

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Suganthini Mayuran *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MAYURAN

2012 SCC 31

File No.: 34526.

2012: April 19; 2012: June 28.

Present: LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — Whether defence of provocation should have been put to jury — Whether objective element of provocation had an air of reality — Whether trial judge committing errors in instructions to jury — If so, whether curative proviso applicable.

The accused was convicted of second degree murder in the death of her sister-in-law who had been stabbed 45 times. Two members of the accused's family testified that the accused confessed to killing the victim because the victim had ridiculed her about her learning ability and her level of education. The accused denied having committed or having confessed to the murder, and offered an account of the day's events that conflicted with the rest of the family's testimony. The family's story was corroborated by an independent witness, by receipts and by cellular phone records. The accused's clothing was found in a bucket of bloody water in the bathroom, her blood was mixed with the blood of the victim on the blade of a knife said to be the murder weapon, her DNA was on the knife's handle, and cuts she suffered were said to be consistent with an injury caused while stabbing someone. On appeal, a majority of the Quebec Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial. In its view, the trial judge ought to have put the defence of provocation to the jury based on the accused's alleged confession to killing the victim because she had been ridiculed by her. The dissenting judge found that there was no air of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Suganthini Mayuran *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MAYURAN

2012 CSC 31

N^o du greffe : 34526.

2012 : 19 avril; 2012 : 28 juin.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'accusée pour meurtre au deuxième degré — Le moyen de défense de provocation aurait-il dû être soumis au jury? — L'élément objectif de la défense de provocation est-il établi de sorte que la défense est vraisemblable? — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs en instruisant le jury? — Si oui, la disposition réparatrice s'applique-t-elle?

L'accusée a été déclarée coupable du meurtre au deuxième degré de sa belle-sœur, poignardée à 45 reprises. Deux de ses proches ont témoigné que l'accusée avait admis avoir tué la victime parce que celle-ci l'avait ridiculisée au sujet de son aptitude à apprendre et de son degré d'instruction. L'accusée a nié avoir commis le meurtre et avoir admis en être l'auteur et a présenté une version des événements de la journée incompatible avec le témoignage des autres membres de la famille. Le récit de la famille a été corroboré par un témoin indépendant, par des reçus et par des registres de téléphone cellulaire. Des vêtements appartenant à l'accusée ont été trouvés dans un seau d'eau teintée de sang dans la salle de bain, son sang était mêlé à celui de la victime sur la lame d'un couteau qui aurait servi à commettre le meurtre, son ADN se trouvait sur le manche et, aux dires d'un expert, ses coupures à la main étaient compatibles avec une blessure causée par le geste de poignarder quelqu'un. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. À leur avis, la juge du procès aurait dû soumettre la défense de provocation au jury sur la base de l'aveu qu'aurait fait

reality to the defence of provocation on the facts of the case.

Held: The appeal should be allowed. The conviction is restored.

The defence of provocation requires that there be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control and that the accused act on that insult before there was time for her passion to cool. In order to satisfy the objective element of the defence, the evidence must be capable of giving rise to a reasonable doubt that an ordinary person in the accused's circumstances would be deprived of the power of self-control when hearing insults about his or her level of education. Based on the record, a properly instructed jury could not conclude that an ordinary person in the accused's circumstances would be deprived of self-control when "scolded" about her level of education to such a degree that she would stab the person 45 times in a responsive rage. It has no air of reality. As a result, there was no duty on the trial judge to instruct the jury on the defence of provocation.

The curative proviso can be applied in two situations: where the error is harmless or so minor that it could not have had any impact on the verdict; and where, even if the error is not minor, the evidence against the accused is so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain. The trial judge's instruction to the jury in this case contained several errors, but most were minor and could not possibly have affected the verdict. And while the trial judge's error on the use of the accused's confession was not harmless, the case against her was overwhelming. As a result, the curative proviso applies.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Tran*, 2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577, aff'd [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627; *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42; *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Morin*, [1988]

l'accusée d'avoir tué la victime parce que celle-ci l'avait ridiculisée. Le juge dissident a estimé que les faits de l'affaire ne rendaient pas vraisemblable la défense de provocation.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. La déclaration de culpabilité est rétablie.

La défense de provocation exige une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser et que l'accusée ait agi avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour qu'il soit satisfait au critère objectif du moyen de défense, la preuve doit pouvoir soulever un doute raisonnable quant au fait qu'une personne ordinaire placée dans la même situation que l'accusée aurait été privée du pouvoir de se maîtriser en entendant les insultes à propos de son niveau d'instruction. En se fondant sur le dossier de l'espèce, un jury ayant reçu des directives appropriées ne pouvait conclure qu'une personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances que l'accusée serait privée du pouvoir de se maîtriser pour avoir été « réprimandée » à propos de son degré d'instruction, au point qu'elle en viendrait à poignarder la personne à 45 reprises dans un accès de rage. Cela n'est pas vraisemblable. La juge du procès n'avait donc aucune obligation de donner des directives au jury concernant la défense de provocation.

La disposition réparatrice peut s'appliquer dans deux situations : lorsque l'erreur est inoffensive ou si mineure qu'elle n'a pu avoir aucune incidence sur le verdict; et lorsque, même si l'erreur n'est pas mineure, la preuve présentée contre l'accusé est à ce point accablante qu'il aurait été impossible de rendre un autre verdict. En l'espèce, les instructions de la juge du procès au jury contenaient plusieurs erreurs, mais la plupart étaient mineures et ne pouvaient avoir eu d'incidence sur le verdict. Si l'erreur commise par la juge du procès sur le poids à accorder à l'aveu fait par l'accusée n'était pas inoffensive, en revanche la cause contre l'accusée était accablante. Par conséquent, la disposition réparatrice s'applique.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Tran*, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577, conf. par [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627; *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42; *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. c. MacKenzie*, [1993]

2 S.C.R. 345; *R. v. Rojas*, 2008 SCC 56, [2008] 3 S.C.R. 111; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Rochon and Duval Hesler J.J.A.), 2011 QCCA 1823, [2011] J.Q. n° 13938 (QL), 2011 CarswellQue 10626, setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed.

Louis Bouthillier and Alexandre Boucher, for the appellant.

Martin Latour and Maude Pagé-Arpin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J.—Suganthini Mayuran (Suganthini) immigrated to Canada from Sri Lanka in 2004. She had married Mayuran Thangarajah (Mayuran) in an arranged marriage earlier that year. When she arrived in Canada, she moved into an apartment in Montréal with her husband, his father, his mother, his younger sister, his brother Manchutan and Manchutan's wife Dayani.

[2] On December 3, 2004, Suganthini was arrested for the murder of her sister-in-law Dayani. Dayani had been stabbed 45 times.

[3] The Crown's case at the jury trial was that Suganthini was alone in the apartment with Dayani at the time of death and therefore had the exclusive opportunity to commit the offence. The Crown relied on the testimony of the Thangarajah family to establish its case, supported by independent evidence corroborating their story and linking Suganthini to the murder.

1 R.C.S. 212; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Rojas*, 2008 CSC 56, [2008] 3 R.C.S. 111; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Rochon et Duval Hesler), 2011 QCCA 1823, [2011] J.Q. n° 13938 (QL), 2011 CarswellQue 10626, qui a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusée et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Louis Bouthillier et Alexandre Boucher, pour l'appelante.

Martin Latour et Maude Pagé-Arpin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Suganthini Mayuran (Suganthini) a immigré au Canada en provenance du Sri Lanka en 2004. Plus tôt la même année, elle avait épousé Mayuran Thangarajah (Mayuran) à la faveur d'un mariage arrangé. À son arrivée au Canada, elle a emménagé dans un appartement à Montréal avec son mari, son beau-père, sa belle-mère, la sœur cadette de son mari ainsi qu'avec Manchutan, le frère de ce dernier et Dayani, la femme de Manchutan.

[2] Le 3 décembre 2004, Suganthini a été arrêtée pour le meurtre de sa belle-sœur Dayani. Celle-ci avait été poignardée à 45 reprises.

[3] Selon la thèse que le ministère public a présentée lors du procès tenu devant jury, Suganthini se trouvait seule dans l'appartement avec Dayani au moment de la mort et a donc été la seule à pouvoir commettre l'infraction. Pour établir sa thèse, le ministère public s'est fondé sur le témoignage de la famille Thangarajah, appuyé par une preuve indépendante corroborant le récit de ses membres et liant Suganthini au meurtre.

[4] Various members of the family testified. Their collective evidence can be summarized as follows. Mayuran's father left to go to temple at 7:30 that morning, while Mayuran, his mother, and his brother went to the family-owned and operated convenience store in Laval. Mayuran's brother and mother shopped for supplies, leaving Mayuran in charge of the store. When they finished shopping, the brother was left at the store, while Mayuran and his mother returned to Montréal. The younger sister said that she left the apartment at 10 or 10:30 a.m. to attend a private class with a tutor, leaving only Suganthini and her sister-in-law Dayani in the apartment.

[5] Several pieces of evidence corroborated the family's story: a delivery person saw Mayuran's brother Manchutan in the family store at 10:30 a.m. and again at 11:30 a.m.; there were receipts confirming the shopping trip the mother and Mayuran's brother had taken, including a receipt from Loblaws in Laval shortly after 10 a.m.; and cellular phone records confirmed that the brother received a phone call in Laval at 10:52 a.m. All of these supported their account, which left Suganthini alone with her sister-in-law Dayani in the apartment until some time after 11:30 a.m.

[6] At around 11 or 11:30 a.m. on December 3, 2004, Suganthini called her father-in-law at the temple saying that a thief had entered the apartment and hurt Dayani. The father-in-law then called Dayani's husband, who was at the store. He also asked a member of the temple to contact the police, then returned home. When the father-in-law arrived at the apartment, he buzzed the intercom but received no answer. He then tried calling the house from a nearby store, but again got no answer. When a neighbour finally let him into the building, he entered the apartment and heard Suganthini crying in the locked master bedroom. She directed him to another bedroom where Dayani was lying on the floor. The father-in-law called 911. The police arrived before he finished his call.

[4] Plusieurs membres de la famille ont témoigné. Leur témoignage collectif peut se résumer comme suit. Le père de Mayuran est parti au temple à 7 h 30 le matin du meurtre, tandis que Mayuran, sa mère et son frère se sont rendus au dépanneur que possède la famille à Laval. Le frère et la mère de Mayuran sont allés faire des achats, laissant à Mayuran le soin de s'occuper du magasin. Une fois leurs achats terminés, le frère est resté au magasin, tandis que Mayuran et sa mère sont retournés à Montréal. Quant à la sœur cadette, elle a dit avoir quitté l'appartement à 10 h ou 10 h 30 pour se rendre à un cours particulier avec un tuteur, de sorte que Suganthini et sa belle-sœur Dayani étaient dès lors seules dans l'appartement.

[5] Divers éléments de preuve ont corroboré le récit de la famille : une livreuse a vu le frère de Mayuran, Manchutan, dans le magasin familial à 10 h 30 puis, de nouveau, à 11 h 30; des reçus ont confirmé les courses qu'avaient faites la mère et le frère de Mayuran, dont un reçu d'un magasin Loblaws à Laval attestant un achat peu après 10 h; et des registres de téléphone cellulaire confirmaient que le frère avait reçu un appel téléphonique à Laval à 10 h 52. Tous ces éléments étayaient leur récit, à savoir que Suganthini était restée seule avec sa belle-sœur Dayani dans l'appartement jusqu'aux environs de 11 h 30.

[6] Vers 11 h ou 11 h 30 le 3 décembre 2004, Suganthini a appelé son beau-père au temple, disant qu'un voleur était entré dans l'appartement et avait blessé Dayani. Le beau-père a alors appelé le mari de Dayani, qui se trouvait au magasin. Il a également demandé à un membre du temple de communiquer avec la police, puis il est retourné chez lui. À son arrivée à l'appartement, le beau-père a sonné à l'interphone, sans recevoir de réponse. Il a alors tenté d'appeler à la maison à partir d'un magasin voisin, mais là encore sans obtenir de réponse. Lorsqu'un voisin l'a finalement laissé entrer dans l'immeuble, il s'est rendu dans l'appartement et a entendu Suganthini pleurer dans la chambre principale qui était verrouillée. Elle lui a indiqué d'aller dans une autre chambre où Dayani gisait sur le plancher. Le beau-père a appelé le 911. La police est arrivée avant qu'il n'ait terminé son appel.

[7] Of particular relevance to this appeal, Suganthini's husband Mayuran and her mother-in-law testified that while Suganthini was in prison, she confessed to the murder in several telephone conversations with them. She told them she killed Dayani because Dayani had ridiculed her about her learning ability and her level of education. They said that a few phone calls later, however, Suganthini denied having killed Dayani. Her newer version was that she had been threatened by the real murderer, whose name she would not reveal.

[8] The police arrived at around noon. They found Suganthini crying and with a cut on her hand. She told them that the murder had been committed by a thief who had entered the ground floor apartment through the kitchen. Though the kitchen door was open, there were no tracks in the fresh snow leading to it. Some of Suganthini's clothing — a skirt and T-shirt — was found in a bucket of bloody water in the bathroom.

[9] Luc Simoncelli, a doctor who arrived on the scene slightly after noon, testified that the time of death was shortly before his arrival, though he acknowledged that the wounds could have been inflicted as much as two hours earlier.

[10] An autopsy found 45 stab wounds in Dayani's body. The pathologist, Dr. André Lauzon, testified that given their lack of depth, the wounds had likely been inflicted by a knife with a broken tip. A knife with a broken tip was in fact found at the scene, and François Julien, the DNA expert called by the Crown, testified that he found both Dayani's and Suganthini's blood on the blade of the knife. Only Suganthini's DNA was found on the handle. Dr. Lauzon also said that the cuts Suganthini received on her hand were consistent with an injury that could have been caused by stabbing someone.

[7] Un élément revêt une pertinence particulière dans le présent pourvoi : Mayuran, le mari de Suganthini, ainsi que la belle-mère de celle-ci ont affirmé durant leur témoignage que, au cours de plusieurs conversations téléphoniques qu'elle a eues avec eux pendant qu'elle était en prison, Suganthini avait admis être l'auteur du meurtre. Elle leur a dit qu'elle avait tué Dayani parce que celle-ci l'avait ridiculisée au sujet de son aptitude à apprendre et de son degré d'instruction. Ils ont dit que, quelques appels téléphoniques plus tard, Suganthini avait toutefois nié avoir tué Dayani. Selon sa dernière version, elle avait été menacée par le meurtrier véritable, dont elle n'avait pas voulu révéler le nom.

[8] Les policiers sont arrivés vers midi. Ils ont trouvé Suganthini qui pleurait et avait une coupure à la main. Elle leur a dit que le meurtre avait été commis par un voleur qui était entré au rez-de-chaussée en passant par la cuisine. La porte de la cuisine était ouverte, mais la neige fraîchement tombée ne portait aucune trace y conduisant. Des vêtements de Suganthini — une jupe et un tee-shirt — ont été trouvés dans un seau d'eau teintée de sang dans la salle de bain.

[9] Luc Simoncelli, un médecin qui est arrivé sur les lieux peu après midi, a estimé que le décès était survenu peu avant son arrivée, bien qu'il ait reconnu que les blessures auraient pu être infligées jusqu'à deux heures auparavant.

[10] L'autopsie a révélé que le corps de Dayani portait 45 coups de couteau. Selon le témoignage du D^r André Lauzon, pathologiste, puisqu'elles étaient peu profondes, les blessures avaient probablement été infligées par un couteau dont la pointe était brisée. Un tel couteau a de fait été trouvé sur les lieux et François Julien, l'expert en ADN du ministère public, a déclaré au procès avoir trouvé des traces du sang à la fois de Dayani et de Suganthini sur la lame du couteau en question. Seul l'ADN de Suganthini a été retrouvé sur le manche. Le D^r Lauzon a également dit que les coupures que Suganthini avait à la main étaient compatibles avec une blessure pouvant avoir été causée par le geste de poignarder quelqu'un.

[11] Suganthini's defence at trial was that she was not the person who killed Dayani. She testified that she woke up at 9 a.m. and saw the younger sister leaving the apartment before 9:30 a.m. At about 9:45 a.m., she said she heard her brother-in-law Manchutan and his wife Dayani arguing intensely. She went to their bedroom, where she said she saw Manchutan with a knife pointed towards Dayani. When she entered the bedroom, Manchutan looked at her and said: "Did you know that she has cheated on me? Did you know that the baby in her womb is -- the father of the child is Mayuran [Suganthini's husband]."

[12] Suganthini said that she tried to "snatch" the knife from him, which resulted in a cut to her hand. Manchutan pushed her out of the room, at which point she locked herself inside her mother-in-law's bedroom. She said that Manchutan later yelled at her through the door, telling her never to disclose the day's events, and to tell anyone who asked that a robber had broken into the house. After an indeterminate period, Suganthini left the bedroom, saw Dayani bleeding on the floor of her own bedroom and called her father-in-law.

[13] Suganthini denied having confessed to the murder in the prison telephone calls. She said that she had tried to tell her mother-in-law the truth about the argument she saw between Dayani and her husband, but her mother-in-law had hung up the phone. Her evidence about the bloody clothing was that she put it into the bucket because it had been soiled during menstruation overnight.

[14] Suganthini was convicted of second degree murder.

[15] On appeal, a majority in the Quebec Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial. In its view, the trial judge ought to have put the defence of provocation to the jury based on

[11] Au procès, Suganthini a fait valoir en défense que ce n'était pas elle qui avait tué Dayani. Elle a affirmé qu'elle s'était réveillée à 9 h et qu'elle avait vu la sœur cadette quitter l'appartement avant 9 h 30. Elle a dit avoir entendu, vers 9 h 45, son beau-frère Manchutan et sa femme Dayani se disputer avec vigueur. Elle est allée dans leur chambre, où elle dit avoir vu Manchutan qui pointait un couteau en direction de Dayani. Lorsqu'elle est entrée dans la chambre, Manchutan l'aurait regardée en lui disant : [TRADUCTION] « Savais-tu qu'elle m'a trompé? Savais-tu que le bébé dans son ventre est -- le père de l'enfant est Mayuran [le mari de Suganthini]. »

[12] Suganthini a dit qu'elle a essayé d'[TRADUCTION] « attraper » le couteau, ce qui explique qu'elle se soit coupée à la main. Manchutan l'aurait poussée hors de la chambre et elle se serait alors enfermée dans la chambre de sa belle-mère. Elle a raconté que Manchutan s'était ensuite mis à crier après elle à travers la porte, l'avertissant de ne jamais révéler ce qui s'était passé et de dire à tous ceux qui poseraient des questions qu'un voleur s'était introduit par effraction dans la maison. Après une période indéterminée, Suganthini serait sortie de la chambre, aurait vu Dayani gisant dans son sang sur le plancher de sa chambre à coucher et aurait ensuite appelé son beau-père.

[13] Suganthini a nié avoir admis être l'auteur du meurtre au cours de conversations téléphoniques qu'elle a eues en prison. Elle a raconté qu'elle avait essayé de dire la vérité à sa belle-mère à propos de la querelle à laquelle elle avait assisté entre Dayani et son mari Manchutan, mais que sa belle-mère avait raccroché. Au sujet des vêtements tachés de sang, elle a témoigné qu'elle les avait mis dans le seau parce qu'ils avaient été souillés la veille à cause de ses menstruations.

[14] Suganthini a été déclarée coupable de meurtre au deuxième degré.

[15] En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. À leur avis, la juge du procès aurait dû soumettre

the alleged telephone conversations from prison whereby Suganthini confessed to killing Dayani because she had been ridiculed by her.

[16] The Court of Appeal also identified four other errors in the jury instruction, but applied the curative proviso because these errors “could have had [no] impact on the verdict in light of the evidence”.

[17] In the dissent that gives rise to this “as of right” appeal, Rochon J.A. agreed with the application of the proviso, but found that there was no air of reality to the defence of provocation on the facts of this case. I agree with his conclusion.

Analysis

[18] The primary issue in this appeal is whether the Court of Appeal erred in concluding that there was a sufficient evidentiary foundation for the defence of provocation to have been put to the jury notwithstanding that it was not raised by the defence at trial.

[19] The defence of provocation is set out in s. 232 of the *Criminal Code*:

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

la défense de provocation au jury sur la base des conversations téléphoniques alléguées tenues en prison durant lesquelles Suganthini aurait admis avoir tué Dayani parce que celle-ci l’avait ridiculisée.

[16] La Cour d’appel a également relevé quatre autres erreurs dans les directives au jury, mais elle a appliqué la disposition réparatrice parce que ces erreurs [TRADUCTION] « ont pu n’avoir aucune incidence sur le verdict vu la preuve ».

[17] Dans la dissidence qui donne ouverture au présent appel de plein droit, le juge Rochon s’est dit d’accord pour appliquer la disposition réparatrice, mais il a estimé que les faits de l’affaire ne rendaient pas vraisemblable la défense de provocation. Je souscris à sa conclusion.

Analyse

[18] La principale question que pose le présent pourvoi est celle de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur en concluant que la défense de provocation reposait sur un fondement probant suffisant pour être soumise à l’appréciation du jury même si elle n’avait pas été invoquée par la défense lors du procès.

[19] La défense de provocation est prévue à l’art. 232 du *Code criminel* :

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l’a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l’application du présent article, si l’accusé a agi sous l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l’application du présent article, les questions de savoir :

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l’accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu’il allègue avoir reçue,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

[20] This Court has held that a defence should only be put to the jury if it has an “air of reality” (*R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 50). The air of reality test imposes two duties on the trial judge: to “put to the jury all defences that arise on the facts, whether or not they have been specifically raised by an accused”; and “to keep from the jury defences lacking an evidential foundation” (*Cinous*, at para. 51). Whether a defence arises on the evidence of the accused or of the Crown, the trial judge must put the defence to the jury if it has an air of reality (*Cinous*, at para. 53; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595).

[21] In determining whether a defence has an air of reality, there must be an examination into the sufficiency of the evidence. It is not enough for there to be “some evidence” supporting the defence (*Cinous*, at para. 83). The test is “whether there is (1) evidence (2) upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true” (*Cinous*, at para. 65). For defences that rely on indirect evidence or defences like provocation that include an objective reasonableness component, the trial judge must examine the “field of factual inferences” that can reasonably be drawn from the evidence (*Cinous*, at para. 91).

[22] The relationship between the air of reality and the defence of provocation was recently considered by this Court in *R. v. Tran*, [2010] 3 S.C.R. 350, where Charron J. explained that

[f]or the defence to succeed, the jury must have a reasonable doubt about whether each of the elements of provocation was present. This necessarily requires that there be a sufficient evidential basis in respect of each component of the defence before it is left to the jury:

son des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

[20] Notre Cour a statué qu'il n'y a lieu de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury que s'il est « vraisemblable » (*R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 50). Le critère de la vraisemblance exige du juge du procès qu'il satisfasse à une double exigence : qu'il « soumett[e] au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués d'après les faits, peu importe que l'accusé les ait expressément invoqués ou non »; et qu'il « soustrai[e] à l'appréciation du jury le moyen de défense qui est dépourvu de fondement probant » (*Cinous*, par. 51). Qu'un moyen de défense ressorte de la preuve de l'accusé ou de celle du ministère public, le juge du procès doit le soumettre au jury s'il est vraisemblable (*Cinous*, par. 53; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595).

[21] Pour déterminer si un moyen de défense est vraisemblable, il faut se demander si la preuve est suffisante. Il ne suffit pas qu'il existe « une preuve » étayant le moyen de défense (*Cinous*, par. 83). Il faut se demander « s'il existe (1) une preuve (2) qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquiescement, s'il y ajoutait foi » (*Cinous*, par. 65). S'agissant de moyens de défense qui se fondent sur une preuve indirecte ou de moyens — telle la provocation — qui ont une composante objective de raisonnabilité, le juge du procès doit examiner les « inférences de fait » qui peuvent raisonnablement être tirées au vu de la preuve (*Cinous*, par. 91).

[22] La question de la relation entre la vraisemblance et la défense de provocation a été examinée récemment par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Tran*, [2010] 3 R.C.S. 350, où la juge Charron a expliqué que

[l]e sort réservé au moyen de défense dépend de ce que les jurés auront ou non un doute raisonnable sur l'existence de chacun des éléments constitutifs de la provocation. Un fondement probant suffisant est donc requis à l'égard de chacun des volets du moyen de défense pour

the evidence must be reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence before there is an air of reality to the defence . . . [para. 41]

[23] There are two elements to the defence of provocation: an objective and a subjective one. The two components were described in *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37:

First, there must be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control as the objective element. Second, the subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was time for his passion to cool. [Emphasis deleted; para. 4.]

(See also *Tran*, at para. 23.)

The objective element of the defence requires that “(1) there must be a wrongful act or insult; and (2) the wrongful act or insult must be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control” (*Tran*, at para. 25).

[24] In order for the defence of provocation to have an air of reality in this case, the evidence must be capable of giving rise to a reasonable doubt that an ordinary person in Suganthini’s circumstances would be deprived of the power of self-control when hearing insults about his or her level of education. In my respectful opinion, that conclusion is simply untenable.

[25] The majority in the Court of Appeal found that the defence of provocation had an air of reality based on the alleged prison conversation in which Suganthini confessed that she killed Dayani because she had made fun of her. The fact that there were 45 stab wounds, the court concluded, supported the inference that the murder had “occurred in the heat of passion caused by sudden provocation”. But, the majority did not in any way address whether the objective element of the defence was met.

[26] This Court has repeatedly reinforced the importance of the objective element. As Dickson C.J.

que celui-ci puisse être soumis au jury : la vraisemblance exige que la preuve soit raisonnablement susceptible d’étayer les inférences nécessaires à l’application du moyen de défense . . . [par. 41]

[23] La défense de provocation comporte deux éléments : un, objectif, l’autre, subjectif. Les deux éléments sont ainsi décrits dans *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37 :

Premièrement, pour satisfaire à l’élément objectif, il faut établir qu’il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, l’élément subjectif exige la preuve que l’accusé a agi sous l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. [Soulignement omis; par. 4.]

(Voir aussi *Tran*, par. 23.)

L’élément objectif de la défense s’entend de deux exigences : « (1) il doit y avoir une action injuste ou une insulte et (2) l’action injuste ou l’insulte doit être suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser » (*Tran*, par. 25).

[24] Pour que la défense de provocation soit vraisemblable dans la présente affaire, la preuve doit pouvoir soulever un doute raisonnable quant au fait qu’une personne ordinaire placée dans la même situation que Suganthini aurait été privée du pouvoir de se maîtriser en entendant les insultes à propos de son niveau d’instruction. À mon humble avis, cette conclusion est tout simplement indéfendable.

[25] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que la défense de provocation était vraisemblable étant donné la conversation en prison au cours de laquelle Suganthini aurait admis avoir tué Dayani parce que celle-ci s’était moquée d’elle. Le fait qu’il y avait 45 plaies par arme blanche, a conclu la cour, permettait d’inférer que le meurtre s’était [TRADUCTION] « produit dans un accès de colère causé par une provocation soudaine ». Toutefois, les juges majoritaires n’ont aucunement examiné la question de savoir s’il avait été satisfait au critère objectif du moyen de défense.

[26] Notre Cour a souligné à maintes reprises l’importance de l’élément objectif. Comme l’a dit le

said in *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, “We seek to encourage conduct that complies with certain societal standards of reasonableness and responsibility. In doing this, the law quite logically employs the objective standard of the reasonable person” (pp. 324-25), whom he defined as someone having “a normal temperament and level of self-control”, and as not being “exceptionally excitable, pugnacious or in a state of drunkenness” (p. 331).

[27] Dickson C.J. acknowledged that “particular characteristics that are not peculiar or idiosyncratic can be ascribed to an ordinary person without subverting the logic of the objective test of provocation”, including features “such as sex, age, or race” (*Hill*, at p. 331; see also *Thibert*, at para. 14). But he emphasized that these characteristics are only relevant to the extent that they help determine how an *ordinary* person would react in the circumstances. As Charron J. warned in *Tran*:

Personal circumstances may be relevant to determining whether the accused was in fact provoked — the subjective element of the defence — but they do not shift the ordinary person standard to suit the individual accused. In other words, *there is an important distinction between contextualizing the objective standard, which is necessary and proper, and individualizing it, which only serves to defeat its purpose.* [Emphasis added; para. 35.]

[28] In arguing that provocation should have been put to the jury, the defence relied on evidence from Suganthini’s husband Mayuran about the prison conversation between him and Suganthini to support the air of reality to the defence:

A. . . . At that moment, we asked her what happened and she said that out of her anger, she did like that and then, far from myself, *I asked her why she did like that and she answered that she was learning more than me and I was very angry.* It was because

juge en chef Dickson dans *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, « [n]ous cherchons à encourager une conduite qui se conforme à certaines normes de la société en matière de responsabilité et d’actes raisonnables. Pour le faire, le droit emploie très logiquement la norme objective de la personne raisonnable » (p. 324-325), qu’il a définie comme une personne qui a « un tempérament et un niveau de maîtrise de soi normaux », et qui n’est pas « exceptionnellement excitable ou querelleuse, ni en état d’ivresse » (p. 331).

[27] Le juge en chef Dickson a reconnu que « des caractéristiques particulières qui ne sont pas spéciales ni une idiosyncrasie peuvent être attribuées à une personne ordinaire sans bouleverser la logique du critère objectif de la provocation », ce qui comprend des caractéristiques « comme le sexe, l’âge ou la race » (*Hill*, p. 331; voir aussi *Thibert*, par. 14). Mais il a souligné que ces caractéristiques ne sont pertinentes que dans la mesure où elles aident à déterminer la façon dont une personne *ordinaire* réagirait dans les circonstances. La juge Charron a fait la mise en garde suivante dans l’arrêt *Tran* :

La situation personnelle de l’accusé peut importer pour déterminer s’il y a eu provocation dans les faits — c’est l’élément subjectif du moyen de défense —, mais elle n’a pas pour effet de modifier la norme de la personne ordinaire pour qu’elle convienne à l’individu accusé. Autrement dit, *il existe une distinction importante entre la contextualisation de la norme objective, qui est nécessaire et opportune, et son individualisation, qui contrecarre son objectif même.* [Italiques ajoutés; par. 35.]

[28] En plaidant que la provocation aurait dû être une question soumise à l’appréciation du jury et pour étayer la vraisemblance de ce moyen de défense, la défense s’est fondée sur le témoignage du mari de Suganthini, Mayuran, à propos de la conversation en prison qu’il avait eue avec elle :

[TRADUCTION]

R. . . . À ce moment, nous lui avons demandé ce qui était arrivé et elle a dit que sous le coup de la colère, qu’elle l’a fait et alors, pour ma part, *je lui ai demandé pourquoi elle avait fait ça et elle a répondu qu’elle en apprenait plus que moi et j’étais très en*

of that, I did like that and after a while, the phone call, it was automatically there was a cut.

. . . .

A. [My mother] was the one who asked her what happened. I was there at that moment and she said what happened and at that moment, when we asked her, she said like that and she said that *she did like that because she was angry* and after she spoke, my mother, with her and I, myself, I asked her for my side, why she did like that and she answered the same way that she did like that.

. . . .

A. . . . I asked her . . . what happened, she told me in truth actually, I did it. Then, when I asked her why she did it, *she gave me a reason that she was telling her that she was more educated than me.*

Q. Who was telling that?

A. Suganthini told me that *she was sort of ridiculing her about her level of education.*

Q. Who was ridiculing her?

. . . .

A. Dayani.

. . . .

A. The moment when I spoke to her, I asked her why she did like that and she said that she was the one who did that and then *I asked her why and she said about the studies and it was because of that argument, she was angry and she said she did with a anger.* [Emphasis added.]

[29] The defence also pointed to the evidence from Suganthini's mother-in-law:

A. I asked her what happened, why did she do it.

Q. What did Suganthini answer?

colère. C'était à cause de ça, j'ai fait ça et après un certain temps, l'appel téléphonique a été automatiquement coupé.

. . . .

R. C'est [ma mère] qui lui a demandé ce qui était arrivé. J'étais là à ce moment et elle a dit ce qui était arrivé et à ce moment, quand nous lui avons demandé, elle a dit comme ça et elle a dit *qu'elle a fait ça parce qu'elle était fâchée* et après qu'elle a parlé, ma mère, avec elle et moi, moi-même, je lui ai demandé de mon côté pourquoi elle avait fait ça et elle a répondu de la même façon qu'elle avait fait ça.

. . . .

R. . . . Je lui ai demandé [. . .] ce qui était arrivé, elle m'a dit en vérité, je l'ai fait. Alors, quand je lui ai demandé pourquoi elle l'avait fait, *elle m'a expliqué que c'était parce qu'elle lui disait qu'elle était plus instruite que moi.*

Q. Qui disait cela?

R. Suganthini m'a dit *qu'elle l'avait ridiculisée à propos de son degré d'instruction.*

Q. Qui la ridiculisait?

. . . .

R. Dayani.

. . . .

R. Au moment où je lui ai parlé, je lui ai demandé pourquoi elle l'avait fait et elle a dit que c'était elle qui l'avait fait et ensuite *je lui ai demandé pourquoi et elle a dit à propos des études et c'était à cause de cette querelle, elle était fâchée et elle a dit qu'elle a agi sous le coup de la colère.* [Italiques ajoutés.]

[29] La défense a également insisté sur le témoignage de la belle-mère de Suganthini :

[TRADUCTION]

R. Je lui ai demandé ce qui était arrivé, pourquoi elle avait fait cela.

Q. Qu'a répondu Suganthini?

A. Suganthini said: I have done it. And when I asked her why did you do it, *she said she scolded at, she reproached me and that's why I did it.*

Q. Did she say anything else?

A. I told her: Okay, she scolded at you but why didn't you just leave the place, go out of the apartment if she had provoked you?

Q. What did she answer?

A. She said: *She scolded at me and that's why I did it.*

. . .

A. *She said she reproached me and that's why she did it.* [Emphasis added.]

[30] In addition, Suganthini argued that her particular circumstances were relevant in assessing her reaction, including the fact that she was a new immigrant who was attempting to integrate into the community as quickly as possible, which heightened her sensitivity to insults relating to her level of education and ability to learn. These considerations, however, while relevant, do not transform her conduct into an act that an ordinary person would have committed. As Charron J. noted in *Tran*, this would “individualize” the objective element of the test and defeat its purpose.

[31] Based on this record, a properly instructed jury could not conclude that an ordinary person in Suganthini's circumstances would be deprived of self-control when “scolded” about her level of education to such a degree that she would stab the person 45 times in a responsive rage. This, it seems to me, has absolutely no air of reality. There was, as a result, no duty on the trial judge to instruct the jury on the defence of provocation.

[32] The four remaining errors identified by the Court of Appeal relate to the charge to the jury. Like the Court of Appeal, I would apply the curative proviso.

R. Suganthini a dit : je l'ai fait. Et quand je lui ai demandé pourquoi as-tu fait cela, *elle a dit elle m'a réprimandée, elle m'a fait des reproches et c'est pourquoi elle l'a fait.*

Q. A-t-elle dit quelque chose d'autre?

R. Je lui ai dit : d'accord, elle t'a réprimandée, mais pourquoi n'es-tu pas simplement partie, sortie de l'appartement si elle t'avait provoquée?

Q. Qu'a-t-elle répondu?

R. Elle a dit : *elle m'a fait des reproches et c'est pourquoi je l'ai fait.*

. . .

R. Elle a dit : *elle m'a fait des reproches et c'est pourquoi elle l'a fait.* [Italiques ajoutés.]

[30] En outre, Suganthini a fait valoir que, en ce qui a trait à l'appréciation de sa réaction, sa situation personnelle était pertinente, y compris le fait qu'elle était une nouvelle immigrante qui tentait de s'intégrer dans la communauté aussi rapidement que possible, ce qui la rendait plus sensible aux insultes concernant son degré d'instruction et sa capacité d'apprendre. Bien que pertinentes, ces considérations ne font pas de sa conduite un acte qu'une personne ordinaire aurait commis. Comme la juge Charron l'a fait observer dans *Tran*, cela « individualiserait » l'élément objectif du test et contrecarrerait son objectif même.

[31] En se fondant sur ce dossier, un jury ayant reçu des directives appropriées ne pouvait conclure qu'une personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances que Suganthini serait privée du pouvoir de se maîtriser lorsqu'on la « réprimande » à propos de son degré d'instruction, au point qu'elle en viendrait à poignarder la personne à 45 reprises dans un accès de rage. Cela, me semble-t-il, n'est absolument pas vraisemblable. La juge du procès n'avait donc aucune obligation de donner des directives au jury concernant la défense de provocation.

[32] Les quatre autres erreurs signalées par la Cour d'appel se rapportent à l'exposé au jury. À l'instar de la Cour d'appel, j'appliquerais la disposition réparatrice.

[33] The Court of Appeal found that the trial judge erred in the instruction on motive. The jury was told that they could take into account Suganthini's potential motive for murder, namely "that [Dayani] was growling, reproaching her, humiliating her and ridiculing her", in coming to their conclusion. The Court of Appeal found that the trial judge should also have told the jury to consider Manchutan's motive, as alleged by Suganthini, that his wife was pregnant with Suganthini's husband's child.

[34] Dickson J. commented in *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, that trial judges are to provide a balanced jury instruction on the issue of motive in order "to give the jury matters of evidence *essential* in arriving at a just conclusion" (p. 837 (emphasis added), citing *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 752; see also *R. v. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577 (C.A.), at pp. 607-8, aff'd [1998] 2 S.C.R. 72). The Crown's case, however, was grounded in Suganthini's exclusive opportunity to commit the offence, not motive. While it would have been preferable if the trial judge had reminded the jury about Suganthini's evidence, the failure to do so in this case was relatively minor given the marginal role of motive in the Crown's case.

[35] The Court of Appeal also found the following comment by the trial judge about Suganthini's fatigue to have been an error:

[TRANSLATION] You can also take into consideration the testimony of the accused when she said that she measures 5 feet and weighs 90 pounds, about the same weight as the victim. She said several times, after the incidents in the house, at the hospital and at the police station, that she was very tired. *We could think that a person weighing 90 pounds, who has just stabbed another person 45 times and killed them, would be very tired.* [Emphasis added.]

[36] The issue of a judge's right to express an opinion on the evidence was discussed by Charron J.

[33] La Cour d'appel a conclu que la juge du procès a commis une erreur dans la directive donnée quant au mobile. Elle a dit aux jurés qu'ils pouvaient prendre en considération le mobile qui aurait pu pousser Suganthini à commettre le meurtre, à savoir [TRADUCTION] « que [Dayani] grognait, lui faisait des reproches, l'humiliait et la ridiculisait », pour arriver à leur conclusion. La Cour d'appel a estimé que la juge du procès aurait dû aussi dire aux jurés de prendre en considération le mobile de Manchutan, soit, comme l'a prétendu Suganthini, que sa femme était enceinte de l'enfant du mari de Suganthini.

[34] Le juge Dickson a souligné dans l'arrêt *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, que les juges de première instance doivent donner au jury des directives équilibrées sur la question du mobile de façon à « présenter au jury les éléments de preuve *indispensables* pour parvenir à une juste conclusion » (p. 837 (italiques ajoutés), citant *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, p. 752; voir également *R. c. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577 (C.A.), p. 607-608, conf. par [1998] 2 R.C.S. 72). Or, la thèse du ministère public reposait sur l'occasion exclusive qu'avait eue Suganthini de commettre l'infraction, non sur un mobile. Certes, il aurait été préférable que la juge du procès rappelle au jury le témoignage de Suganthini, mais cette omission en l'espèce était relativement mineure étant donné le rôle marginal du mobile dans la thèse du ministère public.

[35] La Cour d'appel a également estimé que la remarque suivante qu'a formulée la juge du procès à propos de l'état de fatigue de Suganthini constituait une erreur :

Vous pouvez aussi prendre en considération le témoignage de l'accusée lorsqu'elle dit qu'elle mesure cinq pieds et pèse 90 livres, soit le même poids que celui de la victime. Elle a dit à plusieurs reprises, qu'après les incidents dans la maison, à l'hôpital et au poste de police, elle était très fatiguée. *On peut penser qu'une personne pesant 90 livres, qui vient d'assener 45 coups de couteau au point de tuer une autre personne, doit éprouver une grande fatigue.* [Italiques ajoutés.]

[36] La question du droit du juge d'exprimer une opinion sur la preuve a été examinée dans *R. c.*

in *R. v. Gunning*, [2005] 1 S.C.R. 627, where she stated:

It is perhaps trite but nonetheless fundamental law that on a jury trial, it is for the judge to decide all questions of law and to direct the jury accordingly; but the jury, who must take its direction on the law from the judge, is the sole arbiter on the facts. The judge also has the duty, insofar as it is necessary, to assist the jury by reviewing the evidence as it relates to the issues in the case. The judge is also entitled to give an opinion on a question of fact and express it as strongly as the circumstances permit, so long as it is made clear to the jury that the opinion is given as advice and not direction.

. . .

. . . it is never the function of the judge in a jury trial to assess the evidence and make a determination that the Crown has proven one or more of the essential elements of the offence and to direct the jury accordingly. It does not matter how obvious the judge may believe the answer to be. Nor does it matter that the judge may be of the view that any other conclusion would be perverse. *The trial judge may give an opinion on the matter when it is warranted, but never a direction.* [Emphasis added; paras. 27 and 31.]

[37] In *Gunning*, the trial judge had told the jury how to decide an essential element of the offence. This case is very different. The trial judge used qualified language which did no more than suggest an inference that could potentially be drawn from the evidence. Ideally, the trial judge should not have speculated to the jury about what may have caused Suganthini's fatigue. But the statement does not rise to the level of a "direction" to the jury on how it should decide any element of the offence, and it was accompanied by several instructions to the jury to the effect that they were the ultimate arbiters of the facts. Any error, as a result, was minor.

[38] The Court of Appeal also said that the trial judge erred because since this case was essentially based on circumstantial evidence, a specific

Gunning, [2005] 1 R.C.S. 627, où la juge Charron a affirmé ce qui suit :

Un principe de droit peut-être élémentaire mais néanmoins fondamental veut que, dans un procès avec jury, il appartienne au juge de trancher toutes les questions de droit et de donner des directives en conséquence au jury; toutefois le jury, qui doit tenir du juge ses directives sur le droit applicable, est le seul arbitre des faits. Dans la mesure où cela est nécessaire, le juge a aussi l'obligation d'aider le jury en passant en revue la preuve qui se rapporte aux questions en litige. Le juge a également le droit d'exprimer une opinion sur une question de fait et de le faire aussi fermement que le permettent les circonstances, à la condition de dire clairement au jury qu'il s'agit seulement d'un conseil et non d'une directive.

. . .

. . . dans un procès avec jury, il n'appartient jamais au juge d'apprécier la preuve et de décider si le ministère public a prouvé l'un ou plusieurs éléments essentiels de l'infraction, pour ensuite donner des directives en conséquence au jury. Il n'importe pas de savoir jusqu'à quel point la réponse peut paraître évidente au juge. Il est également sans importance que le juge puisse être d'avis que toute autre conclusion serait contraire à la preuve. *Le juge du procès peut exprimer une opinion sur la question lorsque cela est justifié, mais il ne peut jamais donner des directives à cet égard.* [Italiques ajoutés; par. 27 et 31.]

[37] Dans l'affaire *Gunning*, le juge du procès avait dit au jury comment trancher un élément essentiel de l'infraction. La présente affaire est très différente. Le juge du procès a émis une hypothèse qui ne faisait qu'indiquer une inférence pouvant éventuellement être tirée de la preuve. Idéalement, elle n'aurait pas dû avancer ainsi d'hypothèse devant le jury sur la cause possible de la fatigue de Suganthini. Mais cette déclaration n'équivaut pas à une « directive » sur la façon dont le jury devait trancher un élément quelconque de l'infraction, et elle s'accompagnait de plusieurs directives rappelant aux jurés qu'ils étaient les arbitres ultimes des faits. S'il y a eu erreur, elle était donc mineure.

[38] La Cour d'appel a également dit que la juge du procès a commis une erreur parce que, la preuve en l'espèce étant essentiellement circonstancielle,

instruction was required, telling the jury that it could only convict if it was satisfied that the *only* “reasonable inference” to be drawn from that evidence was that Suganthini was guilty. However this Court explained in *R. v. Griffin*, [2009] 2 S.C.R. 42, that “[w]e have long departed from any legal requirement for a ‘special instruction’ on circumstantial evidence”. What is important is that in cases that rely entirely on circumstantial evidence, the jury is made aware of how they can use that evidence to establish guilt beyond a reasonable doubt. The trial judge in this case explained to the jury the nature of circumstantial evidence, the inferences that can properly be drawn from that evidence, and the burden of proof beyond reasonable doubt. In my view, the instruction satisfied the test in *Griffin* (see also *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at para. 20, cited in *Griffin*, at para. 33).

[39] The final error was the trial judge’s instruction to the jury dealing with the alleged prison confession. The Court of Appeal found that since Suganthini had contested the truth of these statements, the trial judge should have given an instruction to the jury telling them that they had to be convinced beyond a reasonable doubt that Suganthini had in fact made the statements confessing to the murder before considering them along with the rest of the evidence to determine if she was guilty.

[40] After reviewing the confession evidence, the trial judge told the jury to “use [their] common sense” in deciding whether Suganthini had made the statements:

If you decide that the accused made a statement that may help her in her defence or if you cannot decide whether she made it, *you will consider that statement along with the rest of the evidence in deciding whether you have a reasonable doubt about the accused’s guilt.*

You may give anything you find the accused said as much or as little importance as you think it deserves in deciding this case. It is for you to say. *Anything you find*

une directive spéciale était requise, à savoir qu’il aurait fallu dire aux jurés qu’ils ne pouvaient prononcer la culpabilité que s’ils étaient convaincus que la *seule* [TRADUCTION] « inférence raisonnable » pouvant être tirée de la preuve était que Suganthini était coupable. Or, comme nous l’avons expliqué dans *R. c. Griffin*, [2009] 2 R.C.S. 42, « [c]ette Cour a depuis longtemps écarté toute obligation que des “directives spéciales” soient données au jury relativement à la preuve circonstancielle ». Ce qui importe, c’est que dans les affaires où la preuve est purement circonstancielle, le jury soit informé de la façon dont il peut l’utiliser pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. En l’espèce, la juge du procès a expliqué au jury la nature de la preuve circonstancielle, les inférences qui pouvaient en être légitimement tirées et le fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable. À mon avis, les directives ont satisfait au test énoncé dans l’arrêt *Griffin* (voir également *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (C.A. Ont.), par. 20, cité dans *Griffin*, par. 33).

[39] La dernière erreur concernait la directive au jury au sujet de la confession qui aurait été faite en prison. La Cour d’appel a estimé que, puisque Suganthini avait contesté la véracité de ces déclarations, la juge du procès aurait dû dire aux jurés qu’ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que Suganthini avait effectivement fait les déclarations admettant le meurtre avant de les prendre en considération avec le reste de la preuve pour déterminer si elle était coupable.

[40] Après avoir passé en revue la preuve relative à la confession, la juge du procès a invité les jurés à [TRADUCTION] « se servir de [leur] bon sens » pour décider si Suganthini avait fait les déclarations :

[TRADUCTION] Si vous décidez que l’accusée a fait une déclaration qui peut l’aider dans sa défense ou si vous ne pouvez pas décider si elle l’a faite ou non, *vous allez prendre cette déclaration en considération avec les autres éléments de preuve pour décider si vous avez un doute raisonnable en ce qui concerne la culpabilité de l’accusée.*

Vous pouvez donner à tout ce que vous estimez que l’accusée a dit l’importance, grande ou petite, que ces déclarations méritent selon vous dans cette affaire. C’est

the accused said, however, is only part of the evidence of this case. You should consider it along with and in the same way as well all the other evidence. [Emphasis added.]

[41] At the Court of Appeal and before this Court, the Crown conceded that this instruction was an error. The error stems from this Court's decision in *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212. As a general rule, the evidence in a case should be considered as a whole in determining whether there is a reasonable doubt as to guilt (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Rojas*, [2008] 3 S.C.R. 111, at para. 43). But *MacKenzie* held that, "on important items of evidence the jury may require guidance on how to approach its task". As a result,

... where a statement by an accused at trial is entirely at odds with a previous out-of-court statement by the accused, and the jury believes the statement at trial, or is left in reasonable doubt that it is true, then the jury must reject the out-of-court statement; the accused must be given the benefit of the doubt. In arriving at that conclusion, the jury should, of course, give consideration to the evidence as a whole. [p. 239]

[42] A specific instruction of this kind is not required in every case where there is conflicting evidence about the accused's out-of-court statements. A *MacKenzie* instruction is only required where "the credibility of [the] conflicting statements go[es] directly to the ultimate issue in dispute" and the jury's decision to accept one statement "amount[s] to choosing between the two competing theories of the case" (*White* (S.C.C.), at para. 52). There is no reason to give a specific instruction where the conflicting statements "are not individually crucial to the determination of the ultimate issue" (para. 53).

[43] If the jury believed the evidence about Suganthini's prison confession beyond a reasonable doubt, then it would necessarily have found her guilty of murder. As a result, in accordance with *MacKenzie*, the trial judge should have instructed the jury that considering the evidence as a whole,

à vous de décider. *Toutefois, ce que, selon vous, l'accusé a dit, ne constitue qu'une partie de la preuve. Vous devez prendre cet élément de preuve en considération avec tous les autres éléments de preuve et de la même façon.* [Italiques ajoutés.]

[41] Devant la Cour d'appel et devant notre Cour, le ministère public a convenu que cette directive était erronée. L'erreur découle de l'arrêt de notre Cour *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212. Règle générale, il faut considérer la preuve dans son ensemble pour déterminer s'il existe un doute raisonnable quant à la culpabilité (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Rojas*, [2008] 3 R.C.S. 111, par. 43). Or, dans *MacKenzie*, la Cour a précisé que « sur des questions importantes de preuve, [le jury] peut avoir besoin de conseils sur la façon d'accomplir sa tâche ». Ainsi, dans les affaires

... où la déclaration que l'accusé a faite au procès est aux antipodes d'une déclaration extrajudiciaire antérieure, si le jury croit la déclaration faite au procès, ou qu'il subsiste dans son esprit un doute raisonnable à son sujet, il doit alors rejeter la déclaration extrajudiciaire; l'accusé doit recevoir le bénéfice du doute. Pour arriver à cette conclusion, le jury doit, naturellement, prendre en considération la preuve dans son ensemble. [p. 239]

[42] Il n'est pas nécessaire de donner une directive particulière de ce genre dans tous les cas où il existe une preuve contradictoire à propos de déclarations extrajudiciaires de l'accusé. Une directive de type *MacKenzie* n'est requise que dans les cas où « la crédibilité de[s] déclarations contradictoires [a] une incidence directe sur la question à trancher ultimement » et que la décision du jury d'accepter une déclaration « rev[ient] nécessairement à opter pour l'une ou l'autre des thèses avancées en l'espèce » (*White* (C.S.C.), par. 52). Il n'y a aucune raison de donner une directive particulière lorsque les déclarations contradictoires « n'ont pas, individuellement, une incidence décisive sur la question ultime à trancher » (par. 53).

[43] Si le jury croyait hors de tout doute raisonnable la preuve concernant la confession de Suganthini en prison, il devait nécessairement la reconnaître coupable de meurtre. Par conséquent, suivant l'arrêt *MacKenzie*, la juge du procès aurait dû dire aux jurés que, considérant la preuve dans son ensemble,

if they believed Suganthini's testimony at trial, or if they were left with reasonable doubt that she had confessed, they must reject the out-of-court statement. The failure to do so was an error.

[44] This brings us to considering whether the curative proviso applies.

[45] The curative proviso can be applied in two situations: where the error is so harmless or minor that it could not have had any impact on the verdict; and where, even if the error is not minor, the evidence against the accused is so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain (*R. v. Van*, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34; *R. v. Trochym*, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 81; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26).

[46] The defence had not objected at trial to any of the errors it raised on appeal, a fact that, while not determinative, "merit[s] consideration by the reviewing court" as an indication that the error was "neither serious nor significant" (*R. v. Jaw*, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 44; *Van*, at para. 43; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 38).

[47] Most of the errors were minor and could not possibly have affected the verdict. The *MacKenzie* error was more serious, but I am satisfied that it was not fatal because the Crown's case against Suganthini was overwhelming. The Crown advanced a narrative that was largely based on the testimony of the Thangarajah family, which placed Suganthini alone in the apartment with Dayani at the critical moment, a version that was corroborated by testimony and physical evidence. Suganthini admitted to being in the apartment, but advanced a wholly contradictory version of the day's events, which positioned her as the only witness to Dayani's murder by Dayani's husband Manchutan.

[48] According to Suganthini, Dayani and her husband were fighting at 9:45 a.m. and the murder

s'ils croyaient le témoignage de Suganthini au procès, ou s'il subsistait dans leur esprit un doute raisonnable au sujet de la confession, ils devaient rejeter la déclaration extrajudiciaire. L'omission à cet égard constituait une erreur.

[44] Cela nous amène à la question de l'applicabilité de la disposition réparatrice.

[45] La disposition réparatrice peut s'appliquer dans deux situations : lorsque l'erreur est si inoffensive ou mineure qu'elle n'a pu avoir aucune incidence sur le verdict; et lorsque, même si l'erreur n'est pas mineure, la preuve présentée contre l'accusé est à ce point accablante qu'il aurait été impossible de rendre un autre verdict (*R. c. Van*, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34; *R. c. Trochym*, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 81; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26).

[46] La défense n'a pas élevé d'objections au procès en ce qui touche les erreurs qu'elle a soulevées en appel, un fait qui, s'il n'est pas déterminant, « mérite néanmoins d'être pri[s] en considération par la cour de révision » en tant qu'indication que l'erreur n'était « ni grave ni importante » (*R. c. Jaw*, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 44; *Van*, par. 43; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 38).

[47] La plupart des erreurs étaient mineures et ne peuvent avoir eu d'incidence sur le verdict. L'erreur commise selon l'interprétation qu'il convient de donner à l'arrêt *MacKenzie* était plus grave, mais je suis convaincue qu'elle n'était pas fatale puisque la cause du ministère public contre Suganthini était accablante. Le ministère public a présenté un récit largement basé sur le témoignage de la famille Thangarajah, récit selon lequel Suganthini se trouvait seule dans l'appartement avec Dayani au moment crucial, version qui était corroborée par une preuve testimoniale et matérielle. Suganthini a admis s'être trouvée dans l'appartement, mais elle a présenté une version totalement contradictoire des événements de la journée, où elle figurait comme l'unique témoin du meurtre de Dayani par Manchutan, le mari de cette dernière.

[48] Selon Suganthini, Dayani et son mari se querrelaient à 9 h 45 et le meurtre est survenu autour

happened at roughly 10 a.m. On the Thangarajah family's evidence, Dayani's husband left in the morning with Mayuran and his mother to go to Laval and only returned to the apartment later in the day, well after his father had returned. The family's story, which made it impossible for the brother to be at the apartment during the murder, was corroborated by a witness who saw him at the store, by receipts and by cellular phone records.

[49] More critically, the evidence as a whole entirely undermined Suganthini's version of the events. Her initial story was that a thief had come into the apartment through the kitchen door — despite the absence of tracks in the snow — and that she had cut her hand by having it caught in a door. At trial, she changed her story, and attributed the original fabrication to the brother-in-law's threats. Yet her clothing was found in a bucket of bloody water in the bathroom, her blood was mixed with the blood of the victim on the blade of the knife, her DNA was on the handle, and her cuts were said to be consistent with an injury caused while stabbing someone. There was, on the other hand, no physical evidence linking Dayani's husband to the offence.

[50] The trial judge gave a proper *W. (D.)* instruction, telling the jury that if Suganthini's testimony or the evidence as a whole left them with reasonable doubt as to her guilt, they must acquit. By convicting Suganthini of second degree murder, the jury clearly rejected her evidence and accepted the version put forward by the Crown beyond a reasonable doubt. Even if we were to entirely ignore the confession evidence, the rest of the evidence in this case so severely undermined Suganthini's story and bolstered that of the Thangarajah family, that there is no realistic possibility that the verdict would have been different if the jury were differently instructed.

[51] I would allow the appeal and restore the conviction.

de 10 h. Or, selon les témoignages de la famille Thangarajah, le mari de Dayani est parti dans la matinée en compagnie de Mayuran et de sa mère pour se rendre à Laval et n'est revenu à l'appartement que plus tard dans la journée, bien après son père. Le récit de la famille, suivant lequel il était impossible que le frère se soit trouvé dans l'appartement au moment du meurtre, a été corroboré par un témoin qui l'a vu au magasin, par des reçus et par des registres de téléphone cellulaire.

[49] De façon encore plus cruciale, la preuve dans son ensemble minait entièrement la version des événements de Suganthini. Selon ce qu'elle a initialement raconté, un voleur s'était introduit dans l'appartement par la porte de la cuisine — malgré l'absence de traces dans la neige — et elle s'était coupée lorsque sa main était restée coincée dans une porte. Au procès, elle a changé son récit, expliquant que sa version initiale était attribuable aux menaces proférées par son beau-frère. Or, des vêtements lui appartenant ont été trouvés dans un seau d'eau teintée de sang dans la salle de bain, son sang était mêlé à celui de la victime sur la lame du couteau, son ADN se trouvait sur le manche, et ses coupures à la main étaient compatibles avec une blessure causée par le geste de poignarder quelqu'un. En revanche, aucune preuve matérielle ne reliait le mari de Dayani à l'infraction.

[50] La juge du procès a fait aux jurés un exposé approprié suivant l'arrêt *W. (D.)*, leur disant que si le témoignage de Suganthini ou la preuve dans son ensemble soulevaient un doute raisonnable dans leur esprit quant à sa culpabilité, ils devaient prononcer l'acquiescement. En déclarant Suganthini coupable de meurtre au deuxième degré, le jury a clairement rejeté son témoignage et a accepté la version du ministère public hors de tout doute raisonnable. Même si nous devons ignorer totalement la preuve relative à la confession, le reste de la preuve en l'espèce a si sévèrement miné le récit de Suganthini et renforcé celui de la famille Thangarajah qu'il n'y a pas de possibilité réaliste que le verdict eût été différent si le jury avait reçu des directives différentes.

[51] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Solicitors for the respondent: Labelle, Boudrault, Côté et Associés, Montréal.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Labelle, Boudrault, Côté et Associés, Montréal.