée par le jury. La Cour a accueilli l'appel interjeté par l'accusé, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès : 2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143. Le juge Monnin, dissident, estimait que toute réponse qui ne se serait pas limitée à une répétition de l'exposé initial aurait amené la juge du procès à commettre une erreur et aurait embrouillé le jury.

[7] Je suis d'accord avec la décision et le dispositif des juges majoritaires et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

1. Facts

[8] The alleged offence of sexual assault occurred on August 7, 2004 in Winnipeg. The complainant, who was 16 years of age at the time, had gone out drinking with friends late on the evening of Friday, August 6. She and her friends wanted to attend a house party but they were denied entry. As a result, they went to a park across the street from where the party was taking place.

[9] The complainant testified that in addition to alcohol, she had shared a marijuana "joint" with some friends. She became dizzy and characterized herself as intoxicated. The complainant passed out and says she awoke with the accused engaging in sexual intercourse with her. The accused admitted speaking to her in the park and trying to help her but denied sexual contact.

[10] The accused was charged with sexual assault. As stated by the majority of the Court of Appeal at para. 2, "the credibility of the complainant and the accused was the central issue for the jury in deciding whether the Crown had proved the offence beyond a reasonable doubt".

[11] The trial judge provided the jury with a thorough 71-page charge. The jury had a written copy of the judge's charge in the jury room.

[12] The charge had correctly instructed the jury that, "[y]ou must find Christopher Layton not guilty of the offence unless Crown counsel satisfies you beyond a reasonable doubt that he is guilty."

[13] The trial judge then went on to explain reasonable doubt:

> A reasonable doubt is not a far-fetched or frivolous doubt. It is not a doubt based on sympathy or prejudice. Rather, it is a doubt based on reason and common sense. It is a doubt that logically arises from the evidence or lack of evidence or absence of reliable evidence. It is a doubt about an essential element of an offence.

1. Les faits

[8] L'agression sexuelle reprochée se serait produite le 7 août 2004 à Winnipeg. La plaignante, âgée de 16 ans à l'époque, était sortie avec des amis pour boire, à une heure avancée de la soirée le vendredi 6 août. Ses amis et elle voulaient participer à une fête dans une maison, mais on leur a refusé l'entrée. Ils ont alors traversé la rue pour gagner un parc situé en face de l'endroit où avait lieu la fête.

[9] La plaignante a témoigné que, en plus de boire de l'alcool, elle avait partagé un « joint » de marijuana avec quelques amis. Elle avait la tête qui tournait et, selon ses dires, elle était en état d'ébriété. La plaignante a perdu connaissance et elle dit que lorsqu'elle a repris conscience, l'accusé était en train d'avoir des rapports sexuels avec elle. L'accusé a admis lui avoir parlé dans le parc et avoir essayé de l'aider, mais il a nié tout contact sexuel.

[10] L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle. Comme l'indique le jugement majoritaire de la Cour d'appel au par. 2, [TRADUCTION] « la crédibilité de la plaignante et de l'accusé était la question principale que le jury devait trancher pour décider si le ministère public avait prouvé l'infraction hors de tout doute raisonnable ».

[11] La juge du procès a fait au jury un exposé très complet, long de 71 pages. Dans la salle de délibérations, le jury disposait du texte de cet exposé.

[12] La juge a à juste titre dit au jury : [TRADUCTION] « Vous devez déclarer Christopher Layton non coupable de l'infraction à moins que le ministère public ne vous convainque hors de tout doute raisonnable qu'il est coupable. »

[13] Elle a ensuite expliqué la notion de doute raisonnable :

> [TRADUCTION] Un doute raisonnable n'est pas un doute tiré par les cheveux ou frivole. Il ne doit pas reposer sur la sympathie ou un préjugé. Il doit reposer plutôt sur la raison et le bon sens. Il doit logiquement découler de la preuve, de l'absence de preuve ou de l'absence de preuve fiable. Il doit porter sur un élément essentiel d'une infraction.

It is not enough for you to believe that Mr. Layton is probably or likely guilty. In those circumstances, you must find him not guilty because Crown counsel would have failed to satisfy you of his guilt beyond a reasonable doubt. Proof of probable or likely guilt is not proof of guilt beyond a reasonable doubt.

You should also remember, however, that it is nearly impossible to prove anything with absolute certainty. Crown counsel is not required to do so. Absolute certainty is a standard of proof that is impossibly high and does not exist in law. However, the reasonable doubt standard falls much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities. Something less than absolute certainty is required . . ., and something more than probable guilt is required. [A.R., at pp. 115-16]

[14] The jury deliberated all day but did not reach a verdict. The next day, the jury provided a handwritten question to the judge.

Jury requests clarification on reasonable doubt section of charge to the Jury. Particularly difference between absolute certainty and balance of probabilities. Page 15.

[15] The trial judge conferred with counsel, both of whom provided some suggestions to the judge as to how to answer the question. Both counsel agreed that it may have been the concept of balance of probabilities that was causing confusion. Defence counsel, Mr. Cramer, stated:

Well, the only thing is I think they're confused about what balance of probabilities means and . . . . [A.R., at pp. 155-56]

Crown counsel, Mr. Ullrich, said:

But again, I think we're conceding what Mr. Cramer said. The concept of balance of probabilities might be the sticking point here, given the way that they've worded the question as well it seems to be that that might be one of the issues in their minds. [A.R., at p. 156]

Nonetheless, the judge decided not to address the concept of balance of probabilities and simply to

Même si vous croyez que M. Layton est probablement ou vraisemblablement coupable, cela n'est pas suffisant. Dans un tel cas, vous devez le déclarer non coupable, parce que le ministère public n'a pas réussi à vous convaincre de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Une preuve de culpabilité probable ou vraisemblable ne constitue pas une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Cependant, vous devez également vous rappeler qu'il est virtuellement impossible de prouver quelque chose avec une certitude absolue. Le ministère public n'est pas tenu de le faire. Une telle norme de preuve est impossiblement élevée et n'existe pas en droit. La norme du doute raisonnable se rapproche toutefois davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Il faut moins que la certitude absolue . . ., et plus que la culpabilité probable. [d.a., p. 115-116]

[14] Le jury a délibéré toute la journée sans arriver à un verdict. Le lendemain, il a fait parvenir à la juge la question suivante, rédigée à la main :

[TRADUCTION] Le jury demande des éclaircissements sur la section de l'exposé au jury concernant le doute raisonnable. En particulier la différence entre la certitude absolue et la prépondérance des probabilités. Page 15.

[15] La juge du procès s'est entretenue avec les avocats, qui lui ont tous deux fait des suggestions sur la façon de répondre à la question. Les deux avocats étaient d'accord pour dire que c'était sans doute la notion de prépondérance des probabilités qui créait de la confusion. L'avocat de la défense, Me Cramer, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Eh bien, la seule chose, je pense, est qu'ils sont embrouillés à propos du sens de la notion de prépondérance des probabilités et . . . [d.a., p. 155-156]

L'avocat du ministère public, Me Ullrich, s'est pour sa part exprimé ainsi :

[TRADUCTION] Mais là encore, nous admettons je crois ce que Me Cramer a dit. La notion de prépondérance des probabilités pourrait bien être la pierre d'achoppement en l'espèce, vu la façon dont ils ont formulé la question il se pourrait bien que ce soit une des questions qui les préoccupent. [d.a., p. 156]

La juge a tout de même décidé de ne pas aborder la notion de prépondérance des probabilités et de

repeat the original charge. The trial judge explained to counsel:

> . . . I think the best approach at this time is to simply tell them that, you know, it's a difficult -- it's not, strictly speaking, a definition. To define it would in all likelihood lead to more confusion. In terms of the balance of probabilities, I'm not going to touch that at this point. I'm going to go over what I said with them previously. Sometimes when you hear it as opposed to read it, it can help. If they have any further problems I'm sure they'll come back to us. But I think the best approach at this point is to be cautious and to not say anything that might in some way prejudice, prejudice either side. [Emphasis added; A.R., at pp. 157-58.]

[16] Before repeating her instructions on reasonable doubt, the trial judge told the jury:

> We have your question and we have considered it.
>
> Let me start off by again -- let me just go through what I previously told you. Now, just listen carefully to what I've said. [A.R., at p. 158]

The trial judge then repeated her original reasonable doubt instruction almost verbatim.

[17] After repeating her reasonable doubt instructions, the trial judge said to the jury:

> My obligation is to provide you with direction on reasonable doubt, but not, strictly speaking, a definition. The words "reasonable doubt" defy precise interpretation. Every attempt to explain them leads to more confusion as opposed to clarity. So that I must accordingly leave you with the instruction the way as -- the way that I gave it to you and have just repeated it for you.
>
> I hope that helps. And so essentially the reasonable doubt definition that I gave to you is as page 14, 15 and 16 of the charge, there is really very little I can add to clarify it because, as I said, it is, it is not, strictly

simplement répéter son exposé initial. Elle s'en est expliqué aux avocats dans les termes suivants :

> [TRADUCTION] . . . je pense que la meilleure façon de procéder à ce moment-ci, c'est de leur dire simplement, vous savez, c'est une notion difficile -- il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une définition. La définir créerait selon toute probabilité encore plus de confusion. En ce qui concerne la prépondérance des probabilités, je ne vais pas aborder cette question à ce point-ci. Je vais répéter ce que je leur ai déjà dit. Parfois, quand vous entendez quelque chose plutôt que de le lire, cela peut aider. S'ils ont d'autres difficultés, je suis sûre qu'ils reviendront nous en faire part. Mais je pense que le mieux, à ce stade-ci, c'est de faire preuve de prudence et de ne rien dire qui risque d'une façon ou d'une autre de porter préjudice à l'une ou l'autre partie. [Je souligne; d.a., p. 157-158.]

[16] Avant de répéter ses directives sur la notion de doute raisonnable, la juge du procès a dit ce qui suit aux jurés :

> [TRADUCTION] Nous avons reçu votre question et nous l'avons examinée.
>
> Permettez-moi de commencer en revenant -- permettez-moi de simplement répéter ce que je vous ai déjà dit. Je vous demande simplement d'écouter attentivement ce que j'ai dit. [d.a., p. 158]

La juge a alors répété presque textuellement ses directives initiales sur la notion de doute raisonnable.

[17] Après avoir répété ses directives sur la notion de doute raisonnable, la juge a ajouté ceci :

> [TRADUCTION] Mon obligation consiste à vous donner des directives au sujet du doute raisonnable, mais pas, à proprement parler, une définition de ce terme. Les mots « doute raisonnable » résistent à toute interprétation précise. Chaque fois qu'on essaie de les expliquer, on ne réussit qu'à semer davantage la confusion plutôt qu'à en clarifier la signification. Je dois par conséquent vous demander de vous en remettre aux directives formulées de la façon -- de la façon dont je vous les ai exposées et que je viens juste de répéter à votre intention.
>
> J'espère que cela vous aidera. Donc, essentiellement, la définition du doute raisonnable que je vous ai donnée est celle qui se trouve aux pages 14, 15 et 16 de l'exposé, il y a vraiment très peu de choses que je peux ajouter

speaking, a definition that I can give you that will help you. [Emphasis added; A.R., at p. 159.]

2. Analysis

[18] At the outset, it is important to stress that the original charge to the jury was unassailable. It was modelled on the *Lifchus* suggested charge and there can be no doubt that, in the absence of a question from the jury, there would have been no error by the trial judge. The problem which arose is solely related to the way in which the trial judge responded to the jury's question.

[19] Her comments to counsel made clear that she did not want to create further confusion for the jury and stray into error in responding to the jury's question. The trial judge was justifiably cautious in her reluctance to depart from the adequate charge she had already given.

[20] However, as explained by Cory J. in *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, the implication of a question from the jury is that, on the issue raised in the question, there is confusion. Assistance must be provided. At p. 528, Cory J. stated:

> A question presented by a jury gives the clearest possible indication of the particular problem that the jury is confronting and upon which it seeks further instructions. Even if the question relates to a matter that has been carefully reviewed in the main charge, it still must be answered in a complete and careful manner.

And at p. 530:

> With the question the jury has identified the issues upon which it requires direction. It is this issue upon which the jury has focused. No matter how exemplary the original charge may have been, it is essential that the recharge on the issue presented by the question be correct and comprehensive. No less will suffice. The jury has said in effect, on this issue there is confusion, please help us. That help must be provided.

[21] In *R. v. D.P.*, 2002 ABCA 285, 317 A.R. 375, the trial judge charged the jury based on Cory J.'s suggested charge in *Lifchus*. The defence counsel

pour la clarifier, car, comme je l'ai dit, c'est, ce n'est pas, à strictement parler, la définition que je pourrais vous donner qui vous aidera. [Je souligne; d.a., p. 159.]

2. Analyse

[18] D'entrée de jeu, il importe de souligner que l'exposé initial fait au jury est inattaquable. Il était conforme à l'exposé proposé dans *Lifchus* et il ne fait aucun doute que, si le jury n'avait pas posé de question, il n'y aurait eu aucune erreur de la part de la juge du procès. Le problème qui est apparu tient uniquement à la manière dont la juge du procès a répondu à la question du jury.

[19] Il ressort clairement de ses observations aux avocats qu'elle voulait éviter de semer une plus grande confusion chez les jurés et de se tromper en répondant à la question qu'ils avaient posée. La juge a à juste titre fait preuve de prudence en se montrant réticente à s'écarter de l'exposé adéquat qu'elle avait déjà donné.

[20] Cependant, comme l'a expliqué le juge Cory dans *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, la présentation d'une question par le jury implique qu'il existe de la confusion au sujet du point soulevé dans cette question. Il faut alors lui venir en aide. À la page 528, le juge Cory a écrit ceci :

> La question posée par un jury reflète le plus clairement possible le problème particulier devant lequel il se trouve et au sujet duquel il demande des directives supplémentaires. Même si la question se rapporte à un sujet qui a été examiné soigneusement dans l'exposé principal, il faut y répondre quand même de façon complète et attentive.

Et il a ajouté ce qui suit à la p. 530 :

> Par sa question, le jury a indiqué les points sur lesquels il a besoin de directives. C'est sur ce point-là qu'il s'est concentré. Quelque exemplaire qu'ait pu être l'exposé original, il est essentiel que l'exposé supplémentaire sur le point soulevé par la question soit correct et complet. Rien de moins ne suffira. Le jury a dit en fait qu'il existe une certaine confusion sur ce point et qu'il a besoin d'aide. Il faut fournir cette aide.

[21] Dans *R. c. D.P.*, 2002 ABCA 285, 317 A.R. 375, l'exposé au jury fait par le juge du procès était fondé sur le modèle proposé par le juge Cory dans

asked that the charge be refined with the benefit of this Court's statements in *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144. The trial judge refused. When the jury came back with a request for a definition of "proof beyond a reasonable doubt", the defence repeated its request. The trial judge again refused and simply repeated his original charge. The Alberta Court of Appeal held that "the jury's question made it apparent that further definition about the concept of reasonable doubt was required. The judge's responsibility at that point was to assist the jury in achieving a better understanding of that concept" (para. 8). It quashed the conviction, concluding that the jury received no meaningful assistance and was therefore likely under a misapprehension about the meaning of reasonable doubt.

Lifchus. L'avocat de la défense a demandé au juge de préciser l'exposé en tenant compte des observations formulées par notre Cour dans *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144. Le juge a refusé de le faire. Lorsque le jury a demandé une définition de l'expression « preuve hors de tout doute raisonnable », la défense a réitéré sa requête. Le juge a une fois de plus refusé et s'est contenté de répéter son exposé initial. La Cour d'appel de l'Alberta a conclu que [TRADUCTION] « la question des jurés montrait bien qu'une définition plus précise de la notion de doute raisonnable était nécessaire. À ce stade, le juge était tenu d'aider les jurés à mieux saisir cette notion » (par. 8). La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité, jugeant que les jurés n'avaient pas obtenu d'assistance utile et que, en conséquence, ils ne comprenaient vraisemblablement pas bien la notion de doute raisonnable.

[22] In *R. v. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628 (C.A.), the jury asked to rehear the evidence of the complainant. The trial judge responded that they could, but then underlined how long the testimony was and suggested they would be required to stay at the courthouse over night. He sent the jury back to reconsider its request with this information. The jury returned with a guilty verdict. Labrosse J.A. concluded for a five-member panel of the Ontario Court of Appeal, at p. 645, that:

> The words of the trial judge may well have discouraged the jury from rehearing and resolving whatever aspect of the complainant's evidence it found troubling. In my view, the trial judge should have ensured that the jury's concerns were met and that it received the assistance it required. In effect, the jury received no assistance from the trial judge with respect to its request.
>
> In a case which turned on the respective credibility of the complainant and the accused, the trial judge's error was fatal and the conviction cannot stand.

[22] Dans *R. c. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628 (C.A.), le jury avait demandé d'entendre de nouveau le témoignage de la plaignante. Le juge du procès a répondu que c'était possible, mais il a ensuite souligné la longueur de ce témoignage et évoqué l'idée que les jurés devraient sans doute passer la nuit au palais de justice. Il a renvoyé les jurés pour qu'ils reconsidèrent leur demande à la lumière de cette information. Le jury est revenu et a rendu un verdict de culpabilité. S'exprimant au nom d'une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Labrosse est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 645 :

> [TRADUCTION] Il est fort possible qu'il [le jury] ait renoncé à réentendre le témoignage de cette dernière et à éclaircir ce qui, dans ce témoignage, lui paraissait soulever des difficultés, en raison des explications données par le premier juge. À mon avis, le juge du procès aurait dû veiller à répondre aux préoccupations du jury et à ce que celui-ci reçoive l'aide demandée. Dans les faits, le jury n'a obtenu aucune assistance de la part du juge du procès à l'égard de sa demande.
>
> Dans une affaire où l'issue du procès reposait sur la crédibilité respective de la plaignante et de l'accusé, l'erreur du premier juge est fatale et la déclaration de culpabilité ne saurait être maintenue.

[23] Here, the trial judge essentially repeated her original charge verbatim. In some cases, repeating

[23] En l'espèce, la juge du procès a pour l'essentiel répété textuellement son exposé initial. Dans

the original charge verbatim might be all that is required to assist the jury. For example, where the original charge was not provided to the jury in writing and the jury indicates in its question that it has forgotten the original charge, repeating the instruction may be all that is necessary. For instance, in *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), the jury asked for "a repetition of the difference between first degree murder, second degree murder and manslaughter". In *R. v. M. (M.C.)* (2003), 176 C.C.C. (3d) 263 (Ont. C.A.), the jury asked the trial judge to "review the definition of reasonable doubt" (para. 27). Cronk J.A. stated that the correct instructions from the main charge on this issue "were probably not fresh in the minds of the jurors at the time of the recharge" (para. 45). In such cases, repeating the original instruction is an appropriate response.

certains cas, cette seule mesure peut s'avérer suffisante pour aider le jury. Par exemple, lorsque le texte de l'exposé initial n'a pas été remis aux jurés et que celui-ci indique, dans sa question, qu'il a oublié cet exposé, il pourra suffire de répéter les directives. Ainsi, dans *R. c. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), le jury avait demandé qu'on lui [TRADUCTION] « rappelle la différence entre le meurtre au premier degré, le meurtre au second degré et l'homicide involontaire coupable ». Dans *R. c. M. (M.C.)* (2003), 176 C.C.C. (3d) 263 (C.A. Ont.), le jury avait demandé au juge du procès de [TRADUCTION] « revenir sur la définition du doute raisonnable » (par. 27). La juge d'appel Cronk a déclaré que les directives par ailleurs correctes sur ce point données dans l'exposé principal [TRADUCTION] « n'étaient probablement pas fraîches dans l'esprit des jurés au moment de la reprise de l'exposé » (par. 45). Dans de tels cas, répéter les directives initiales constitue une réponse adéquate.

[24] However, in this case, the jury had the original charge in writing. Deliberations had gone on for a full day and the jury's question not only uses terms included in the original charge but also cites a specific page of that charge. There can be little doubt that there was some confusion on the part of one or more of the members of the jury about the standard of proof to be met by the Crown in order to secure a guilty verdict and there can be little doubt that the jury had reread the charge.

[24] Cependant, dans l'affaire qui nous occupe, le jury disposait du texte de l'exposé initial. Les délibérations duraient depuis une journée entière et la question du jury reprenait non seulement des termes figurant dans l'exposé initial mais mentionnait également une page précise de l'exposé. Il fait peu de doute qu'il existait une certaine confusion chez un ou plusieurs jurés au sujet de la norme de preuve à laquelle le ministère public doit satisfaire pour obtenir un verdict de culpabilité, et que le jury avait relu l'exposé.

[25] As the respondent's counsel, Mr. Walsh, pointed out in argument, there are different ways of expressing the same idea. While the meaning of the original charge is understandable to lawyers and judges, it may not be to lay members on a jury. Cory J. recognized this in *Lifchus* when he wrote, at para. 40, that the suggested charge was not a "magic incantation". Explaining the idea the jury has asked to have clarified in different words may be what is necessary for the jury to understand.

[25] Comme l'a fait valoir dans sa plaidoirie l'avocat de l'intimé, Me Walsh, il existe différentes façons d'exprimer la même idée. Bien que la signification de l'exposé initial soit compréhensible pour les avocats et les juges, elle ne l'est pas nécessairement pour les profanes qui font partie d'un jury. Le juge Cory l'a reconnu dans *Lifchus* lorsqu'il a écrit, au par. 40, qu'il ne fallait pas voir dans l'exposé proposé une « formule magique ». Le fait d'expliquer dans des mots différents la notion au sujet de laquelle le jury a demandé des éclaircissements peut constituer la mesure nécessaire pour qu'il la comprenne bien.

[26] Here, counsel agreed that the question asked by the jury seemed to suggest that there was confusion about the concept of balance of probabilities. The charge had addressed proof on a balance of probabilities on the one hand and absolute certainty on the other. The charge explained that a guilty verdict could not be based on probable or likely guilt and that proof of absolute certainty is impossibly high. It correctly described proof beyond a reasonable doubt as being much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities: see *Starr*, at para. 242. However, the jury was still having difficulty with these concepts.

[26] En l'espèce, les avocats s'accordaient pour dire que la question posée par le jury semblait indiquer l'existence d'une certaine confusion au sujet de la notion de prépondérance des probabilités. Dans son exposé, la juge avait parlé de la preuve en fonction de la prépondérance des probabilités d'une part, et de la certitude absolue d'autre part. Elle avait expliqué qu'un verdict de culpabilité ne pouvait pas être fondé sur la culpabilité probable ou vraisemblable de l'accusé, et que la preuve suivant la certitude absolue est une norme impossiblement élevée. La juge a avec raison précisé que la preuve hors de tout doute raisonnable se rapproche bien davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités : voir *Starr*, par. 242. Mais ces notions donnaient encore du fil à retordre aux jurés.

[27] At paras. 26-27, Hamilton J.A. suggested that the concepts of balance of probabilities and absolute certainty could have been explained this way:

> The judge might have simply advised the jury that the reference to balance of probabilities means the same as "probably or likely guilty" and "probable guilt", being phrases used elsewhere in her reasonable doubt instructions.
>
> I can understand why counsel and the trial judge found it difficult to explain "absolute certainty". Nonetheless, a response was required. The trial judge might have explained that to know something with absolute certainty is to know something beyond the possibility of any doubt whatsoever. She could have then reminded the jury that such a standard is impossibly high and is not required by law.

[27] Aux paragraphes 26 et 27, la juge Hamilton de la Cour d'appel a indiqué que les notions de prépondérance des probabilités et de certitude absolue auraient pu être expliquées comme suit :

> [TRADUCTION] La juge aurait pu simplement dire au jury que la mention de la prépondérance des probabilités signifie la même chose que « probablement ou vraisemblablement coupable » et que « culpabilité probable », expressions qu'elle avait employées ailleurs dans ses directives sur le doute raisonnable.
>
> Je peux comprendre que les avocats et la juge du procès aient trouvé difficile d'expliquer la notion de « certitude absolue ». Il n'en demeure pas moins qu'il fallait répondre à la question. La juge aurait pu expliquer que le fait de savoir quelque chose avec une certitude absolue signifie le savoir sans qu'il soit possible d'avoir quelque doute que ce soit à cet égard. Elle aurait pu rappeler aux jurés qu'une telle norme est impossiblement élevée et n'est pas requise en droit.

[28] The concept of balance of probabilities could also have been explained with reference to the civil standard of proof. R. D. Wilson, N. J. Garson and C. E. Hinkson's *Civil Jury Instructions* (2nd ed. (loose-leaf)), at § 4.7.4, provides the following sample instruction for explaining balance of probabilities to a civil jury:

> 4. What does "proof on a balance of probabilities" mean? It does not mean proof beyond a reasonable

[28] La notion de prépondérance des probabilités aurait pu également être expliquée au moyen de la norme de preuve du droit civil. On trouve, dans les *Civil Jury Instructions* de R. D. Wilson, N. J. Garson et C. E. Hinkson (2e éd. (feuilles mobiles)), § 4.7.4, le modèle suivant de directive destinée à expliquer à un jury dans une cause civile la notion de prépondérance des probabilités :

> [TRADUCTION] 4. Qu'entend-on par « preuve selon la prépondérance des probabilités »? Il ne s'agit pas de la

doubt — that standard of proof applies only in criminal trials. In civil trials, such as this one, the party who has the burden of proof on an issue must convince you that what he or she asserts is more probable than not — that the balance is tipped in his or her favour. You must examine the evidence and determine whether the party who has the burden of proof on an issue is relying on evidence that is more convincing than the evidence relied on by the other side. In short, you must decide whether the existence of the contested fact is more probable than not.

preuve hors de tout doute raisonnable — cette norme de preuve s'applique seulement dans les procès criminels. Dans les procès civils, comme celui-ci, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve sur une question doit vous convaincre que ce qu'elle soutient est plus probable qu'improbable — que la balance penche en sa faveur. Vous devez examiner la preuve et décider si la partie à qui incombe le fardeau de la preuve sur un point donné s'appuie sur une preuve plus convaincante que celle sur laquelle s'appuie l'autre partie. En résumé, vous devez décider si l'existence du fait contesté est plus probable qu'improbable.

[29] While the trial judge was understandably reticent to stray from the *Lifchus* framework, these appear to be acceptable clarifications in response to the jury's question. Even though it would have been preferable for the judge to provide clarifications to the jury, if she chose not to provide any, it was imperative to leave the door open for the jury to come back with further, more precise, questions should it remain unclear on the concept of reasonable doubt.

[29] Bien que la réticence de la juge du procès à s'écarter du cadre proposé dans *Lifchus* soit compréhensible, ces explications paraissent constituer des éclaircissements acceptables en réponse à la question posée par le jury. Il aurait été préférable que la juge fournisse des éclaircissements au jury; si elle décidait de ne pas le faire, elle devait impérativement laisser au jury la possibilité de revenir poser d'autres questions, plus précises, si la notion de doute raisonnable demeurait obscure pour lui.

[30] The error in this case arose with how the judge ended her recharge. There were two problems with what she said after repeating her reasonable doubt instruction. The first was the judge's statement that every attempt to explain the words "reasonable doubt" leads to more confusion as opposed to clarity. The second was that the judge said that there was very little that she could add to clarify reasonable doubt.

[30] En l'espèce, l'erreur tient à la façon dont la juge a clos la reprise de son exposé. Ce qu'elle a dit après avoir répété ses directives concernant la notion de doute raisonnable posait deux problèmes. Premièrement, elle a affirmé que toute tentative d'explication des mots « doute raisonnable » sème davantage de confusion qu'elle n'éclaire sur cette notion. Deuxièmement, elle a dit qu'il y avait très peu de choses qu'elle pouvait ajouter pour clarifier la notion de doute raisonnable.

[31] Essentially, these comments imply that even though the jury appeared to have been confused, the judge could not assist them. The jury was sent back to deliberate without anything more to help them understand the concepts of balance of probabilities, absolute certainty and reasonable doubt. Exacerbating the problem was that the judge said there was "very little [she could] add to clarify", thereby implying that there was no reason for the jury to return with another question or to try to clarify more precisely what was causing the confusion.

[31] Essentiellement, ces propos impliquent que, même si les jurés semblaient embrouillés sur ce point, la juge ne pouvait leur venir en aide. Elle a renvoyé les jurés à leurs délibérations sans leur donner aucun autre élément susceptible de les aider à saisir les notions de prépondérance des probabilités, de certitude absolue et de doute raisonnable. La juge a exacerbé le problème en disant qu'il y avait [TRADUCTION] « très peu de choses [qu'elle pouvait] ajouter pour clarifier » la notion de doute raisonnable, laissant ainsi entendre qu'il n'y avait aucune raison que les jurés lui posent une nouvelle question ou qu'elle tente de préciser davantage ce qui causait la confusion.

[32] A verbatim reiteration of the initial charge would not have been fatal had the judge made it absolutely clear to the jury that it was welcome to return with further questions if jury members were still confused. But the jury was discouraged from doing so by the words the trial judge used.

[32] La répétition textuelle de l'exposé initial n'aurait pas été une erreur fatale si la juge avait indiqué très clairement au jury qu'il pouvait poser d'autres questions si les choses demeuraient confuses pour certains de ses membres. Mais les mots employés par la juge du procès ont découragé les jurés de le faire.

[33] The result is that the trial judge failed to provide a responsive answer to the jury's question and her final comments discouraged further questions on the standard of proof. This raises a concern that the verdict may not have been based on a proper understanding of the standard of proof and that there was therefore a miscarriage of justice.

[33] En définitive, la juge du procès n'a pas répondu de façon concrète à la question posée par le jury et ses observations finales ont découragé les jurés de poser d'autres questions sur la norme de preuve. Pour cette raison, il y a lieu de craindre que le verdict n'ait peut-être pas été basé sur une compréhension adéquate de la norme de preuve et qu'une erreur judiciaire ait en conséquence été commise.

[34] In dissent, Monnin J.A. cited authority for the proposition that there exists in a jury an "extrinsic common sense" that must not be understated. I agree. However, in my respectful opinion the common sense of the jury pertains to its determination of the guilt or innocence of the accused only after it understands the relevant law and specifically the criminal standard of proof. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, Dickson C.J. wrote, at p. 692:

[34] Le juge Monnin, dissident en Cour d'appel, a cité des décisions à l'appui de la thèse selon laquelle les jurys apportent un [TRADUCTION] « bon sens extrinsèque » qu'il ne faut pas sous-estimer. Je suis d'accord. À mon humble avis toutefois, ce bon sens existe à l'égard de la détermination par le jury de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, mais seulement après que celui-ci a compris les règles de droit applicables et plus particulièrement la norme de preuve en droit criminel. Dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, le juge en chef Dickson a écrit ce qui suit, à la p. 692 :

> The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. [Emphasis added.]

> Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. [Je souligne.]

[35] It cannot be assumed that the jury's common sense can be relied upon when it comes to legal concepts such as the standard of proof. As explained by Cory J. in *Lifchus*, at para. 22:

[35] On ne saurait présumer qu'il est possible de s'en remettre au bon sens du jury à l'égard de notions juridiques telles que la norme de preuve. Comme l'a expliqué le juge Cory dans *Lifchus*, au par. 22 :

> The phrase "beyond a reasonable doubt", is composed of words which are commonly used in everyday speech. Yet, these words have a specific meaning in the legal context. This special meaning of the words "reasonable doubt" may not correspond precisely to the

> L'expression « hors de tout doute raisonnable » est composée de mots qui sont utilisés couramment dans la langue de tous les jours. Cependant, ces mots ont un sens précis dans le contexte juridique. Il est possible que ce sens spécial des mots « doute raisonnable » ne

meaning ordinarily attributed to them. . . . An explanation of the meaning of proof beyond a reasonable doubt is an essential element of the instructions that must be given to a jury. That a definition is necessary can be readily deduced from the frequency with which juries ask for guidance with regard to its meaning.

corresponde pas exactement au sens qui leur est donné ordinairement. [. . .] Une explication du sens de l'expression « preuve hors de tout doute raisonnable » est un élément essentiel des directives qui doivent être données au jury. La fréquence avec laquelle les jurys demandent des éclaircissements quant au sens de cette expression permet aisément de conclure à la nécessité d'une telle définition.

[36] Monnin J.A. was concerned that, because the definition of reasonable doubt is complex, any further definition would have led the trial judge into error and confused the jury. His concern is valid. However, that concern does not alleviate the need to provide a careful and responsive answer to the jury's question.

[36] Le juge Monnin craignait que, vu la complexité de la définition de doute raisonnable, toute définition supplémentaire aurait amené la juge du procès à commettre une erreur et aurait embrouillé le jury. L'inquiétude du juge Monnin est valable. Mais elle n'écarte pas le besoin de répondre de façon rigoureuse et concrète à la question posée par le jury.

[37] Monnin J.A. was also of the view that it was open to the jury to return if a need for further clarification arose. The fact that the jury did not do so indicated to him that the answer which they received was sufficient for them to reach a verdict. For the reasons I have given, I am of the respectful opinion that the trial judge discouraged the jury from returning for further clarification. I cannot infer from the fact that the jury did not ask further questions that their confusion was clarified.

[37] Le juge Monnin était également d'avis qu'il était loisible au jury de redemander au besoin des éclaircissements supplémentaires. Le fait que les jurés ne se soient pas prévalus de cette possibilité indiquait au juge Monnin que la réponse qu'ils avaient reçue était suffisante pour leur permettre d'arriver à un verdict. Pour les motifs qui précèdent, j'estime pour ma part que la juge du procès a découragé le jury de redemander d'autres éclaircissements. Je ne peux déduire de l'absence de questions supplémentaires de la part du jury que la confusion avait été dissipée.

[38] For these reasons I would dismiss this appeal.

[38] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The reasons of McLachlin C.J. and Cromwell J. were delivered by

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Cromwell rendus par

CROMWELL J. (dissenting) —

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

I. Introduction

[39] There is no dispute that the trial judge's instructions to the jury, including her answer to their question, correctly set out the relevant legal principles. What is disputed, however, is whether, as the majority of the Court of Appeal found, the trial judge erred in law when she answered the jury's question by repeating the instructions she gave during the main charge. In the majority's

[39] Personne ne conteste que, dans ses directives aux jurés, y compris dans sa réponse à leur question, la juge du procès a exposé correctement les principes juridiques applicables. Ce sur quoi porte le débat en l'espèce, c'est la question de savoir si, comme a conclu la majorité de la Cour d'appel, la juge a commis une erreur de droit lorsqu'elle a répondu à la question du jury en répétant les directives qu'elle

view, it was reasonably likely that, as a result of the judge's failure to elaborate on her original charge, the jury was left under a misapprehension about the meaning of reasonable doubt (2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143, at para. 31). I respectfully disagree with this conclusion.

avait données dans son exposé principal. Les juges de la majorité estiment qu'il était raisonnablement probable que, par suite du défaut de la juge d'expliciter son exposé initial, le jury n'avait toujours pas compris la signification de la notion de doute raisonnable (2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143, par. 31). Avec égards pour l'opinion contraire, je ne peux souscrire à cette conclusion.

II. Appellate Review of the Jury Charge

[40] In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred by failing to take a functional and practical approach to its review of the trial judge's charge and recharge. When examining a trial judge's instructions to a jury, the reviewing court must focus on "the general sense which the words used have likely conveyed to the jury . . . . The standard that a trial judge's instructions are to be held to is not perfection. The accused is entitled to a properly instructed jury, not a perfectly instructed jury . . . . It is the overall effect of the charge that matters": *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 31. The reviewing court must not be distracted from the key question on appeal. That question is not whether the judge's directions could have been better. In this case, the question is whether the charge and recharge, taken as a whole, give rise to a reasonable likelihood that the jury did not understand the legal requirement that the Crown must prove guilt beyond a reasonable doubt: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 41.

[41] Of course, questions from the jury must be answered fully and properly to the extent possible: see, for example, *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at pp. 528-31. But the focus on appeal remains on whether the jury was left with an erroneous view of the law. In *S. (W.D.)*, the majority of this Court found that the recharge in that case contained a legal error and that its effects were not cured by the correct instructions previously given during the main charge. It is important to remember, however, that the case turned on legally erroneous instructions,

II. Examen en appel de l'exposé au jury

[40] À mon avis, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en n'adoptant pas une approche fonctionnelle et pratique lors de leur examen de l'exposé de la juge du procès, et de la reprise de celui-ci par cette dernière. Le tribunal de révision chargé d'examiner les directives données par le juge du procès au jury doit s'attacher au « message général qui a vraisemblablement été transmis au jury par les termes utilisés [. . .] Le juge du procès n'est pas tenu à la perfection dans la formulation de ses directives. L'accusé a droit à un jury qui a reçu des directives appropriées, et non des directives parfaites [. . .] C'est l'effet global de l'exposé qui compte » : *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 31. Le tribunal de révision ne doit pas se laisser distraire de la question fondamentale visée par un tel appel, et cette question n'est pas de savoir si les directives du juge auraient pu être meilleures. En l'espèce, il s'agit de décider si, considérés dans leur ensemble, l'exposé et la reprise de celui-ci font naître une probabilité raisonnable que le jury n'ait pas compris que, en droit, le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 41.

[41] Certes, le juge doit dans la mesure du possible apporter une réponse complète et correcte aux questions du jury (voir, par exemple, *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 528-531). Mais la question fondamentale en appel demeure avant tout celle de savoir si une interprétation erronée du droit applicable a été présentée au jury. Ainsi, dans *S. (W.D.)*, les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que la reprise de l'exposé dans cette affaire contenait une erreur de droit dont l'effet n'était pas contré par les directives correctes données auparavant dans

not on the trial judge's failure to be as helpful as possible.

l'exposé principal. Il est toutefois important de se rappeler que ce pourvoi portait sur des directives juridiques erronées, et non sur l'omission du juge du procès de fournir toute l'aide qu'il aurait pu apporter.

III. Analysis

III. Analyse

[42] The issue in this case is not whether the judge misstated any legal principle. She did not. The issue boils down to whether, as the Court of Appeal held, there is a reasonable likelihood that, given the jury's question, one should conclude that the judge's instructions, while legally correct, nonetheless failed to communicate adequately to the jury the legal meaning of proof beyond reasonable doubt.

[42] En l'espèce, il ne s'agit pas de déterminer si la juge a mal énoncé un principe juridique. Elle ne l'a pas fait. Comme a statué la Cour d'appel, la question se résume à savoir si, compte tenu de la question du jury, il existe une probabilité raisonnable que, bien qu'exactes en droit, les directives de la juge n'aient pas malgré tout transmis adéquatement au jury le sens juridique de la notion de preuve hors de tout doute raisonnable.

[43] I part company with the reasons of the majority in the Court of Appeal on three points. In my respectful view, they read too much into the jury's question, they unduly focus on whether the jury understood proof on "balance of probabilities" rather than proof beyond a reasonable doubt and they wrongly fault the judge for discouraging the jury from posing further questions on this point.

[43] Je ne partage pas les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel sur trois points. À mon humble avis, ils attachent trop d'importance à la question posée par le jury, ils s'attardent indûment à la question de savoir si le jury a compris le sens de preuve selon la « prépondérance des probabilités » plutôt que celui de preuve hors de tout doute raisonnable et ils reprochent à tort à la juge d'avoir découragé le jury de poser d'autres questions à cet égard.

1. *The Jury's Question and the Jury's Problem*

1. *La question et le problème du jury*

[44] For ease of reference, the jury's question was: "Jury requests clarification on reasonable doubt section of charge to the jury. Particularly difference between absolute certainty and balance of probabilities. Page 15." The Court of Appeal's main concern was that this question showed that the jury "was struggling with the concept of reasonable doubt" (para. 29).

[44] Par souci de commodité, voici quelle était la question du jury : [TRADUCTION] « Le jury demande des éclaircissements sur la section de l'exposé au jury concernant le doute raisonnable. En particulier la différence entre la certitude absolue et la prépondérance des probabilités. Page 15. » La principale préoccupation de la Cour d'appel était que cette question montrait que le jury [TRADUCTION] « achoppait sur la notion de doute raisonnable » (par. 29).

[45] Respectfully, this is reading too much into the jury's question. Both the question itself and the positions of counsel at trial convince me that the jury's problem was with the term "balance of probabilities". I agree with the Court of Appeal that the judge's answer to the jury's question would not have

[45] Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime que la Cour d'appel a vu dans la question du jury plus que ce qu'elle disait. Tant la question elle-même que les positions défendues par les avocats au procès me convainquent que le problème du jury portait sur l'expression « prépondérance

assisted their understanding of this term. However, I conclude that there is no reason to think, on the basis of this question, that the jury failed to understand the requirement of proof beyond reasonable doubt.

des probabilités ». Tout comme la Cour d'appel, je suis d'avis que la réponse de la juge à la question n'aidait pas les jurés à comprendre cette expression. Cependant, je conclus qu'il n'y a aucune raison de croire, sur la base de cette question, que le jury n'a pas compris qu'une preuve hors de tout doute raisonnable était exigée.

[46] Consider first what the jury actually asked. They did not ask for assistance on the meaning of reasonable doubt. They asked for assistance with the reasonable doubt *section of the charge*. The question refers to p. 15 of the written instructions which the judge had provided to the jury. The text of the charge on that page deals mostly with placing reasonable doubt between proof on a balance of probabilities on the one hand, and proof to an absolute certainty on the other. The jury's question refers "particularly" to the difference between absolute certainty and reasonable doubt. I conclude that the jury wanted clarification of the difference between proof on the balance of probabilities and proof to the level of absolute certainty.

[46] Examinons d'abord la question que les jurés ont effectivement posée. Ils n'ont pas demandé à la juge du procès de les aider à comprendre le sens de la notion de doute raisonnable. Ils ont demandé son aide à l'égard de la *section de l'exposé* qui avait trait au doute raisonnable. La question renvoie à la p. 15 des directives écrites remises par la juge au jury. Le texte de l'exposé figurant sur cette page traite principalement de la place du doute raisonnable entre, d'un côté, la preuve selon la prépondérance des probabilités et, de l'autre, la preuve suivant la certitude absolue. La question du jury demande « en particulier » la différence entre la certitude absolue et le doute raisonnable. Je conclus que le jury voulait des éclaircissements sur la différence entre la preuve selon la prépondérance des probabilités et la preuve correspondant à la certitude absolue.

[47] This was the impression of counsel and the judge at trial, as revealed by their discussion of the question. In my view, their inference to this effect is a fair one. Even the majority judgment in the Court of Appeal acknowledged this at one point in its reasons, stating at para. 25 that "[i]t was clear the jury needed assistance about the difference between 'absolute certainty' and 'balance of probabilities'." This, respectfully, is quite a different problem from the one which preoccupied the Court of Appeal that the "jury was struggling with the concept of reasonable doubt" (para. 29).

[47] C'est l'impression qu'ont eue les avocats ainsi que la juge du procès, comme en témoigne leur discussion sur la question. À mon avis, leur conclusion en ce sens est juste. Même les juges majoritaires de la Cour d'appel le reconnaissent dans leurs motifs, au par. 25, affirmant qu'[TRADUCTION] « [i]l était clair que les jurés avaient besoin qu'on les aide à comprendre la différence entre la "certitude absolue" et la "prépondérance des probabilités". » À mon humble avis, il s'agit là d'un problème très différent de la préoccupation de la Cour d'appel selon laquelle [TRADUCTION] « le jury achoppait sur la notion de doute raisonnable » (par. 29).

[48] There is little basis for concluding that the jury did not understand the term "absolute certainty". Their question focussed on the difference between this concept, which seems quite straightforward, and the less familiar, legal concept of the balance of probabilities (A.R., at pp. 149-56).

[48] Il y a peu d'éléments permettant de conclure que les jurés n'ont pas compris l'expression « certitude absolue ». Leur question visait la différence entre cette notion, qui semble assez simple, et la notion juridique moins familière de prépondérance des probabilités (d.a., p. 149-156).

[49] The jury's question, in my view, as well as in the view of the trial counsel and the trial judge, likely reflected its lack of clarity about what the "balance of probabilities" means, not that they were "struggling with the concept of reasonable doubt". The issue on appeal, however, is not whether the jury understood what the "balance of probabilities" means, but whether, on reviewing the charge as a whole, there is any reasonable likelihood that the jury did not understand what was meant by reasonable doubt.

[49] À mon avis, ainsi que de l'avis des avocats présents au procès et de la juge qui présidait celui-ci, la question des jurés indique sans doute que la notion de « prépondérance des probabilités » n'était pas claire à leurs yeux et non que le jury [TRADUCTION] « achoppait sur la notion de doute raisonnable ». Toutefois, la question qui se pose en appel n'est pas de savoir si les jurés ont compris la signification de « prépondérance des probabilités », mais si, compte tenu de l'ensemble de l'exposé, il existe une probabilité raisonnable que les jurés n'aient pas compris le sens de l'expression « doute raisonnable ».

[50] It was not essential for the jury to understand the balance of probabilities in order to apply the reasonable doubt standard properly. Instructions comparing and contrasting reasonable doubt with the balance of probabilities and absolute certainty were mandated by this Court in *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144. It is worth remembering why. The purpose was to make it clear to the jury that the Crown is required to do more than prove the accused's guilt on a balance of probabilities and that proof beyond reasonable doubt is closer to absolute certainty. As Iacobucci J. put it at para. 242:

[50] Il n'était pas essentiel que les jurés comprennent la notion de prépondérance des probabilités pour appliquer correctement la norme du doute raisonnable. Dans *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, notre Cour a exigé que les directives comparent et différencient la notion de doute raisonnable et celles de prépondérance des probabilités et de certitude absolue. Il convient de rappeler la raison d'être de cette exigence. L'objectif était d'indiquer clairement aux jurés que le ministère public avait l'obligation de démontrer la culpabilité de l'appelant selon une norme plus élevée que la prépondérance des probabilités, et que la preuve hors de tout doute raisonnable se rapproche davantage de la certitude absolue. Pour reprendre les propos du juge Iacobucci, au par. 242 :

> . . . an effective way to define the reasonable doubt standard for a jury is to explain that it falls much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities. As stated in *Lifchus*, a trial judge is required to explain that something less than absolute certainty is required, and that something more than probable guilt is required, in order for the jury to convict. Both of these alternative standards are fairly and easily comprehensible.

> . . . une manière efficace de définir la norme du doute raisonnable à un jury consiste à expliquer qu'elle se rapproche davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Comme l'arrêt *Lifchus* l'a précisé, le juge du procès est tenu d'expliquer qu'il faut moins que la certitude absolue et plus que la culpabilité probable pour que le jury prononce une déclaration de culpabilité. Ces deux normes subsidiaires se comprennent assez facilement.

[51] As mentioned, the jury's question did not reflect any difficulty with the every-day concept of absolute certainty. The focus of concern, therefore, is whether the jury misunderstood the term "balance of probabilities". Specifically, the question is whether there is any reasonable likelihood that they failed to appreciate the point that this part of the charge was intended by the Court

[51] Comme je l'ai mentionné plus tôt, la question du jury ne traduisait pas une difficulté quelconque posée par la notion courante de certitude absolue. L'élément central du litige est par conséquent la question de savoir si les jurés ont mal compris l'expression « prépondérance des probabilités ». Plus particulièrement, il s'agit de déterminer s'il existe une probabilité raisonnable que les jurés

in *Starr* to explain: that proof beyond reasonable doubt requires that the Crown persuade the jury of more than that the accused is probably guilty. Respectfully, in my view, there is no such reasonable likelihood.

n'aient pas bien saisi l'aspect que, selon la Cour dans *Starr*, cette section de l'exposé est censée expliquer : la notion de preuve hors de tout doute raisonnable n'exige pas simplement que le ministère public convainque le jury que l'accusé est probablement coupable, mais elle requiert davantage. Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis qu'une telle probabilité raisonnable n'existe pas en l'espèce.

[52] In both the main charge and the recharge, the jury was told:

> It is not enough for you to believe that [the respondent] is probably or likely guilty. In those circumstances, you must find him not guilty because Crown counsel would have failed to satisfy you of his guilt beyond a reasonable doubt. Proof of probable or likely guilt is not proof of guilt beyond a reasonable doubt. [Emphasis added; A.R., at p. 115.]

[52] Tant dans son exposé principal que dans la reprise de son exposé, la juge a dit ce qui suit au jury :

> [TRADUCTION] Même si vous croyez que [l'intimé] est probablement ou vraisemblablement coupable, cela n'est pas suffisant. Dans un tel cas, vous devez le déclarer non coupable, parce que le ministère public n'a pas réussi à vous convaincre de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Une preuve de culpabilité probable ou vraisemblable ne constitue pas une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable. [Je souligne; d.a., p. 115.]

There is, in my view, no reason to think that the jury did not understand the expressions "probably or likely guilty" or "probable or likely guilt". In fact, the majority of the Court of Appeal shared this view. It suggested that a proper answer to the jury's question could have simply advised the jury that the reference to "balance of probabilities" in the charge means the same as "probably or likely guilty" or "probable guilt". This proposed answer would only have been helpful if the jury understood the concepts of probably or likely guilty or probable guilt, which, of course, had already been used in the judge's instructions. The Court of Appeal's proposed additional instructions therefore assume that the jury understood the terms "probably" or "likely guilty" and "probable guilt".

À mon avis, il n'y a aucune raison de penser que les jurés n'ont pas compris les expressions « probablement ou vraisemblablement coupable » ou « culpabilité probable ou vraisemblable ». En fait, c'était l'avis que partageaient les juges majoritaires de la Cour d'appel. Selon eux, la juge aurait pu répondre adéquatement au jury en lui disant simplement que l'expression « prépondérance des probabilités » utilisée dans l'exposé équivaut à « probablement ou vraisemblablement coupable » ou à « culpabilité probable ». La réponse proposée n'aurait été utile que si le jury comprenait les notions visées par ces expressions, lesquelles avaient évidemment déjà été utilisées dans les directives de la juge. Dans la directive additionnelle qu'elle suggère, la Cour d'appel suppose donc que les jurés comprenaient les expressions « probablement » ou « vraisemblablement coupable » et « culpabilité probable ».

[53] Respectfully, this proposed answer shows that the majority of the Court of Appeal lost sight of the critical question on appeal. It was not necessary for the jury to understand what "balance of probabilities" means. What was critical, as underlined in *Starr*, was that they understand the concept

[53] En toute déférence, la réponse proposée montre que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont perdu de vue la question fondamentale qui se pose en appel. Il n'était pas nécessaire que les jurés comprennent le sens de « prépondérance des probabilités ». Comme il est souligné dans *Starr*,

that proof beyond reasonable doubt requires more than proof of probable or likely guilt. The Court of Appeal took it as a given that these terms were understood by the jury; otherwise, there would have been no point in using them, as the Court of Appeal suggested the trial judge should have done, to explain the term "balance of probabilities".

ce qui importait c'était qu'ils comprennent que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable. La Cour d'appel a tenu pour acquis que le jury comprenait ces termes; autrement, il aurait été inutile de les utiliser pour expliquer l'expression « prépondérance des probabilités », comme la juge du procès aurait dû le faire selon la Cour d'appel.

[54] I conclude that, in the context of this charge and recharge, there is no reasonable likelihood that the judge's failure to explain the term "balance of probabilities" had any impact on the jury's understanding of the critical point that proof beyond reasonable doubt requires more than proof that the accused was probably or likely guilty. Similarly, I cannot conclude that the judge's failure to link those terms to the expression "proof on a balance of probabilities", as the Court of Appeal suggested she could have done, gives rise to any likelihood that the jury misunderstood this critical point.

[54] Je conclus que, dans le contexte de l'exposé et de la reprise de celui-ci, il n'existe pas de probabilité raisonnable que l'omission de la juge d'expliquer l'expression « prépondérance des probabilités » ait eu quelque incidence que ce soit sur la compréhension qu'avaient les jurés du point crucial que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable. De même, je ne puis conclure que l'omission de la juge de faire le lien entre ces expressions et la « preuve selon la prépondérance des probabilités » — lien qu'elle aurait pu faire selon la Cour d'appel — tend à indiquer qu'il est vraisemblable que le jury ait mal compris ce point crucial.

2. *The Focus Should Be on Reasonable Doubt*

2. *L'accent devrait être mis sur la notion de doute raisonnable*

[55] My second difficulty with the Court of Appeal's approach is related to the first. In my view, the Court of Appeal erred by focussing on the judge's failure to explain the "balance of probabilities" and "absolute certainty" rather than on whether the instructions, read as a whole, left the jury with a misunderstanding of what the law means by "reasonable doubt".

[55] Le deuxième problème que pose selon moi l'approche de la Cour d'appel est lié au premier. À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en s'attachant à l'omission de la juge d'expliquer la « prépondérance des probabilités » et la « certitude absolue » plutôt qu'à la question de savoir si, eu égard à l'ensemble des directives, le jury a mal compris ce qu'on entend en droit par « doute raisonnable ».

[56] As I have noted, the comparison of reasonable doubt with the other two standards was mandated by this Court as an additional alternative way of explaining reasonable doubt. Contrasting reasonable doubt with proof on the balance of probabilities and proof to an absolute certainty should help the jury because these standards, the Court thought, were "fairly and easily comprehensible". This instruction was not added to open up new

[56] Comme je l'ai indiqué, notre Cour a exigé que les juges comparent le doute raisonnable avec les deux autres normes pour expliquer différemment la notion de doute raisonnable. Le fait de différencier la notion de doute raisonnable et celles de preuve selon la prépondérance des probabilités et de preuve selon la certitude absolue devrait aider le jury, étant donné que, de l'avis de la Cour, ces normes « se comprennent assez facilement ». Cette

opportunities to dissect jury instructions on peripheral points.

[57] This jury was correctly told that reasonable doubt is not a frivolous or far-fetched doubt or a doubt based on sympathy or prejudice. They were told that it was a doubt about an essential element of the offence based on reason and common sense that logically arises from the evidence or lack of evidence or absence of reliable evidence. They were told that they should convict only if they were sure the accused was guilty. These were correct and readily understandable instructions about reasonable doubt. It appears that the instructions which placed reasonable doubt on a spectrum of degrees of certainty may not have assisted this jury. This should not, however, lead to the conclusion that they also failed to grasp the other explanations of the term included in the charge and recharge. This is particularly so in this case where, as the Court of Appeal assumed, there was no question that the jury understood the very important point that proof beyond a reasonable doubt requires more than proof of probable or likely guilt.

3. *The Judge's Answer to the Jury's Question*

[58] I also part company with the Court of Appeal's finding that the judge erred in her answer because she did not attempt a new explanation in different words of what "balance of probabilities" and "absolute certainty" mean. There are three brief points to be made.

[59] The first is that, while an answer to a jury's question should be as complete and accurate as possible, the completeness and accuracy of the answer must be assessed in the context of the law concerning the particular question posed. The context here rightly gave rise to the concern that more harm than good was likely to come of a quickly cobbled-together attempt to improve on the carefully crafted instructions already given.

directive n'a pas été ajoutée pour ouvrir la porte à de nouvelles possibilités de disséquer les directives données au jury sur des points secondaires.

[57] La juge a à bon droit dit aux jurés que le doute raisonnable n'est pas un doute frivole ou tiré par les cheveux, ni un doute qui repose sur la sympathie ou un préjugé. Elle leur a dit qu'il devait porter sur un élément essentiel de l'infraction, reposer sur la raison et le bon sens et découler logiquement de la preuve, de l'absence de preuve ou de l'absence de preuve fiable. Elle a ajouté qu'ils ne devaient déclarer l'accusé coupable que s'ils étaient sûrs de sa culpabilité. Ces directives au sujet du doute raisonnable étaient correctes et faciles à comprendre. Il semble que la directive qui situait le doute raisonnable sur une échelle de degrés de certitude n'ait pas aidé le jury. Ce constat ne devrait toutefois pas mener à la conclusion que les jurés n'ont pas saisi les autres explications concernant cette expression que renfermaient l'exposé et sa reprise, d'autant plus qu'en l'espèce il ne faisait aucun doute, comme l'a supposé la Cour d'appel, que le jury avait compris le point crucial que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve de la culpabilité probable ou vraisemblable de l'accusé.

3. *La réponse de la juge à la question du jury*

[58] Je ne partage pas non plus la conclusion de la Cour d'appel que la juge a donné une réponse erronée parce qu'elle n'a pas essayé d'expliquer dans des mots différents la « prépondérance des probabilités » et la « certitude absolue ». Il convient de préciser brièvement trois points.

[59] Premièrement, bien que la réponse donnée à une question du jury doive être aussi complète et exacte que possible, il faut évaluer le caractère complet et exact de la réponse dans le contexte des règles de droit relatives à la question posée. En l'espèce, en raison du contexte, on a à juste titre estimé qu'on risquait de faire plus de tort que de bien en improvisant une amélioration des directives soigneusement rédigées qui avaient déjà été données au jury.

[60] The legal landscape around this jury's question is important to bear in mind. Hundreds of criminal jury trials have had to be redone because of errors in the judge's charge on reasonable doubt. The courts in Canada struggled for years with how reasonable doubt should be explained to a jury. The judicial history of *R. v. Brydon* (1995), 37 C.R. (4th) 1 (B.C.C.A.), rev'd [1995] 4 S.C.R. 253, and the line of cases in this Court following *Lifchus* give the flavour of these difficulties. Charges that had been widely used for years were found to contain reversible errors. The case law has developed a long list of "do's" and "don'ts", each of which may constitute reversible error. By way of illustration, the judgments of this Court teach that trial judges must not define reasonable doubt as an ordinary concept or equate it to a moral certainty or qualify the word "doubt" with anything other than the word "reasonable" or use specific examples that may cause the jury to ascribe an everyday meaning as opposed to a legal one to the term: see *Lifchus*; *Starr*; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306. The complexity of the area is underscored by the fact that, in this Court, a rehearing was held in *Lifchus* which resulted in changes in the instruction proposed in the reasons released initially: see footnote at p. 320. The legal landscape in this area resembles a battlefield on which many verdicts have been casualties. The possibility of reversible error in this part of the jury charge is great.

[60] Il est important de garder à l'esprit le paysage juridique dans lequel se situe la question du jury. Des centaines de procès criminels avec jury ont dû être repris en raison d'erreurs dans l'exposé du juge sur le doute raisonnable. Pendant des années, les tribunaux canadiens se sont efforcés, non sans difficulté, de trouver la bonne façon d'expliquer cette notion à un jury. L'historique judiciaire de *R. c. Brydon* (1995), 37 C.R. (4th) 1 (C.A.C.-B.), inf. par [1995] 4 R.C.S. 253, et les décisions rendues par notre Cour après l'arrêt *Lifchus* donnent un aperçu des difficultés rencontrées. La Cour a jugé que des exposés, qui avaient par ailleurs été largement utilisés au fil des ans, contenaient des erreurs justifiant l'annulation de la décision. La jurisprudence a élaboré une longue liste de choses « à faire » et « à ne pas faire », chacune d'entre elles pouvant constituer une erreur justifiant l'infirmation de la décision. Par exemple, les arrêts de notre Cour nous enseignent que les juges présidant les procès ne doivent pas définir le doute raisonnable comme une notion ordinaire ou l'assimiler à la certitude morale, ou encore qualifier le mot « doute » avec autre chose que l'adjectif « raisonnable » ou utiliser des exemples précis qui pourraient amener le jury à attribuer à ce terme un sens courant, par opposition à un sens juridique : voir *Lifchus*; *Starr*; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306. Pour illustrer la complexité de la question, mentionnons que notre Cour a dû, à la suite de la nouvelle audition tenue dans l'affaire *Lifchus*, modifier les directives qu'elle avait proposées dans ses motifs initiaux : voir la note au bas de la p. 320. Le paysage juridique dans lequel se situe cette question ressemble à un champ de bataille où de nombreux verdicts sont tombés. La possibilité que survienne, dans cette partie de l'exposé du juge au jury, une erreur susceptible d'entraîner l'annulation de la décision est élevée.

[61] This was well understood by the trial judge. Of course, the complexity or subtlety of the law does not justify a trial judge's simply repeating to the jury what is found in the precedents and model charges when faced with the jury's clear need for additional explanation. Model charges, no matter how carefully prepared, are merely suggestions which must be tailored to meet the needs of particular cases and particular juries. However, a court

[61] La juge du procès l'a bien compris. Il va de soi que la complexité ou la subtilité d'une règle de droit ne justifie pas que le juge du procès se contente de répéter au jury l'exposé que l'on trouve dans les précédents jurisprudentiels et dans les exposés types lorsqu'il est clair que le jury a besoin d'explications supplémentaires. Peu importe le soin apporté à leur préparation, les exposés types ne sont que de simples guides qu'il faut adapter

reviewing a judge's answer to the jury's question should take a practical view of the risks and benefits of the trial judge's doing what it is asserted, after the fact, the trial judge ought to have done. In this case, my view is that the judge's reluctance to depart on this subject from the well-established language approved by the voluminous case law was entirely justified: not only were the risks of attempting some further explanation significant, but also the potential for its appreciably helping the jury was meagre.

pour répondre aux besoins d'une affaire donnée et du jury en cause. Toutefois, le tribunal appelé à revoir la réponse qu'un juge a donnée à un jury devrait adopter un point de vue pratique à l'égard des risques et des avantages de la solution que, affirme-t-on a posteriori, le juge du procès aurait dû adopter. En l'espèce, je suis d'avis que la réticence de la juge à s'écarter d'une formulation bien établie et approuvée par une abondante jurisprudence était entièrement justifiée: non seulement les risques d'une tentative de fournir des explications supplémentaires étaient-ils élevés, mais en outre les chances que ces explications aident le jury de façon appréciable étaient minces.

[62] The reality of this point is underlined by the suggestions made by counsel at trial as to how the judge should respond to the jury's question. Both counsel agreed that the judge should not start from scratch. Crown counsel, with apparent approval of the defence, suggested that what was needed was a re-reading of the main charge "with inflection" (A.R., at p. 155). Both counsel thought the difficulty was with the term "balance of probabilities", but they had little in the way of suggestions as to how to explain it.

[62] La réalité de cette situation ressort d'ailleurs des suggestions faites par les avocats au procès sur la façon dont la juge devait répondre à la question du jury. En effet, les deux avocats ont convenu que la juge ne devait pas reprendre entièrement son explication. Visiblement avec l'approbation de l'avocat de la défense, l'avocat du ministère public a dit que ce dont les jurés avaient besoin était de réécouter l'exposé principal, prononcé [TRADUCTION] « avec des inflexions » (d.a., p. 155). Les deux avocats estimaient que l'expression « prépondérance des probabilités » était la source des difficultés, mais ils avaient peu de choses à proposer pour l'expliquer.

[63] The point is also made clear by the meagre improvements to the judge's charge proposed by the Court of Appeal. For the Court of Appeal, simply linking "balance of probabilities" to "probable or likely guilt" and saying that "absolute certainty" means to know something beyond the possibility of any doubt would have been adequate (paras. 26-27). My difficulty with this is that, realistically assessed, these additions would have contributed very modestly, if at all, to the jury's understanding of the critical concept of reasonable doubt. Requiring the trial judge to attempt to achieve these negligible improvements while under the very real and immediate pressure of responding to a jury's question opens up a very considerable risk of error in exchange for no real benefit.

[63] La difficulté de la situation ressort également des maigres améliorations proposées par la Cour d'appel à l'égard de l'exposé de la juge. Selon la Cour d'appel, il aurait suffi de faire le lien entre la « prépondérance des probabilités » et la « culpabilité probable ou vraisemblable » et de dire que le fait de savoir quelque chose avec une « certitude absolue » signifie le savoir sans qu'il soit possible d'avoir quelque doute que ce soit à cet égard (par. 26-27). La difficulté que pose cette solution selon moi est que, de façon réaliste, ces ajouts n'auraient contribué que très modestement, voire aucunement, à la compréhension de la notion cruciale de doute raisonnable. Exiger du juge du procès qu'il tente d'apporter ces améliorations négligeables, alors qu'il subit la pression réelle et immédiate de répondre à une question du jury, crée un risque très considérable d'erreur tout en n'apportant aucun avantage concret.

4. *The Trial Judge's Answer to the Jury's Question Reflected the State of the Law*

[64] I do not share the Court of Appeal's concern that, as a result of the judge's answer to the jury's question, they would have been "at least discouraged, if not dissuaded" from asking further questions (para. 24). While I agree with the principle that the judge should not discourage jury questions on points of difficulty, my view is that, on this topic, the judge's instructions were realistic.

[65] This point is reinforced by the difficulty trial counsel had in making any significant suggestions as to what the answer should contain and by the very modest suggestions made by the Court of Appeal. The judge said that she had to leave the jury with the instruction as she had repeated it because reasonable doubt defies precise interpretation, attempts to explain it further lead to more confusion than clarity and there was very little that she could add. In the context of the full and perfectly accurate instructions which she gave and repeated on reasonable doubt, my view is the judge's statements to the jury accurately reflected the state of the law. The trial judge's job in giving legal instructions to the jury is to help them to understand the law accurately, not to push its boundaries.

[66] It is also my view that the Court of Appeal's analysis overlooks one important aspect of the judge's answer to the question. The judge did not simply repeat the reasonable doubt instructions she had previously given. Her answer added a section that, in my view, correctly helped to refocus the jury on reasonable doubt. The judge told the jury that her obligation was to provide a direction on reasonable doubt and directed their attention to that concept in the instructions. This, in itself, was a useful response to the jury's question; it reminded them of what was critical to their deliberations.

4. *La réponse de la juge du procès à la question du jury reflétait l'état du droit*

[64] Je ne partage pas l'inquiétude de la Cour d'appel selon laquelle, en raison de la réponse de la juge, les jurés ont pu être [TRADUCTION] « à tout le moins découragés, sinon dissuadés » de poser d'autres questions (par. 24). Bien que je souscrive au principe que les juges ne devraient pas décourager les questions des jurés sur les points qu'ils trouvent obscurs, j'estime que les directives de la juge du procès à cet égard étaient réalistes.

[65] Ce point de vue est renforcé par la difficulté qu'ont eue les avocats présents au procès à faire des propositions utiles sur les éléments que la réponse devrait contenir et par les suggestions très modestes de la Cour d'appel. La juge a dit au jury qu'il devrait s'en remettre à la directive telle qu'elle l'avait répétée, parce que le doute raisonnable résiste à toute interprétation précise, parce que les tentatives d'explication ne réussissent qu'à semer davantage la confusion plutôt qu'à clarifier la signification de cette notion et parce qu'il y avait très peu de choses qu'elle pouvait ajouter. Comme il s'agit de directives sur le doute raisonnable complètes et tout à fait exactes, qui ont été dites et redites, j'estime que les déclarations de la juge au jury reflétaient fidèlement l'état du droit. Lorsque le juge du procès donne des directives juridiques au jurés, son rôle consiste alors à les aider à bien comprendre le droit, non à repousser les frontières de celui-ci.

[66] Je suis également d'avis que, dans son analyse, la Cour d'appel a négligé un des aspects importants de la réponse de la juge. Celle-ci ne s'est pas contentée de répéter les directives sur le doute raisonnable qu'elle avait déjà données. Sa réponse comportait une nouvelle section qui, selon moi, a concrètement aidé à ramener les jurés à se concentrer sur la question du doute raisonnable. La juge leur a dit qu'elle avait l'obligation de leur fournir des directives sur le doute raisonnable, et elle a attiré leur attention sur cette notion dans ses directives. En soi, cette remarque constituait une réponse utile à la question du jury; elle leur rappelait ce qui était important pour leurs délibérations.

5. *Conclusion*

[67] In my respectful view, the legally correct instructions given by the trial judge in both her charge and her response to the jury's question do not give rise to any reasonable likelihood that the jury misunderstood the meaning of proof beyond reasonable doubt.

IV. Disposition

[68] I would allow the appeal and restore the conviction entered by the jury.

Appeal dismissed, McLachlin C.J. *and* Cromwell J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Walsh & Company, Winnipeg.

5. *Conclusion*

[67] À mon avis, les directives correctes sur le plan juridique données par la juge du procès, tant dans son exposé que dans sa réponse à la question du jury, ne font pas naître une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris le sens de la notion de preuve hors de tout doute raisonnable.

IV. Dispositif

[68] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée par le jury.

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin *et le juge* Cromwell *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé : Walsh & Company, Winnipeg.