

Leighton Hay *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. Hay****2013 SCC 61**

File No.: 33536.

2013: April 23; 2013: November 8.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Eyewitness evidence — Whether trial judge instructed jury that it could convict accused based on eyewitness evidence alone — If so, whether such an instruction would constitute an error.

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Hair clipping evidence relied upon by Crown to explain accused's appearance at time of arrest as well as after-the-fact change of appearance — New forensic evidence reports and testimony to the effect that most hair clippings did not originate from scalp — Whether accused's motion to adduce fresh evidence should be granted.

In the early morning of July 6, 2002, two men, one wearing a blue/green shirt, shot and killed C.M. in a Toronto nightclub. E was seen leaving the club in a car registered to the appellant H's mother, with whom H lived. Multiple witnesses were able to confidently identify E as the shooter. Given H's connection to the residence and a database lookup that revealed he had a prior firearm conviction, the police considered him a suspect as well. L.M., who witnessed the shooting, was shown a lineup which included one photo of H that was taken roughly two years earlier. When asked about the identity of the shooter in the blue/green shirt, she selected H's photo. Three weeks after the shooting, L.M. participated in a second photo lineup which contained the photo of H taken on the day of his arrest. L.M. did not select any photo from this sequence. E and H were subsequently

Leighton Hay *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. Hay****2013 CSC 61**

N° du greffe : 33536.

2013 : 23 avril; 2013 : 8 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Exposé au jury — Déposition d'un témoin oculaire — Le juge du procès a-t-il donné au jury la directive qu'il pouvait déclarer l'accusé coupable sur le seul fondement de la déposition d'un témoin oculaire? — Dans l'affirmative, pareille directive était-elle erronée?

Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Bouts de poils mis en preuve par le ministère public pour expliquer l'apparence de l'accusé au moment de son arrestation et la modification de son apparence après le fait — Nouveaux rapports et témoignages d'experts en criminalistique indiquant que la plupart des bouts de poils ne provenaient pas du cuir chevelu — Y a-t-il lieu d'accueillir la requête de l'accusé en production de nouveaux éléments de preuve?

Tôt le matin du 6 juillet 2002, deux hommes, dont un portait une chemise de couleur bleue/verte, ont fait feu sur C.M. dans une boîte de nuit de Toronto, et l'ont tué. E a été vu quittant les lieux dans une voiture immatriculée au nom de la mère de l'appelant H, qui vivait avec elle. Un bon nombre de témoins ont pu identifier avec assurance E au tireur. Étant donné les liens existant entre H et la résidence, et ses antécédents criminels en matière d'armes à feu, révélés par l'interrogation de bases de données, la police le considérait lui aussi comme un suspect. Une série de photos comprenant une photo de H prise environ deux ans auparavant a été montrée à L.M., qui avait été témoin de la fusillade. Quand on a demandé à L.M. d'identifier le tireur à la chemise bleue/verte, elle a désigné la photo de H. Trois semaines après la fusillade, L.M. a participé à une deuxième séance d'identification photographique. La série de photos

charged with the first degree murder of C.M. and the attempted murder of his brother.

The Crown's case against H consisted of testimony from L.M. and four pieces of physical evidence: bullets found in a sock in a laundry hamper in H's bedroom; a white T-shirt in the same hamper with one granule of gunshot residue on it; hair clippings from a newspaper in the garbage of the bathroom nearest to H's bedroom; and hair clippings in an electric razor found in H's nightstand. The Crown's theory was that H shaved his head upon returning home from the shooting. This was necessary to explain the discrepancy between the eyewitness testimony, which indicated that the second shooter had dreadlocks that were two inches or longer, and the length of H's hair when he was arrested, which was very short. It was also used to explain why L.M. was not able to identify H based on the arrest photo shown to her three weeks after the shooting. The Crown also suggested that the haircut represented an after-the-fact attempt by H to change his appearance to cover up his involvement in the shooting. The jury found E and H guilty of first degree murder of C.M. and attempted murder of his brother. In the Court of Appeal, H challenged his conviction on the bases that the jury's verdict was unreasonable and that the trial judge erred in instructing the jury on eyewitness identification. The court found that the trial judge did not instruct the jury that it could convict on L.M.'s testimony alone and held that the jury's verdict was not unreasonable because, despite weaknesses in L.M.'s eyewitness testimony, there was other confirmatory evidence presented to the jury.

While the application for leave to appeal was pending before this Court, H filed a motion to compel the Crown to release hair clipping evidence for forensic testing. H sought to forensically examine the hair clippings to determine from what part of the body the clippings came. This Court allowed the motion. H subsequently filed a motion to adduce the reports and testimony of experts who conducted the forensic examination.

comprenait une photo de H prise le jour de son arrestation, mais L.M. n'a désigné aucune de ces photos. E et H ont par la suite été accusés du meurtre au premier degré de C.M. et de tentative de meurtre à l'endroit du frère de C.M.

La preuve à charge du ministère public à l'encontre de H était constituée du témoignage de L.M. et de quatre éléments de preuve matérielle : des balles trouvées dans une chaussette retirée d'un panier à linge dans la chambre de H; un tee-shirt blanc provenant du même panier à linge et sur lequel il y avait une granule de résidu de poudre; des bouts de poils trouvés dans un journal jeté dans la poubelle de la salle de bain la plus près de la chambre de H; et des bouts de poils provenant d'un rasoir électrique trouvé dans la table de nuit de H. Selon la thèse du ministère public, H s'était rasé la tête à son retour à la maison après la fusillade. Il fallait expliquer ainsi pourquoi la longueur des cheveux de H lors de son arrestation — il avait les cheveux très courts — ne correspondait pas à la longueur décrite par le témoin oculaire, selon lequel le second tireur portait des tresses rastas longues d'au moins deux pouces. Cette thèse devait aussi expliquer pourquoi, trois semaines après la fusillade, L.M. n'avait pas pu identifier H à partir de la photo prise lors son arrestation. Le ministère public a également soutenu qu'en se coupant les cheveux, H avait tenté, après le fait, de modifier son apparence pour dissimuler son implication dans la fusillade. Le jury a déclaré E et H coupables du meurtre au premier degré de C.M. et de tentative de meurtre à l'endroit du frère de ce dernier. En Cour d'appel, H a contesté sa déclaration de culpabilité aux motifs que le verdict du jury était déraisonnable et que le juge du procès avait adressé au jury des directives erronées concernant l'identification par témoin oculaire. La Cour d'appel a estimé que le juge du procès n'avait pas indiqué au jury qu'il pouvait déclarer H coupable en se fondant sur le seul témoignage de L.M. et a conclu que, malgré des faiblesses relevées dans la déposition de L.M., le témoin oculaire, le verdict du jury n'était pas déraisonnable parce que d'autres éléments corroborants avaient été présentés au jury.

Pendant que la demande d'autorisation d'appel devant notre Cour suivait son cours, H a demandé par requête que le ministère public soit tenu de produire, à des fins d'analyse criminalistique, des bouts de poils déposés en preuve lors du procès. L'analyse sollicitée visait à déterminer de quelle partie du corps provenaient ces éléments de preuve. Notre Cour a accueilli la requête. Par la suite, H a déposé une requête pour présentation des rapports et témoignages des experts ayant procédé à l'analyse criminalistique.

Held: The appeal should be allowed, the motion to adduce fresh evidence should be granted and the matter should be remanded for retrial.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell and Wagner JJ.: It would have been an error to instruct the jury that it could convict H based on L.M.'s testimony alone. Where the Crown relies on an eyewitness identification, the trial judge has a duty to caution the jury regarding the well-recognized frailties of identification evidence. However, a properly instructed jury may conclude, notwithstanding the frailties of eyewitness identification, that the eyewitness' testimony is reliable and may enter a conviction on those grounds. This may be so even where the Crown has relied on only a single eyewitness. However, where the Crown's case consists solely of eyewitness testimony that would necessarily leave reasonable doubt in the mind of a reasonable juror, the trial judge must direct an acquittal upon a motion for directed verdict. L.M.'s testimony, in and of itself, would not have permitted a reasonable juror to conclude without reasonable doubt that H was one of the shooters and therefore, it would have been an error for the trial judge to instruct the jury that it could convict H based solely on L.M.'s evidence. While L.M.'s testimony on its own could not have supported an inference of guilt beyond a reasonable doubt, the trial judge's instruction, read as a whole, did not instruct the jury that it could convict H based solely on her testimony. Rather, in reviewing L.M.'s testimony, the trial judge described each of the specific problems with her identification and instructed the jury that it must look to confirmatory evidence. The trial judge was not circumscribed to instruct the jury as to the sufficiency of L.M.'s testimony using any particular words and he must be afforded some latitude in determining the best way to convey to the jury the relevant legal principles and how they apply to the evidence adduced at trial. The trial judge put great care into his jury charge and, in particular, into the instructions as to eyewitness evidence. L.M.'s testimony in conjunction with the confirmatory evidence was sufficient to support the conclusion that H was guilty beyond a reasonable doubt and, thus, there was no error in the jury charge.

The motion to adduce fresh evidence should be granted and a new trial should be ordered. H's fresh

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, il est fait droit à la requête en production de nouveaux éléments de preuve et l'affaire est renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell et Wagner : Le fait d'expliquer au jury qu'il pouvait déclarer H coupable sur le seul fondement du témoignage de L.M. aurait constitué une erreur. Lorsque le ministère public a recours à l'identification par témoin oculaire, le juge du procès a l'obligation de mettre le jury en garde au sujet des faiblesses reconnues de la preuve d'identification. Toutefois, un jury ayant reçu les directives appropriées peut, en dépit des faiblesses de l'identification par témoin oculaire, conclure à la fiabilité de la déposition du témoin oculaire et rendre un verdict de culpabilité sur ce fondement, et ce, même si le ministère public n'a cité qu'un seul témoin oculaire. Cependant, si la preuve du ministère public consiste uniquement en la déposition d'un témoin oculaire qui soulèverait nécessairement un doute raisonnable dans l'esprit d'un juré raisonnable, le juge du procès saisi d'une demande de verdict imposé doit ordonner un acquittement. Le témoignage de L.M. n'aurait pas, en lui-même, permis à un juré raisonnable de conclure hors de tout doute raisonnable que H était l'un des tireurs et, par conséquent, le juge du procès aurait commis une erreur s'il avait donné au jury la directive qu'il pouvait déclarer H coupable sur la seule foi du témoignage de L.M. La déposition de L.M. ne pouvait, à elle seule, étayer une inférence de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Toutefois, les directives du juge, considérées dans leur ensemble, n'indiquaient pas au jury qu'il pouvait déclarer H coupable sur le seul fondement de ce témoignage. En passant en revue le témoignage de L.M., le juge a plutôt décrit chacun des problèmes particuliers que posait l'identification qu'elle avait faite et il a donné comme directive au jury qu'il devait rechercher des éléments de preuve corroborants. Le juge du procès n'était pas obligé de s'en tenir à des termes précis dans ses directives concernant la suffisance du témoignage de L.M. Il faut lui laisser une certaine latitude dans le choix de la meilleure façon d'expliquer aux jurés les principes juridiques appropriés et la façon de les appliquer à la preuve présentée au procès. Le juge du procès a apporté beaucoup de soin à son exposé au jury et, plus particulièrement, aux directives concernant la preuve par témoin oculaire. Jumelé à la preuve corroborante, le témoignage de L.M. était suffisant pour fonder une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable et, par conséquent, l'exposé au jury n'était entaché d'aucune erreur.

Il y a lieu d'accueillir la requête en production de nouveaux éléments de preuve et d'ordonner la tenue

evidence consists of affidavits and cross-examinations of two forensic experts, in which each expert provides an opinion as to the percentage of hairs in the newspaper and the razor that came from H's scalp, as opposed to his face or trunk. The experts agreed that the samples taken were predominantly facial hairs. The Crown's experts conducted a paper review and testified that there was no evidence to support the proposition that the hair clippings represented a head shave. The overriding consideration upon a motion to adduce fresh evidence is "in the interests of justice" and this requires consideration of the principles enunciated in *Palmer v. The Queen*. The Crown has conceded that the expert evidence H seeks to adduce is credible. Mere lack of knowledge on the part of H's trial counsel without any indication that he inquired into the possibility of obtaining and presenting the evidence is a factor against admitting the evidence for the first time on appeal. However, in view of the fact that this is a criminal case, involving charges of the most serious nature, the evidence should not be excluded solely on the basis of a lack of diligence. It cannot reasonably be disputed that H's fresh evidence bears on a decisive issue. The evidence of hair clippings was used to explain the discrepancy between the eyewitness description of the shooter and H's actual appearance at the time of arrest. This was also how the Crown explained L.M.'s inability to identify H based on his arrest photo. The hair clippings were also adduced as evidence that H had attempted an after-the-fact change of his appearance. The evidence was directly relevant to whether H was in fact the shooter in the blue/green shirt. The fresh evidence that H seeks to adduce could reasonably be expected to have affected the jury's verdict. The Crown relied heavily on the haircut evidence at trial. The significance of the hair clippings was also reflected in the jury charge. The Court of Appeal too recognized that the hair clipping evidence was significant to the Crown's case and noted that the hair clippings allowed for a powerful inference of guilt. Given the significance of the haircut to the Crown's case, the fresh evidence could reasonably be expected to have affected the result. For these reasons, H's motion to adduce fresh evidence should be granted. The appropriate remedy here is a new trial.

d'un nouveau procès. Ces nouveaux éléments de preuve apportés par H se composent des affidavits et des contre-interrogatoires de deux experts en criminalistique exposant leurs avis respectifs concernant le pourcentage de cheveux de H trouvés dans le journal et le rasoir par rapport au pourcentage de poils provenant de son visage ou de son tronc. Les experts s'entendaient pour dire que les échantillons provenaient principalement de poils faciaux. Les experts du ministère public ont analysé les rapports et témoigné qu'aucune preuve ne permettait d'affirmer qu'il s'agissait de cheveux. L'élément prépondérant dans l'examen d'une requête en production de nouveaux éléments de preuve est « l'intérêt de la justice » et il importe à cet égard d'examiner les principes énoncés dans *Palmer c. La Reine*. Le ministère public a reconnu la plausibilité de l'expertise que H cherche à présenter. La seule ignorance de la part de l'avocat de H au procès, sans indication qu'il se soit informé de la possibilité d'obtenir et de produire l'élément de preuve, constitue un facteur jouant contre l'admission de l'élément en preuve pour la première fois en appel. Toutefois, comme il s'agit d'une affaire criminelle portant sur des accusations extrêmement graves, il n'y a pas lieu d'exclure la preuve sur le seul fondement du manque de diligence. On ne peut raisonnablement contester que le nouvel élément de preuve que veut produire H porte sur une question décisive. Les bouts de poils mis en preuve ont servi à expliquer pourquoi la description du tireur donnée par le témoin oculaire ne correspondait pas à l'apparence de H au moment de son arrestation. Ils ont aussi servi à expliquer pourquoi, selon le ministère public, L.M. avait été incapable d'identifier H à partir de la photo prise le jour de son arrestation. Les bouts de poils avaient également été mis en preuve pour démontrer que H avait tenté, après le fait, de modifier son apparence. La preuve se rapporte directement à la question de savoir si H était bien le tireur à la chemise bleue/verte. On peut raisonnablement penser que les nouveaux éléments de preuve que H cherche à faire admettre auraient influé sur le verdict du jury. Au procès, le ministère public s'est fortement appuyé sur la preuve relative à la coupe de cheveux. L'exposé du juge au jury révèle lui aussi l'importance des bouts de poils. La Cour d'appel a elle aussi reconnu l'importance de la preuve relative aux bouts de poils pour la thèse du ministère public et a fait remarquer que les bouts de poils permettaient de tirer une inférence solide de culpabilité. Compte tenu de l'importance de la question de la coupe de cheveux pour le ministère public, on peut raisonnablement penser que les nouveaux éléments de preuve auraient influé sur le résultat. Pour ces motifs, il y a lieu d'accueillir la requête de H en production de nouveaux éléments de preuve. La tenue d'un nouveau procès constitue la réparation appropriée en l'espèce.

Per Fish J.: There is agreement that the appellant's motion to adduce fresh evidence should be granted, that the appeal should be allowed and that a new trial should be ordered. However, the trial judge made a fatal error by instructing the jury that it could convict the appellant on the evidence of L.M. alone.

Crown counsel asked the judge to instruct the jury that they could convict the appellant on the evidence of one eyewitness alone. Counsel made clear that he was referring specifically to the testimony of L.M. In his closing address, Crown counsel proceeded on the understanding that the trial judge would charge the jury to that effect. At no point in his charge did the trial judge correct these assertions by the Crown. Pursuant to the Crown's closing argument, the jury would thus have assumed that it was entitled to convict the appellant based solely on L.M.'s eyewitness identification. This misapprehension of the law was reinforced by the trial judge in his instructions to the jury. Although the trial judge urged caution, he informed the jury in unmistakable terms that the testimony of one eyewitness could properly ground a conviction. The jury would therefore have understood that this rule applied unless instructed otherwise for a particular witness. No such instruction was ever given. On the contrary, the trial judge explained that identification evidence is stronger if the accused was previously known to the witness. This was indisputably a direct reference to L.M.'s evidence implicating the appellant. The trial judge's subsequent instructions regarding L.M.'s evidence further reinforced Crown counsel's uncorrected statement to the jury that they could convict the appellant on her photo identification alone. It is not possible in light of this record to conclude that the trial judge did not instruct the jury that it could convict the appellant on the evidence of L.M. alone.

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; **referred to:** *R. v. Hay*, 2010 SCC 54, [2010] 3 S.C.R. 206; *R. v. Mezzo*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Turnbull*, [1976] 3

Le juge Fish : On s'entend pour dire qu'il y a lieu de faire droit à la requête de l'appellant en production de nouveaux éléments de preuve, d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Le juge du procès a toutefois commis une erreur fatale en disant au jury qu'il pouvait déclarer l'appellant coupable sur la foi du seul témoignage de L.M.

L'avocat du ministère public a demandé au juge d'expliquer au jury qu'il pouvait déclarer l'appellant coupable sur la base de la déposition d'un seul témoin oculaire. L'avocat a clairement indiqué qu'il parlait précisément du témoignage de L.M. Dans sa plaidoirie finale, l'avocat du ministère public s'est exprimé conformément à l'entente suivant laquelle le juge du procès donnerait au jury des directives en ce sens. Le juge du procès n'a jamais corrigé dans son exposé ces affirmations du ministère public. Aux termes de la plaidoirie finale du ministère public, le jury aurait ainsi tenu pour acquis qu'il était habilité à déclarer l'appellant coupable en se fondant uniquement sur l'identification faite par L.M., le témoin oculaire. Le juge du procès a renforcé cette conception erronée du droit dans ses directives adressées au jury. Bien que le juge du procès ait exhorté le jury à la prudence, il lui a fait savoir sans équivoque que la déposition d'un seul témoin oculaire pouvait fonder une déclaration de culpabilité. Le jury aurait donc compris que cette règle s'appliquait à moins que le juge lui ait donné une directive contraire à l'égard d'un témoin en particulier. Aucune directive de la sorte ne lui a été donnée. Au contraire, le juge du procès a expliqué que la preuve d'identification est plus solide si le témoin connaissait déjà l'accusé. À n'en pas douter, il renvoyait ainsi directement au témoignage de L.M. impliquant l'appellant. Les directives subséquentes du juge du procès relatives au témoignage de L.M. ont donné encore plus de poids à la déclaration non corrigée faite par l'avocat du ministère public aux jurés, selon laquelle ils pouvaient déclarer l'appellant coupable sur le seul fondement de son identification par L.M. à partir d'une photo. Il est impossible de conclure, à la lumière du dossier en l'espèce, que le juge du procès n'a pas expliqué au jury qu'il pouvait déclarer l'appellant coupable sur la foi du seul témoignage de L.M.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêt appliqué : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hay*, 2010 CSC 54, [2010] 3 R.C.S. 206; *R. c. Mezzo*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c.*

All E.R. 549; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Canning*, [1986] 1 S.C.R. 991; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828; *R. v. Reitsma*, [1998] 1 S.C.R. 769, rev'g (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. v. Zurowski*, 2004 SCC 72, [2004] 3 S.C.R. 509; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Avetyan*, 2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119; *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 610.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 683.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Moldaver, Blair and MacFarland JJ.A.), 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24, [2009] O.J. No. 1904 (QL), 2009 CarswellOnt 2518, affirming the accused's convictions for first degree murder and attempted murder entered by McCombs J. Appeal allowed.

James Lockyer, Philip Campbell and Joanne McLean, for the appellant.

Susan L. Reid, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell and Wagner JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Leighton Hay was convicted of first degree murder and attempted murder for a shooting that took place in a Toronto nightclub. He appeals his conviction on two grounds. First, he argues that the trial judge erred by instructing the jury that he could be convicted based solely on the testimony of the one eyewitness who implicated him at trial. Second, he has filed a motion in this Court to adduce fresh

Turnbull, [1976] 3 All E.R. 549; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Canning*, [1986] 1 R.C.S. 991; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828; *R. c. Reitsma*, [1998] 1 R.C.S. 769, inf. (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. c. Zurowski*, 2004 CSC 72, [2004] 3 R.C.S. 509; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Avetyan*, 2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745; *R. c. Candir*, 2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 683.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 610.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Moldaver, Blair et MacFarland), 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24, [2009] O.J. No. 1904 (QL), 2009 CarswellOnt 2518, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé de meurtre au premier degré et tentative de meurtre inscrites par le juge McCombs. Pourvoi accueilli.

James Lockyer, Philip Campbell et Joanne McLean, pour l'appelant.

Susan L. Reid, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell et Wagner rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Leighton Hay a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre à la suite d'une fusillade survenue dans une boîte de nuit de Toronto. Il se pourvoit devant nous contre sa déclaration de culpabilité en invoquant deux moyens. Premièrement, il soutient que le juge du procès a donné une directive erronée au jury en lui disant qu'il pouvait rendre un verdict de

evidence, which, he says, warrants acquittal or a new trial.

[2] I agree with the Court of Appeal that the trial judge did not err in instructing the jury. The eyewitness testimony against Mr. Hay on its own could not have supported an inference of guilt beyond a reasonable doubt; however, the trial judge's instruction, read as a whole, did not instruct the jury that it could convict Mr. Hay based solely on her testimony.

[3] However, Mr. Hay's motion to adduce fresh evidence should be granted. He has asked this Court to consider evidence from two experts who have forensically examined hair clipping exhibits that the Crown relied on at trial to establish that Mr. Hay shaved his head after the shooting. The evidence was used to explain the discrepancy between the eyewitness description of the shooter and Mr. Hay's actual appearance at the time of arrest. It was also adduced as evidence that Mr. Hay had attempted an after-the-fact change of his appearance. The fresh evidence indicates that the hair clippings did not originate from Mr. Hay's scalp. In my view, Mr. Hay has satisfied the standard for adducing fresh evidence articulated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, and the appropriate remedy is a new trial.

II. Factual Background

[4] In the early morning of July 6, 2002, two men shot and killed Collin Moore in a Toronto nightclub. The men also shot at Collin's brother, Roger Moore, who escaped with a graze to his forehead.

[5] The evidence at trial established that Collin was hosting a monthly fundraising event at the nightclub. Sometime after midnight, three or four

culpabilité sur la seule foi de la déposition de l'unique témoin oculaire l'ayant impliqué lors du procès. Deuxièmement, il a demandé à la Cour l'autorisation de produire un nouvel élément de preuve qui, selon lui, justifie son acquittement ou la tenue d'un nouveau procès.

[2] Je conviens avec la Cour d'appel que les directives que le juge du procès a adressées au jury n'étaient pas entachées d'erreur. La déposition du témoin oculaire impliquant M. Hay ne pouvait, à elle seule, étayer une inférence de culpabilité hors de tout doute raisonnable; toutefois, les directives du juge, considérées dans leur ensemble, n'indiquaient pas au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur le seul fondement de ce témoignage.

[3] Il y a lieu, cependant, d'autoriser M. Hay à produire un nouvel élément de preuve. Celui-ci a demandé à la Cour d'examiner la preuve apportée par deux experts ayant effectué une analyse criminalistique de bouts de poils que le ministère public avait mis en preuve pour établir que M. Hay s'était rasé la tête après la fusillade. Cette preuve avait servi à expliquer pourquoi la description du tireur donnée par le témoin oculaire ne correspondait pas à l'apparence de M. Hay au moment de son arrestation, et à démontrer que celui-ci avait tenté, après le fait, de modifier son apparence. Or, les nouveaux éléments de preuve indiquent que les bouts de poils ne provenaient pas du cuir chevelu de M. Hay. Je suis d'avis que M. Hay s'est conformé à la norme énoncée dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, en matière de production d'une nouvelle preuve et que la tenue d'un nouveau procès constitue la réparation appropriée.

II. Contexte factuel

[4] Tôt le matin du 6 juillet 2002, deux hommes ont fait feu sur Collin Moore dans une boîte de nuit de Toronto et l'ont tué. Ils ont également tiré sur son frère, Roger Moore, qui s'en est cependant sorti avec une égratignure au front.

[5] Il a été établi au procès que Collin animait une soirée-bénéfice mensuelle dans la boîte de nuit. Peu après minuit, trois ou quatre hommes sont

men arrived at the club and refused to pay the entry fee. Two of the intruders were Gary Eunick, who was seen wearing an orange vest, and his brother, both of whom were known by multiple witnesses at the club. The intruders pushed their way into the lobby of the club. When Collin and Roger intervened, a fight broke out in which beer bottles were broken and the glass door of the club was smashed.

[6] Following the fight in the lobby, Collin and Roger retreated to the nightclub's kitchen. The intruders exited the club, at which point Mr. Eunick was seen fidgeting with a gun in the parking lot. Minutes later, he and two of the other intruders, one wearing a blue/green shirt, returned to the nightclub. Mr. Eunick was armed with a semi-automatic handgun and the man in the blue/green shirt carried a long barrel revolver. Mr. Eunick and the man in the blue/green shirt entered the kitchen, where they shot Collin eight times, killing him. They also shot at Roger, who was grazed by a bullet and only slightly wounded.

[7] The owner of the nightclub saw Mr. Eunick leaving the club in a green Honda and recorded the licence plate number. The car was registered to Lydia Hay, who resided at 6927 Chigwel Court, with her daughter Lisa Hay, who was Gary Eunick's girlfriend, and her son Leighton Hay, the appellant. The police arrived at the Chigwel residence within approximately half an hour of the shooting, where they found the green Honda in the driveway. They surveilled the residence for approximately the next 10 hours.

[8] While the police were surveilling the home, several witnesses from the nightclub were shown photo lineups at the police station. Multiple witnesses were able to confidently identify Gary Eunick as the shooter in an orange vest with the semi-automatic gun. Given Mr. Hay's connection to the Chigwel residence and a database lookup that revealed he had a prior firearm conviction, the police considered him a suspect. Leisa Maillard, an

arrivés à l'établissement et ont refusé de payer le coût d'entrée. De multiples témoins présents connaissaient deux d'entre eux, soit Gary Eunick qui, d'après les témoignages, portait une veste orange, et son frère. Les intrus ont forcé leur chemin dans le vestibule. Lorsque Collin et Roger sont intervenus, une bagarre a éclaté, des bouteilles de bière ont été fracassées et la porte vitrée de la boîte de nuit a volé en éclats.

[6] Après la bagarre dans le vestibule, Collin et Roger ont retraité à la cuisine. Les intrus sont sortis de la boîte de nuit, et M. Eunick a alors été vu en train de manier une arme à feu dans le stationnement. Quelques minutes plus tard, il est revenu dans l'établissement, accompagné de deux des autres intrus, dont un qui portait une chemise de couleur bleue/verte. M. Eunick tenait une arme de poing semi-automatique et l'homme à la chemise bleue/verte tenait un revolver à canon long. M. Eunick et l'homme à la chemise bleue/verte sont allés à la cuisine et ont fait feu à huit reprises sur Collin, le tuant. Ils ont également tiré sur Roger, qui a été effleuré par un projectile et n'a subi qu'une blessure superficielle.

[7] Le propriétaire de la boîte de nuit a vu M. Eunick quitter les lieux dans une voiture de marque Honda, de couleur verte, et a noté le numéro de la plaque. La voiture était immatriculée au nom de Lydia Hay, qui résidait au 6927 Chigwel Court, avec sa fille, Lisa Hay — la petite amie de Gary Eunick — et son fils, Leighton Hay, l'appelant. Les policiers sont arrivés à la résidence de Chigwel Court environ une demi-heure après la fusillade et ont noté la présence de la voiture Honda verte garée dans l'entrée. Ils ont alors surveillé la résidence pendant une dizaine d'heures.

[8] Entre-temps, au poste de police, avaient lieu des séances d'identification photographique auxquelles avaient été convoqués plusieurs témoins de l'incident à la boîte de nuit. Un bon nombre d'entre eux ont d'ailleurs pu identifier avec assurance Gary Eunick au tireur à la veste orange et à l'arme semi-automatique. Étant donné les liens existant entre M. Hay et la résidence de Chigwel Court et ses antécédents criminels en matière d'armes à feu, révélés

acquaintance of Collin Moore who was in the kitchen at the time the intruders entered to shoot him, was shown a lineup containing a photo of Mr. Hay. When asked about the identity of the shooter in the blue/green shirt, she selected Mr. Hay's photo. The details of that selection are discussed in more detail later.

[9] Neither party proffered evidence as to whether Mr. Hay's photo was included in the lineups shown to witnesses other than Ms. Maillard.

[10] At approximately noon, following the shooting, Lisa Hay, Mr. Hay's sister, emerged from the Chigwel residence and appeared as though she was prepared to clean the green Honda. At this point, the police moved in, secured the residence, and arrested Gary Eunick and Leighton Hay. The men were subsequently charged with the first degree murder of Collin Moore and the attempted murder of Roger Moore.

III. Procedural History

A. *Trial Proceedings*

[11] Mr. Eunick and Mr. Hay were tried together on both counts. The Crown's theory at trial was that Mr. Eunick and Mr. Hay were the two men who entered the kitchen and shot at the Moore brothers.

[12] The identity of Mr. Eunick as one of the shooters was never in serious doubt. Mr. Eunick was identified by multiple witnesses at the nightclub, including Collin Moore's wife, who knew him, and the club owner, who named him during his initial 911 call that night. The physical evidence connecting Mr. Eunick to the shooting was also overwhelming. The Crown introduced evidence of a palm print and blood found on the front door of the nightclub that matched Mr. Eunick. It also introduced evidence of several items found scattered around the Chigwel residence that implicated Mr. Eunick,

par l'interrogation de bases de données, la police le considérait comme un suspect. Une série de photos comprenant celle de M. Hay a donc été montrée à Leisa Maillard, une connaissance de Collin Moore qui se trouvait dans la cuisine lorsque les intrus y sont entrés et ont tiré sur lui. Quand on a demandé à M^{me} Maillard d'identifier le tireur à la chemise bleue/verte, elle a désigné la photo de M. Hay. Nous reviendrons plus loin sur cette identification de façon plus détaillée.

[9] Aucune des parties n'a présenté de preuve établissant si la photo de M. Hay figurait parmi les photos présentées à d'autres témoins que M^{me} Maillard.

[10] Après la fusillade, vers midi, Lisa Hay, sœur de M. Hay, est sortie de la résidence de Chigwel Court et semblait s'apprêter à laver la voiture Honda verte. La police est alors intervenue, a sécurisé la résidence et a arrêté Gary Eunick et Leighton Hay, lesquels ont par la suite été accusés du meurtre au premier degré de Collin Moore et de tentative de meurtre à l'endroit de Roger Moore.

III. Historique judiciaire

A. *Le procès*

[11] MM. Eunick et Hay ont été jugés ensemble relativement aux deux chefs d'accusation. Selon la thèse du ministère public exposée au procès, il s'agissait des deux hommes qui étaient entrés dans la cuisine et avaient fait feu sur les frères Moore.

[12] L'identification de M. Eunick avec l'un des tireurs n'a jamais été sérieusement mise en doute. En effet, il a été identifié par de nombreux témoins présents à la boîte de nuit, dont l'épouse de Collin Moore, qui connaissait M. Eunick, ainsi que par le propriétaire de l'établissement, qui l'avait nommé dans l'appel initial au service 911. En outre, la preuve matérielle reliant M. Eunick à la fusillade était accablante. Le ministère public a mis en preuve une empreinte de paume et un échantillon de sang prélevés sur la porte d'entrée de la boîte de nuit et correspondant à l'empreinte et au sang

including: a shopping bag recovered from the back of the house containing the orange vest he wore at the club, which had Mr. Eunick's blood and gunshot granules on it; a backpack containing a white T-shirt and blue jeans, which had Mr. Eunick's blood and gunshot residue on them; shoes in Lisa Hay's closet, which had glass shards in the treads from the broken door at the club; bullets found in a sock in a hamper at the entrance to Mr. Hay's bedroom, one of which may have been cycled through (i.e. was at some point loaded in the chamber of the semi-automatic handgun fired by Mr. Eunick); and Mr. Eunick's blood in the front passenger area of the Honda Civic.

[13] The Crown's theory was that Mr. Hay was the second shooter — the man with the long barrel revolver wearing a blue/green shirt. Mr. Hay's defence was that he never went to the club with Mr. Eunick that night and was instead at home sleeping during the relevant period.

[14] The Crown's case against Mr. Hay consisted of testimony from Ms. Maillard and four pieces of physical evidence: (1) the aforementioned bullets in a sock, which were found in a laundry hamper at the entrance of Mr. Hay's bedroom; (2) a white T-shirt, which contained a particle of gunshot residue, found in the same hamper; (3) hair clippings found in a newspaper in the bathroom garbage; and (4) hair clippings found in an electric razor in Mr. Hay's nightstand. An understanding of the relevance of each piece of evidence and the overall strength of the Crown's case is necessary to evaluate Mr. Hay's arguments on appeal.

de M. Eunick. Il a également présenté en preuve divers articles recueillis à la résidence de Chigwel Court et impliquant M. Eunick, notamment un sac à provisions récupéré à l'arrière de la maison et contenant la veste orange qu'il portait dans la boîte de nuit, maculée de son sang et de granules de poudre; un sac à dos dans lequel se trouvaient un tee-shirt blanc et un jeans, eux aussi tachés du sang de M. Eunick et de résidus de poudre; des chaussures trouvées dans le placard de Lisa Hay, et dont les semelles retenaient des éclats de verre provenant de la porte brisée de la boîte de nuit; des balles d'arme à feu à l'intérieur d'une chaussette trouvée dans un panier à linge sale à l'entrée de la chambre de M. Hay — dont une aurait pu connaître un cycle d'armement, c.-à-d. qu'elle aurait été chargée à un certain moment dans la chambre de l'arme de poing semi-automatique utilisée par M. Eunick —; et du sang de M. Eunick prélevé du côté du passager à l'avant de l'habitacle de la voiture Honda Civic.

[13] Selon la thèse du ministère public, M. Hay était le deuxième tireur, l'homme qui portait la chemise bleue/verte et tenait un revolver à canon long. Ce dernier a soutenu pour sa défense qu'il n'était pas allé à la boîte de nuit avec M. Eunick cette nuit-là et qu'il dormait à la maison pendant la période en cause.

[14] La preuve à charge du ministère public à l'encontre de M. Hay était constituée du témoignage de M^{me} Maillard et de quatre éléments de preuve matérielle : (1) les balles susmentionnées, trouvées à l'intérieur d'une chaussette dans un panier à linge sale à l'entrée de la chambre de M. Hay, (2) un tee-shirt blanc provenant du même panier et sur lequel on avait décelé une particule de résidu de poudre, (3) des bouts de poils trouvés dans un journal dans la poubelle de la salle de bain, et (4) des bouts de poils recueillis dans un rasoir électrique déposé dans la table de nuit de M. Hay. Il faut bien comprendre la pertinence de chaque élément de preuve et la force probante générale de la preuve du ministère public pour apprécier les arguments que M. Hay a invoqués en appel.

(1) Ms. Maillard's Eyewitness Evidence

[15] Ms. Maillard was the only eyewitness who implicated Mr. Hay as one of the shooters. She testified that she was in the kitchen when the two shooters entered and that she focused her attention on the shooter who was wearing the blue/green plaid button-up shirt with a white T-shirt underneath and who carried a long barrel revolver. She described him as having two-inch long “picky” dreadlocks: A.R., vol. II, at p. 832. According to her testimony, she said to the shooter: “You don’t have to do this, you know. If you guys want to fight, just fight. He has a wife and kids” (p. 835). At that point, the man turned to her, pointed his gun, and said, “Shut your blood clot before I kill you” (*ibid.*). Ms. Maillard continued to focus on the man in the blue/green shirt, who moved further into the kitchen and began firing at the Moore brothers. After the fourth shot, she left the kitchen and hid in the hallway.

[16] As mentioned above, following the shooting, the police suspected that Mr. Hay might be the second shooter and included his picture in a photo lineup shown to Ms. Maillard. The evidence at trial established that the lineup contained 12 photos, one photo of Mr. Hay that was taken roughly two years earlier and 11 photos depicting men with similar features.

[17] Detective Derek Young provided Ms. Maillard with a series of cautions before showing her the photo lineup. In particular, he informed her that he would be showing her a page with 12 photos on it that may or may not include a photo of the suspect. He informed her that she should go through each of the 12 photos before selecting anyone and that she should not rely heavily on facial features that might change. He told her that if she was able to identify the shooter with 100 percent positivity, she should say so, and if not, she should provide a percentage on the likelihood that the person she has selected was the suspect.

(1) La déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire

[15] M^{me} Maillard est le seul témoin oculaire ayant désigné M. Hay comme l’un des tireurs. Selon son témoignage, elle se trouvait dans la cuisine lorsque les deux tireurs y sont entrés, et son attention s’est dirigée vers celui qui portait un tee-shirt blanc avec une chemise à carreaux bleue/verte boutonnée et qui tenait un revolver à canon long. Selon elle, il portait des tresses rastas [TRADUCTION] « ébouriffées » longues de deux pouces : d.a., vol. II, p. 832. Toujours d’après son témoignage, elle a dit au tireur : « Ce n’est pas nécessaire de faire ça, tu sais. Si vous voulez vous battre, battez-vous. Il a une femme et des enfants » (p. 835). L’homme s’est alors tourné vers elle et l’a mise en joue en lui lançant : [TRADUCTION] « Ferme ta maudite gueule ou je te descends » (*ibid.*). M^{me} Maillard a continué d’observer l’homme à la chemise bleue/verte qui s’est encore avancé dans la cuisine avant de commencer à tirer sur les frères Moore. Après le quatrième coup de feu, elle est sortie de la cuisine et s’est cachée dans le couloir.

[16] Après la fusillade, on l’a vu, la police soupçonnait M. Hay d’être le deuxième tireur et a donc inclus sa photo dans une séance d’identification photographique tenue avec M^{me} Maillard. La preuve présentée au procès établit que 12 photos ont alors été montrées, soit une photo de M. Hay prise environ deux ans auparavant et 11 photos d’hommes partageant des traits similaires.

[17] Le détective Derek Young a servi plusieurs mises en garde à M^{me} Maillard avant de lui exhiber les photos. Il lui a notamment mentionné qu’il allait lui montrer une page présentant 12 photos, parmi lesquelles pourrait ou non se trouver une photo du suspect. Il lui a dit qu’elle devait, avant de sélectionner une photo, examiner toutes les photos et qu’elle ne devait pas attacher trop d’importance aux caractéristiques faciales susceptibles de changer. Il a ajouté que si elle était en mesure d’identifier le tireur avec une certitude absolue, elle devait le dire; sinon, elle devait préciser le pourcentage de probabilité, selon elle, que la personne dont elle avait sélectionné la photo soit le suspect.

[18] Det. Young’s and Ms. Maillard’s testimony established that Ms. Maillard looked at each photo in the lineup and that when she reached the photo depicting Mr. Hay, she became shaken up. She pointed at the photo and stated: “Out of all of these pictures this gentleman most fits the description of the gentlemen I saw shooting”: A.R., vol. III, at p. 999. She stated to the investigating officer that in her belief, the photo of Mr. Hay depicted the shooter in the blue/green shirt and on “a percentage scale I would probably say maybe 80 percent” (pp. 979-80). Det. Young then sought to clarify her statement with the following exchange:

[Det. Young:] Are you saying that this photograph depicts the likeness about 80 percent of the person?

. . .

[Ms. Maillard:] That’s correct.

. . .

[Det. Young:] That did the shooting?

. . .

[Ms. Maillard:] That’s correct.

. . .

[Det. Young:] But are you saying this is the person that did the shooting? I have to have a yes or no.

. . .

[Ms. Maillard:] No, the photograph is about 80 percent . . . of what depicts the likeness of the person that did the shooting.

. . .

[Det. Young:] Okay.

. . .

[Ms. Maillard:] I wish I could. [A.R., vol. III, at pp. 1014-16]

[18] Il ressort des témoignages du détective Young et de M^{me} Maillard que celle-ci a regardé chacune des photos et qu’elle s’est agitée en regardant celle de M. Hay. Elle a désigné la photo en déclarant : [TRADUCTION] « Parmi toutes ces photos, c’est cet homme qui correspond le mieux à celui que j’ai vu tirer » : d.a., vol. III, p. 999. Elle a déclaré à l’enquêteur qu’elle croyait que la photo de M. Hay représentait le tireur à la chemise bleue/verte, et a ajouté : « . . . en pourcentage, je dirais à environ 80 p. 100 » (p. 979-980). Le détective Young a alors cherché à lui faire préciser sa déclaration, ce qui a donné lieu à l’échange suivant :

[TRADUCTION]

[Dét. Young :] Affirmez-vous que cette photo ressemble à la personne à environ 80 p. 100?

. . .

[M^{me} Maillard :] C’est ça.

. . .

[Dét. Young :] La personne qui a tiré?

. . .

[M^{me} Maillard:] C’est ça.

. . .

[Dét. Young :] Mais est-ce que vous dites que c’est la personne qui a tiré? Vous devez répondre par un oui ou un non.

. . .

[M^{me} Maillard :] Non. La photo ressemble à la personne qui a tiré à environ 80 p. 100.

. . .

[Dét. Young :] O.K.

. . .

[M^{me} Maillard :] Je souhaiterais pouvoir le dire. [d.a., vol. III, p. 1014-1016]

[19] At trial, Ms. Maillard took the position that she did intend to identify Mr. Hay as the shooter in the blue/green shirt. She explained her comment that the photo shared 80 percent of the likeness of the shooter as follows:

I meant that the photograph being a photocopy, about not being able to pick up the facial hair, not being able to see, you know, knowing that it might not be a current photograph of him, noting that his hair might be different, taking into account all those factors that I was told and being — seeing someone get shot and knowing that this is something very important that I was doing, picking somebody, you know, out of a line-up that was responsible for a man dying, I was being cautious. [A.R., vol. II, at pp. 856-57]

[20] According to Ms. Maillard’s testimony, a day or two after the shooting, she called the police station “to find out whether or not [her] I.D. was pretty much the right person or not”: A.R., vol. II, at pp. 893-94.

[21] Three weeks after the shooting, Ms. Maillard participated in a second photo lineup, in which she was shown a number of photographs in sequence and asked if any matched the shooter in the blue/green shirt. The photo sequence contained the photo of Mr. Hay taken on the day of his arrest, following the shooting. However, Ms. Maillard did not select any photo from the sequence. Ms. Maillard testified at trial that she just “flipped through” the photos and stated that the arrest photo did not have a gaunt face, as she had recalled the shooter at the club: A.R., vol. II, at p. 895.

[22] Finally, defence counsel elicited testimony from Ms. Maillard that at the preliminary inquiry, she repeatedly identified Mr. Eunick, not Mr. Hay, as the shooter in the blue/green shirt. Ms. Maillard testified that she erroneously pointed out Mr. Eunick because she was nervous and scared, and because Mr. Hay had bulked up since the shooting.

[19] Au procès, M^{me} Maillard a déclaré que son intention était d’identifier M. Hay au tireur à la chemise bleue/verte. Elle a ainsi expliqué son commentaire selon lequel la photo lui ressemblait à 80 p. 100 :

[TRADUCTION] Je voulais dire que la photo étant une photocopie, que je ne pouvais distinguer la pilosité du visage, je ne pouvais voir, vous comprenez, et je savais que ça pouvait être une photo non récente et que les cheveux pouvaient avoir changé. Je tenais compte de tous les facteurs dont on m’avait parlé, et après avoir vu quelqu’un se faire tirer dessus, et sachant que je faisais quelque chose de très important, c’est-à-dire identifier quelqu’un, à partir d’une série de photos, qui était responsable de la mort d’un homme, j’étais prudente. [d.a., vol. II, p. 856-857]

[20] Selon le témoignage de M^{me} Maillard, elle a téléphoné au poste de police un jour ou deux après la fusillade [TRADUCTION] « pour savoir si l’identification [qu’elle avait faite] correspondait assez bien à la bonne personne » : d.a., vol. II, p. 893-894.

[21] Trois semaines après la fusillade, M^{me} Maillard a participé à une deuxième séance d’identification photographique au cours de laquelle on lui a présenté plusieurs photos de façon séquentielle en lui demandant d’indiquer si l’une d’elles correspondait au tireur à la chemise bleue/verte. La série de photos comprenait une photo de M. Hay prise le jour de son arrestation, après la fusillade, mais M^{me} Maillard n’a désigné aucune des photos. Elle a témoigné, au procès, qu’elle avait [TRADUCTION] « passé vite » sur les photos, et que la photo prise lors de l’arrestation ne montrait pas un homme au visage émacié conforme au souvenir qu’elle conservait du tireur de la boîte de nuit : d.a., vol. II, p. 895.

[22] Enfin, l’avocat de la défense a fait témoigner M^{me} Maillard sur le fait qu’à l’enquête préliminaire, elle avait plusieurs fois identifié M. Eunick, et non M. Hay, au tireur à la chemise bleue/verte. Elle a répondu s’être trompée en désignant M. Eunick parce qu’elle était nerveuse, qu’elle avait peur et que M. Hay avait pris du poids depuis la fusillade.

[23] Ms. Maillard was not asked at trial if she could make an in-court identification of Mr. Hay.

(2) Physical Evidence: Bullets, White T-Shirt and Hair Clippings

[24] As mentioned above, the Crown introduced the following physical evidence implicating Mr. Hay: (1) bullets found in a sock in a laundry hamper in his bedroom, one of which may have been cycled through the semi-automatic handgun fired by Mr. Eunick; (2) a white T-shirt in the same hamper with one granule of gunshot residue on it; (3) hair clippings from a newspaper in the garbage of the bathroom nearest to Mr. Hay's bedroom; and (4) hair clippings in an electric razor found in Mr. Hay's nightstand.

[25] The bullets and white T-shirt implicated Mr. Hay in the crime based on the location in which they were found — the hamper in his bedroom — and the expert testimony associating them with the shooting. With respect to the bullets, the Crown's firearms expert testified that one of the unfired bullets found in the sock had been cycled through the semi-automatic gun used by Mr. Eunick in the shooting. Mr. Hay's firearm expert did not dispute the methodology or assumptions made by the Crown expert, but testified that he was unable to reach the same conclusion. It was undisputed that if the bullets in the sock had any connection to the shooting, it was to the semi-automatic gun fired by Mr. Eunick and not the long barrel revolver used by the shooter in the blue/green shirt.

[26] The white T-shirt was tied to the shooting by virtue of the eyewitness testimony that the shooter in the blue/green shirt was wearing a white T-shirt underneath and the fact that the T-shirt was found on the top of Mr. Hay's laundry hamper with one speck of gunshot residue on it. The Crown's theory was that Mr. Hay put the bullets and his white T-shirt

[23] Lors du procès, on n'a pas demandé à M^{me} Maillard si elle pouvait identifier M. Hay dans la salle d'audience.

(2) La preuve matérielle : les balles, le tee-shirt blanc et les bouts de poils

[24] Comme je l'ai déjà indiqué, le ministère public a présenté les éléments de preuve matérielle suivants pour démontrer l'implication de M. Hay : (1) des balles trouvées dans une chaussette retirée d'un panier à linge dans sa chambre — une de ces balles pouvait avoir été engagée dans l'arme de poing semi-automatique dont s'était servi M. Eunick —, (2) un tee-shirt blanc provenant du même panier à linge et sur lequel il y avait une granule de résidu de poudre, (3) des bouts de poils trouvés dans un journal jeté dans la poubelle de la salle de bain la plus près de la chambre de M. Hay, et (4) des bouts de poils provenant d'un rasoir électrique trouvé dans la table de nuit de M. Hay.

[25] Les balles et le tee-shirt blanc impliquaient M. Hay à cause de l'endroit où ils avaient été trouvés — le panier à linge dans sa chambre — et du témoignage d'expert qui les reliait à la fusillade. L'expert en armes à feu cité par le ministère public a déclaré que l'une des balles non utilisées trouvées dans la chaussette avait été engagée dans l'arme semi-automatique dont M. Eunick s'était servi lors de la fusillade. L'expert en armes à feu cité par l'avocat de M. Hay n'a pas remis en question la méthodologie suivie par l'expert du ministère public ni les hypothèses qu'il a formulées, mais il a témoigné ne pas pouvoir tirer la même conclusion. Il était incontestable que s'il existait un lien entre les balles trouvées dans la chaussette et la fusillade, c'était avec l'arme semi-automatique utilisée par M. Eunick et non le revolver à canon long utilisé par le tireur à la chemise bleue/verte.

[26] Le tee-shirt blanc était lié à la fusillade en raison des dépositions des témoins oculaires affirmant que le tireur à la chemise bleue/verte en portait un sous sa chemise, et parce qu'il avait été trouvé sur le dessus de la pile de linge dans le panier de M. Hay et qu'il y avait une granule de résidu de poudre dessus. Le ministère public soutenait que M. Hay avait

in the hamper upon returning home from the shooting.

[27] The defence argued that Mr. Eunick, who had testified that he used the bathroom next to Mr. Hay's bedroom upon returning from the club, placed the bullets in Mr. Hay's hamper, which was located just inside the entrance to the bedroom. In the process of doing so, Mr. Eunick contaminated the white T-shirt on the top of the hamper with a single granule of gunshot residue. According to the defence, this was supported by the fact that there was no gunshot residue found on any of the other items in the hamper.

[28] The other physical evidence introduced by the Crown was hair clippings obtained from two places: (1) a crumpled page of newspaper dated three weeks earlier found in the waste basket in the bathroom near Mr. Hay's bedroom and (2) an electric razor found in the nightstand next to Mr. Hay's bed. The evidence established that the hairs in the newspaper and the razor were less than a centimeter long. The hair was not submitted to a forensic expert for trial and no expert testified regarding the hair.

[29] The Crown's theory with respect to the hair clippings was that Mr. Hay shaved his head upon returning home from the shooting. This was necessary to explain the discrepancy between the eyewitness testimony — which indicated that the second shooter had dreadlocks that were two inches or longer — and the length of Mr. Hay's hair when he was arrested — which was very short. It was also used to explain why Ms. Maillard was not able to identify Mr. Hay based on the arrest photo shown to her three weeks after the shooting. The Crown also suggested that the haircut represented an after-the-fact attempt by Mr. Hay to change his appearance to cover up his involvement in the shooting.

[30] In addition to this physical evidence, the Crown also introduced a videotape of the Chigwel Court residence recorded after Mr. Eunick and Mr. Hay were arrested. One scene in the video

mis les balles et son tee-shirt blanc dans le panier à son retour à la maison après la fusillade.

[27] La défense a fait valoir que M. Eunick — qui avait témoigné être allé, à son retour de la boîte de nuit à la salle de bain située à côté de la chambre de M. Hay — avait placé les balles dans le panier de M. Hay situé à l'entrée de la chambre à coucher. Ce faisant, M. Eunick avait contaminé le tee-shirt blanc qui se trouvait sur le dessus de la pile avec une seule granule de résidu de poudre. Selon la défense, l'absence de résidu de poudre sur les autres pièces déposées dans le panier étayait cette thèse.

[28] L'autre élément de preuve matérielle du ministère public consistait en des bouts de poils recueillis à deux endroits : (1) dans une feuille de journal froissée vieille de trois semaines recueillie dans la poubelle de la salle de bain située près de la chambre de M. Hay, et (2) dans un rasoir électrique trouvé dans la table de nuit à côté du lit de M. Hay. La preuve a établi que les cheveux trouvés dans le journal et le rasoir mesuraient moins d'un centimètre. Les cheveux n'ont pas été soumis à un expert en criminalistique en vue du procès et aucun expert n'a témoigné à leur sujet.

[29] Selon la thèse du ministère public concernant les bouts de poils, M. Hay s'était rasé la tête à son retour à la maison après la fusillade. Il fallait en effet expliquer pourquoi la longueur des cheveux de M. Hay lors de son arrestation — il avait les cheveux très courts — ne correspondait pas à la longueur décrite par les témoins oculaires, selon lesquels le second tireur portait des tresses rastas longues d'au moins deux pouces. Cette thèse devait aussi expliquer pourquoi, trois semaines après la fusillade, M^{me} Maillard n'avait pas pu identifier M. Hay à partir de la photo prise lors de son arrestation. Le ministère public a également soutenu qu'en se coupant les cheveux, M. Hay avait tenté, après le fait, de modifier son apparence pour dissimuler son implication dans la fusillade.

[30] Outre ces éléments de preuve matérielle, le ministère public a aussi déposé un enregistrement vidéo montrant la résidence de Chigwel Court, réalisé après l'arrestation de MM. Eunick et Hay,

depicts a blue shirt draped on a bunk bed in a second bedroom in the home. However, the record does not indicate that the Crown ever sought to seize the shirt, let alone submit it for testing or present it to one of the eyewitnesses to make the case that it was the blue/green shirt worn by the second shooter.

(3) Jury Verdict

[31] Based on the evidence described above, the jury found Mr. Eunick and Mr. Hay guilty of first degree murder of Collin Moore and attempted murder of Roger Moore.

B. *Ontario Court of Appeal, 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24*

[32] In the Court of Appeal, Mr. Hay challenged his conviction on the bases that the jury's verdict was unreasonable and that the trial judge erred in instructing the jury on eyewitness identification. Moldaver J.A., as he then was, wrote for a unanimous panel and dismissed the appeal.

[33] The court held that the jury's verdict was not unreasonable because, despite weaknesses in Ms. Maillard's eyewitness testimony, there was other confirmatory evidence presented to the jury, including the bullets and shirt found in Mr. Hay's hamper and the hair clippings, which allowed for the "powerful inference" that Mr. Hay shaved his head after the murder to disguise his appearance (para. 36). The court acknowledged that the jury could have drawn multiple inferences from the evidence presented, but concluded that this confirmatory evidence "put this case over the unreasonable verdict threshold" (*ibid.*).

[34] With respect to the trial judge's instruction to the jury on eyewitness identification, Mr. Hay raised three arguments. First, he argued that the trial

et dans lequel on peut notamment voir une chemise bleue étendue sur un lit superposé dans une autre chambre à coucher. Toutefois, selon le dossier, le ministère public n'a pas cherché à saisir la chemise ni même à la faire analyser ou à la montrer à l'un des témoins oculaires pour prouver qu'il s'agissait bien de la chemise bleue/verte portée par le deuxième tireur.

(3) Le verdict du jury

[31] S'appuyant sur la preuve décrite précédemment, le jury a déclaré MM. Eunick et Hay coupables du meurtre au premier degré de Collin Moore et de tentative de meurtre à l'endroit de Roger Moore.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24*

[32] En Cour d'appel, M. Hay a contesté sa déclaration de culpabilité aux motifs que le verdict du jury était déraisonnable et que le juge du procès avait adressé au jury des directives erronées concernant l'identification par témoin oculaire. Le juge Moldaver, maintenant juge de notre Cour, rendant le jugement unanime de la Cour d'appel, a rejeté l'appel.

[33] La Cour d'appel a conclu que, malgré des faiblesses relevées dans la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire, le verdict du jury n'était pas déraisonnable parce que d'autres éléments de preuve corroborants présentés au jury, notamment les balles et le tee-shirt trouvés dans le panier à linge de M. Hay ainsi que les bouts de poils, autorisaient une [TRADUCTION] « inférence solide » que M. Hay s'était rasé la tête après le meurtre pour modifier son apparence (par. 36). La Cour d'appel a reconnu que le jury aurait pu tirer de multiples inférences de la preuve présentée, mais elle a conclu que cette preuve corroborante « élev[ait] le verdict au-dessus du seuil sous lequel un verdict est déraisonnable » (*ibid.*).

[34] En ce qui concerne les directives que le juge du procès a données au jury au sujet de l'identification par témoin oculaire, M. Hay a invoqué trois

judge erroneously instructed the jury that it could convict Mr. Hay on the evidence of Ms. Maillard alone. The Court of Appeal disagreed. In its view, the trial judge did not instruct the jury that it could convict on Ms. Maillard's testimony alone. Rather, the trial judge instructed the jury that it must look to confirmatory evidence.

[35] Mr. Hay raised two other challenges regarding the trial judge's instruction on eyewitness evidence and challenged the trial judge's instruction on the planning and deliberation requirement for first degree murder. These challenges were rejected by the Court of Appeal and have not been reargued before this Court.

C. Motion for an Order to Release Exhibits

[36] While the application for leave to appeal was pending before this Court, Mr. Hay filed a motion to compel the Crown to release two pieces of evidence for forensic testing: the hair clippings found in the crumpled newspaper and the hair clippings found in the electric razor. Mr. Hay sought to forensically examine the hair clippings to determine from what part of the body the clippings came. This Court allowed the motion; see *R. v. Hay*, 2010 SCC 54, [2010] 3 S.C.R. 206, at para. 10. However, it deferred consideration of any motion to adduce fresh evidence to be considered with the appeal (para. 9).

[37] On December 1, 2010, the parties submitted a proposed protocol for releasing the hair clippings and having them examined by the Centre of Forensic Sciences. This Court ordered that the hairs be released and examined in accordance with that protocol. Mr. Hay subsequently filed a motion under s. 683 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to adduce the reports and testimony of experts who conducted the forensic examination.

arguments. Il a d'abord soutenu que le premier juge avait fait erreur en indiquant au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable en se fondant sur le seul témoignage de M^{me} Maillard. La Cour d'appel n'a pas retenu cet argument, estimant que le juge du procès n'avait pas donné une telle directive, mais avait plutôt incité le jury à rechercher des éléments de preuve corroborants.

[35] M. Hay a soulevé deux autres motifs de contestation à l'égard des directives portant sur le témoignage de témoins oculaires et a aussi contesté les directives concernant la préméditation et le propos délibéré, des éléments nécessaires pour qu'il y ait meurtre au premier degré. La Cour d'appel a rejeté ces moyens, qui n'ont pas été repris devant notre Cour.

C. Requête sollicitant la production de pièces

[36] Pendant que la demande d'autorisation d'appel devant nous suivait son cours, M. Hay a demandé par requête que le ministère public soit tenu de produire deux éléments de preuve à des fins d'analyse criminalistique, à savoir les bouts de poils trouvés dans le journal froissé et ceux qui avaient été prélevés dans le rasoir électrique. L'analyse sollicitée visait à faire déterminer de quelle partie du corps provenaient ces éléments de preuve. Notre Cour a accueilli la requête; voir *R. c. Hay*, 2010 CSC 54, [2010] 3 R.C.S. 206, par. 10. Elle a toutefois reporté à l'audition du pourvoi l'examen de toute requête en production de nouveaux éléments de preuve (par. 9).

[37] Le 1^{er} décembre 2010, les parties ont soumis un projet de protocole visant la production des bouts de poils pour analyse par le Centre des sciences judiciaires. Puis, notre Cour en a ordonné la production et l'examen conformément au protocole. Par la suite, M. Hay a déposé une requête fondée sur l'art. 683 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, pour présentation des rapports et des témoignages des experts ayant procédé à l'analyse criminalistique.

IV. Issues

[38] This appeal presents two issues:

- (1) Whether the trial judge erred by instructing the jury that it could convict Mr. Hay based on Ms. Maillard's eyewitness evidence alone.
- (2) Whether Mr. Hay's motion to adduce fresh evidence should be granted and if so, what is the appropriate remedy?

V. AnalysisA. *Jury Charge Regarding Eyewitness Testimony*

[39] Mr. Hay argues that the trial judge erred by instructing the jury that it could convict him on Ms. Maillard's eyewitness testimony alone. Like the Court of Appeal, I am of the view that Mr. Hay's argument should be rejected. As I explain below, it would have been an error to instruct the jury that it could convict Mr. Hay based on Ms. Maillard's testimony alone because it was too weak to establish Mr. Hay's guilt beyond a reasonable doubt. However, read as a whole, the trial judge's jury charge did not instruct the jury that it could convict based on Ms. Maillard's testimony alone. Rather, it instructed the jury that it must look to confirmatory evidence. It is not disputed that Ms. Maillard's testimony in conjunction with the confirmatory evidence was sufficient to support the conclusion that Mr. Hay was guilty beyond a reasonable doubt and, thus, there was no error in the jury charge.

- (1) Whether It Would Have Been an Error to Instruct the Jury That It Could Convict Mr. Hay Based on Ms. Maillard's Testimony Alone

[40] The credibility and weight that should be given to eyewitness testimony is an issue committed

IV. Questions en litige

[38] Le présent pourvoi soulève deux questions :

- (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant au jury la directive qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur le seul fondement de la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire?
- (2) Y a-t-il lieu d'accueillir la requête de M. Hay en production de nouveaux éléments de preuve et, le cas échéant, quelle est la réparation appropriée?

V. AnalyseA. *L'exposé au jury relatif à la déposition des témoins oculaires*

[39] M. Hay plaide que le juge du procès a fait erreur en expliquant au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable en s'appuyant uniquement sur la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire. Tout comme la Cour d'appel, j'estime qu'on ne saurait retenir cet argument. Ainsi que je l'expliquerai, le fait d'expliquer au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur le seul fondement du témoignage de M^{me} Maillard aurait certes constitué une erreur parce que ce témoignage était trop faible pour établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de M. Hay. Toutefois, l'exposé du juge au jury, pris dans son ensemble, n'indique pas qu'un verdict de culpabilité pouvait être rendu sur la foi de ce seul témoignage. De fait, il a plutôt donné comme directive au jury qu'il devait rechercher des éléments de preuve corroborants. Nul ne conteste que, jumelé à la preuve corroborante, le témoignage de M^{me} Maillard était suffisant pour fonder une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable et, par conséquent, l'exposé au jury n'était entaché d'aucune erreur.

- (1) Aurait-il été erroné d'expliquer au jury qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur la seule foi du témoignage de M^{me} Maillard?

[40] Les questions relatives à la crédibilité des témoins oculaires et au poids à accorder à leur

to the ultimate trier of fact — here, the jury: *R. v. Mezzo*, [1986] 1 S.C.R. 802, at pp. 844-45. It is well established that where the Crown relies on an eyewitness identification, the trial judge has a duty to caution the jury regarding the well-recognized frailties of identification evidence; see *Mezzo*, at p. 845, citing *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.); *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445, at paras. 78-79 (*per* Bastarache J., dissenting, although not on this point); *R. v. Canning*, [1986] 1 S.C.R. 991. However, a properly instructed jury may conclude, notwithstanding the frailties of eyewitness identification, that the eyewitness' testimony is reliable and may enter a conviction on those grounds. This may be so even where the Crown has relied on only a single eyewitness; see *Mezzo*, at p. 844; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197, at para. 23.

[41] Although the duty to assess the credibility and weight of an eyewitness' evidence sits with the jury and, in some circumstances, the testimony of one eyewitness will support a conviction, the jury should not be permitted to convict on the basis of eyewitness testimony that could not support an inference of guilt beyond a reasonable doubt. In other words, a jury should not be instructed that it may convict based on eyewitness testimony alone where that testimony, even if believed, would necessarily leave reasonable doubt in the mind of a reasonable juror; see *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, at paras. 21-25; *R. v. Reitsma*, [1998] 1 S.C.R. 769, rev'g (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. v. Zurowski*, 2004 SCC 72, [2004] 3 S.C.R. 509; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080. Indeed, where the Crown's case consists solely of eyewitness testimony that would necessarily leave reasonable doubt in the mind of a reasonable juror, the trial judge must direct an acquittal upon a motion for directed verdict (*Arcuri*, at para. 21).

témoignage relèvent du juge des faits — en l'espèce, le jury : *R. c. Mezzo*, [1986] 1 R.C.S. 802, p. 844-845. Il est bien établi que lorsque le ministère public a recours à l'identification par témoin oculaire, le juge du procès a l'obligation de mettre le jury en garde au sujet des faiblesses reconnues de la preuve d'identification; voir *Mezzo*, p. 845, citant *R. c. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.); *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445, par. 78-79 (le juge Bastarache, dissident, mais non sur ce point); *R. c. Canning*, [1986] 1 R.C.S. 991. Toutefois, un jury ayant reçu les directives appropriées peut, en dépit des faiblesses de l'identification par témoin oculaire, conclure à la fiabilité de la déposition du témoin oculaire et rendre un verdict de culpabilité sur ce fondement, et ce, même si le ministère public n'a cité qu'un seul témoin oculaire; voir *Mezzo*, p. 844; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197, par. 23.

[41] Bien que l'appréciation de la crédibilité et du poids de la déposition d'un témoin oculaire relève du jury et que, dans certaines circonstances, la déposition d'un seul témoin oculaire puisse fonder une déclaration de culpabilité, un jury ne devrait pas être autorisé à rendre un verdict de culpabilité en s'appuyant sur une déposition d'un témoin oculaire qui ne pourrait étayer une inférence de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Autrement dit, il ne faudrait pas expliquer au jury qu'il peut déclarer un accusé coupable en se basant uniquement sur la déposition d'un témoin oculaire lorsque la déposition, même si l'on y accorde foi, laisserait nécessairement subsister un doute raisonnable dans l'esprit d'un juré raisonnable; voir *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 21-25; *R. c. Reitsma*, [1998] 1 R.C.S. 769, inf. (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. c. Zurowski*, 2004 CSC 72, [2004] 3 R.C.S. 509; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080. En fait, si la preuve du ministère public consiste uniquement en la déposition d'un témoin oculaire qui soulèverait nécessairement un doute raisonnable dans l'esprit d'un juré raisonnable, le juge du procès saisi d'une demande de verdict imposé doit ordonner un acquittement (*Arcuri*, par. 21).

[42] In my view, it would have been unreasonable for the jury to convict Mr. Hay based solely on Ms. Maillard's eyewitness testimony. In addition to the usual frailties associated with eyewitness identification and photo lineups, the evidence at trial established several other problems with Ms. Maillard's ability to identify Mr. Hay as the shooter. As described above, Ms. Maillard's initial selection of Mr. Hay from the photo lineup was accompanied by a statement that she was not identifying him as the shooter, but as someone who shared 80 percent of the likeness of the shooter. Furthermore, within a couple of days of the shooting, Ms. Maillard called the police to confirm whether the person she had selected was "pretty much the right person or not": A.R., vol. II, at pp. 893-94. Also, the evidence established that three weeks after the shooting Ms. Maillard was not able to select Mr. Hay as the shooter based on his arrest photo taken the day of the crime and that, at the preliminary inquiry, Ms. Maillard repeatedly identified Mr. Eunick, not Mr. Hay, as the shooter in the blue/green shirt. Each of these events raised some doubt as to Ms. Maillard's ability to identify Mr. Hay as the second shooter.

[43] To be sure, the Crown did adduce evidence to address some of the problems with Ms. Maillard's testimony. It elicited testimony from Ms. Maillard that, despite her statements to the contrary when she selected Mr. Hay's photo on the morning of the shootings, she *did* intend to identify Mr. Hay as the shooter. Furthermore, the Crown introduced hair clippings found in Mr. Hay's bathroom and electric razor to explain that Ms. Maillard was unable to identify Mr. Hay based on his arrest photo because he had cut his hair.

[44] In my view, however, this evidence does not support the conclusion that Ms. Maillard's testimony, on its own, provided a basis for conviction. Ms. Maillard's testimony that she intended to identify Mr. Hay as the shooter could not erase the

[42] À mon avis, le jury aurait rendu un verdict déraisonnable s'il avait déclaré M. Hay coupable sur la seule foi de la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire. En effet, outre la faiblesse habituellement associée à l'identification par témoin oculaire et aux séances d'identification photographique, la preuve présentée au procès a révélé plusieurs autres problèmes touchant la capacité de M^{me} Maillard d'identifier M. Hay au tireur. Comme je l'ai déjà indiqué, lorsqu'elle a désigné la photo de M. Hay lors de la première séance d'identification, M^{me} Maillard a déclaré qu'elle ne l'identifiait pas au tireur, mais plutôt à une personne ressemblant à 80 p. 100 au tireur. De plus, quelques jours après la fusillade, M^{me} Maillard a téléphoné à la police pour savoir si l'identification qu'elle avait faite [TRADUCTION] « correspondait assez bien à la bonne personne » : d.a., vol. II, p. 893-894. Également, la preuve a démontré que, trois semaines après la fusillade, M^{me} Maillard a été incapable de désigner M. Hay comme étant le tireur à partir de la photo de celui-ci prise lors de son arrestation le jour même du crime et que, lors de l'enquête préliminaire, elle a plusieurs fois désigné M. Eunick, et non M. Hay, comme étant le tireur à la chemise bleue/verte. Chacun de ces incidents a jeté un certain doute sur la capacité de M^{me} Maillard d'identifier M. Hay au deuxième tireur.

[43] Certes, le ministère public a présenté des éléments de preuve afin de corriger certains problèmes liés à la déposition de M^{me} Maillard. Ainsi, il a obtenu de celle-ci l'affirmation que, malgré ses déclarations contraires au moment de désigner la photo de M. Hay le matin suivant la fusillade, son intention *était effectivement* de l'identifier au tireur. En outre, le ministère public a produit des bouts de poils trouvés dans la salle de bain et le rasoir électrique de M. Hay afin d'expliquer l'incapacité de M^{me} Maillard d'identifier M. Hay à partir de la photo prise lors de son arrestation par le fait qu'il s'était coupé les cheveux.

[44] J'estime toutefois que ces éléments de preuve ne permettent pas de conclure que le témoignage de M^{me} Maillard permettait à lui seul de rendre un verdict de culpabilité. Ainsi, sa déclaration portant qu'elle avait l'intention d'identifier M. Hay au tireur

reasonable doubt created by her confirmation at the time of the photo lineup that she could not identify him as the shooter and by her inability to identify Mr. Hay at the subsequent photo lineup and at the preliminary inquiry. Furthermore, although the Crown's explanation that Mr. Hay cut his hair after the shooting gave the jury a basis for reconciling Ms. Maillard's difficulty in identifying Mr. Hay in the second photo lineup, the explanation itself relied on confirmatory evidence — the hair clippings. It thus does not change the fact that Ms. Maillard's testimony, *in and of itself*, would not have permitted a reasonable juror to conclude without reasonable doubt that Mr. Hay was one of the shooters.

[45] For these reasons, in my view, it would have been an error for the trial judge to instruct the jury that it could convict Mr. Hay based solely on Ms. Maillard's evidence. Indeed, in this appeal, the Crown has not attempted to argue otherwise. The Crown has instead argued that the trial judge made no error because he never instructed the jury that it could have convicted Mr. Hay based on Ms. Maillard's testimony alone. I turn to that argument next.

(2) Whether the Trial Judge Erred in Instructing the Jury

[46] In my view, the Court of Appeal correctly held that the trial judge made no error in instructing the jury regarding Ms. Maillard's eyewitness testimony.

[47] When reviewing a jury charge, “[a]n appellate court must examine the alleged error in the context of the entire charge and of the trial as a whole”: *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32. Where an impugned reference in a jury charge in isolation could be understood to be an incorrect statement of the law, an appeal court will not interfere if it is evident that, considering the charge as a whole, the jury would have been properly instructed: *ibid.*, at paras. 3 and 24.

n'aurait pu dissiper le doute raisonnable découlant du fait qu'elle a confirmé, lors de la séance d'identification photographique, ne pas pouvoir l'identifier et qu'elle a été incapable de l'identifier lors de la séance subséquente de même qu'à l'enquête préliminaire. De surcroît, l'explication du ministre public selon laquelle M. Hay s'était coupé les cheveux après la fusillade, même si elle permettait au jury de comprendre la difficulté éprouvée par M^{me} Maillard à identifier M. Hay lors de la deuxième séance, reposait elle-même sur une preuve corroborante — les bouts de poils. Cette explication ne modifie donc en rien le fait que le témoignage de M^{me} Maillard n'aurait pas, *en lui-même*, permis à un juré raisonnable de conclure hors de tout doute raisonnable que M. Hay était l'un des tireurs.

[45] C'est pourquoi j'estime que le juge du procès aurait commis une erreur s'il avait donné au jury la directive qu'il pouvait déclarer M. Hay coupable sur la seule foi du témoignage de M^{me} Maillard. D'ailleurs, le ministère public n'a pas tenté de soutenir le contraire dans le présent pourvoi. Il a plutôt fait valoir que le juge n'avait pas commis d'erreur parce qu'il n'avait pas adressé une telle directive au jury. C'est cet argument que j'aborde maintenant.

(2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury?

[46] Selon moi, la Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge du procès n'avait commis aucune erreur dans ses directives au jury concernant la déposition de M^{me} Maillard, le témoin oculaire.

[47] Lors de l'examen d'un exposé fait au jury, « [u]ne cour d'appel doit examiner l'erreur alléguée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et du déroulement général du procès » : *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32. Si, dans un exposé au jury, un passage contesté pris isolément peut amener à conclure qu'il renferme une erreur de droit, une cour d'appel n'interviendra pas s'il est évident, compte tenu de l'exposé complet, que le jury a reçu les directives appropriées : *ibid.*, par. 3 et 24.

[48] Furthermore, although appeal courts will interfere when a jury has not been adequately instructed, a trial judge must be afforded a certain degree of flexibility in instructing the jury; see *R. v. Avetysan*, 2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745, at para. 9. A trial judge is not required to use “any particular form of words” in instructing the jury regarding the frailties of eyewitness evidence and, rather, must be afforded considerable latitude in deciding how best to apprise the jurors about those frailties: *Turnbull*, at p. 552; *R. v. Candir*, 2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119, at para. 110.

[49] In the present case the trial judge made the following general remarks about the reliability of eyewitness evidence, prior to revisiting in detail the evidence against Mr. Eunick and Mr. Hay:

There has been eyewitness testimony from a number of witnesses. You must be very cautious about relying on eyewitness testimony to find either of the two accused persons guilty. That caution is required because experience has taught us that all identification evidence suffers from an inherent frailty. Human observations and recollections are notoriously unreliable in this area.

Indeed, many cases of miscarriage of justice have been due to mistaken identification by one or more responsible witnesses whose honesty was not challenged and who had ample opportunity for observation, but whose identifications subsequently proved to be erroneous.

You may have no doubt that a witness or witnesses are certain in their own minds that they observed and recognized the proper identifying characteristics, but a convincing witness, who is perfectly honest, may also be mistaken. A person can be sure in his or her own mind about an identification and yet be mistaken. In that context, you must bear in mind the distinction between credibility or truthfulness, as opposed to reliability or accuracy.

So I repeat, ladies and gentlemen, you must be very cautious about relying on eyewitness testimony alone to find either of the defendants guilty of any crime. In the past, there have been miscarriages of justice. Persons

[48] En outre, bien que des directives au jury inadéquates entraînent l'intervention des cours d'appel, le juge du procès doit jouir d'une certaine latitude sur la façon de donner ses directives; voir *R. c. Avetysan*, 2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745, par. 9. Ainsi, le juge du procès n'est pas tenu de recourir à [TRADUCTION] « une formulation particulière » pour attirer l'attention du jury sur les faiblesses de la preuve par témoin oculaire; il faut, au contraire, lui accorder une latitude considérable dans le choix de la meilleure façon d'informer les jurés de ces faiblesses : *Turnbull*, p. 552; *R. c. Candir*, 2009 ONCA 915, 257 O.A.C. 119, par. 110.

[49] Dans l'affaire qui nous occupe, avant de revenir à l'examen en détail de la preuve présentée contre MM. Eunick et Hay, le juge du procès a formulé les remarques générales qui suivent concernant la fiabilité de la preuve par témoin oculaire :

[TRADUCTION] Vous avez entendu le témoignage de divers témoins oculaires. Vous devez faire preuve d'une grande prudence avant de déclarer l'un ou l'autre des deux accusés coupable sur le fondement de la déposition d'un témoin oculaire. Cette prudence s'impose parce que l'expérience nous enseigne que toute preuve d'identification comporte une faiblesse inhérente. Les observations et les souvenirs des êtres humains sont notoirement peu fiables dans ce domaine.

En fait, beaucoup d'erreurs judiciaires sont attribuables à une erreur d'identification de la part d'un ou de plusieurs témoins sérieux dont l'honnêteté n'était pas contestée qui avaient disposé d'amples possibilités d'observation, mais dont l'identification s'est par la suite révélée erronée.

Il se peut que vous ne doutiez aucunement qu'un ou des témoins sont intimement convaincus d'avoir observé et reconnu les caractéristiques permettant l'identification, mais un témoin convaincant et tout à fait honnête peut aussi se tromper. Quelqu'un peut être persuadé de bien identifier une personne et être pourtant dans l'erreur. Dans ce contexte, vous ne devez pas perdre de vue la différence entre la crédibilité ou la véracité, d'une part, et la fiabilité ou l'exactitude, d'autre part.

Je répète donc, mesdames et messieurs, que vous devez exercer une grande prudence avant de conclure à la culpabilité de l'un ou l'autre défendeur sur la seule foi d'une déposition d'un témoin oculaire. Il y a eu des

have been wrongly convicted because eyewitnesses have made mistakes in identifying the persons whom they saw committing the crime.

As a result, you should look for confirmatory evidence to support the eyewitness identification evidence. If you find other evidence to support the eyewitness identification evidence, you may decide that the frailties associated with a conviction based only on identification evidence has been discounted. It will be up to you.

But even if you find no confirmatory evidence — even though you are to exercise caution because of the frailties of eyewitness identification evidence — you are, nevertheless, entitled to convict on the evidence of even a single eyewitness if you accept that witness’ identification and find that it proves guilt beyond a reasonable doubt. But you should exercise real caution before convicting on this type of evidence alone. [Emphasis added; A.R., vol. V, at pp. 2145-46.]

Mr. Hay contends that the last paragraph of this excerpt would have left the jury with the understanding that it could have convicted him based on Ms. Maillard’s testimony alone.

[50] Taken in isolation, the statement that the jury was “entitled to convict on the evidence of even a single eyewitness” may appear to do that. However, I agree with the Court of Appeal that such an interpretation of the trial judge’s instruction is belied when the full context of the jury charge is considered.

[51] As the Court of Appeal observed, the impugned instruction was, as a general matter, a correct statement of the law. As mentioned above, a jury may convict on the basis of a single eyewitness’ testimony, notwithstanding the frailties of eyewitness identifications, if the witness’ testimony could support a finding of guilt beyond a reasonable doubt.

erreurs judiciaires dans le passé. Des gens ont été injustement déclarés coupables parce que des témoins oculaires se sont trompés dans l’identification des personnes qu’ils avaient vues commettre le crime.

Par conséquent, vous devez rechercher des éléments de preuve corroborants étayant la preuve d’identification par témoin oculaire. Si vous trouvez d’autres éléments de preuve appuyant l’identification par un témoin oculaire, vous pouvez décider que la fragilité d’une déclaration de culpabilité fondée uniquement sur la preuve d’identification a été écartée. C’est à vous qu’appartient cette décision.

Mais même si vous ne trouvez aucun élément de preuve corroborant — bien que vous deviez faire preuve de prudence en raison des faiblesses de la preuve d’identification par témoin oculaire — vous pouvez malgré tout rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d’un seul témoin oculaire si vous acceptez cette identification et jugez qu’elle établit la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Vous devez toutefois vous montrer réellement prudents avant de déclarer quelqu’un coupable en vous appuyant uniquement sur une telle preuve. [Je souligne; d.a., vol. V, p. 2145-2146.]

M. Hay soutient que le dernier paragraphe de cet extrait aurait amené le jury à penser qu’il pouvait le déclarer coupable sur le seul fondement du témoignage de M^{me} Maillard.

[50] Pris isolément, le passage soulignant au jury qu’il [TRADUCTION] « [peut] [. . .] rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d’un seul témoin oculaire » peut sembler faire une telle affirmation. Je conviens toutefois avec la Cour d’appel que cette directive du juge du procès ne peut s’interpréter ainsi lorsqu’on tient compte du contexte global de l’exposé fait au jury.

[51] Ainsi que l’a fait remarquer la Cour d’appel, la directive en question constituait, de façon générale, un exposé exact du droit. Je le répète, malgré les faiblesses de l’identification par témoin oculaire, un jury peut rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d’un seul témoin oculaire si ce témoignage permet de conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité.

[52] Furthermore, the impugned instruction was made in the context of general instructions that applied to both Mr. Hay and his co-defendant, Mr. Eunick. With respect to Mr. Eunick, there were multiple witnesses whose testimony could have supported a finding of guilt beyond a reasonable doubt. Witnesses Jennifer Moore and Hugh Robinson, for instance, were both able to recognize Mr. Eunick from their past dealings and identify him as one of the shooters during and immediately after the shooting.

[53] After the general instruction excerpted above, the trial judge provided additional cautions regarding the frailties of eyewitness testimony and then reviewed the evidence against each defendant. The trial judge's instruction regarding the evidence against Mr. Hay did not convey to the jury that it could convict Mr. Hay based solely on Ms. Maillard's testimony. Rather, in reviewing Ms. Maillard's testimony, the trial judge described each of the specific problems with her identification, including her inability to identify Mr. Hay at the second, sequential photo lineup — which he described as “a better way of showing photographs” than the first photo lineup (A.R., vol. V, at p. 2178) — and Ms. Maillard's misidentification at the preliminary inquiry. After reviewing these problems the trial judge stated:

You must be very careful of the evidence of Ms Maillard because of the problems that I have pointed out. You should look for other evidence confirming her identification. [Emphasis added; A.R., vol. V, at p. 2181.]

In addition, the trial judge distinguished Ms. Maillard's eyewitness account from the stronger eyewitness evidence against Mr. Eunick:

In the case of Leisa Maillard, unlike Hugh Robinson and Jennifer Moore, she had never seen the person she picked out of the lineup — Leighton Hay — before. Her

[52] En outre, la directive contestée s'inscrivait dans le contexte de directives générales s'appliquant tant à M. Hay qu'à son codéfendeur, M. Eunick, à l'égard duquel la déposition de nombreux témoins pouvait étayer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Par exemple, les témoins Jennifer Moore et Hugh Robinson ont tous deux pu reconnaître M. Eunick à cause de précédents contacts avec lui, et ils ont pu l'identifier à l'un des tireurs pendant et immédiatement après la fusillade.

[53] Après avoir exposé la directive générale précitée, le juge du procès a formulé des mises en garde additionnelles à propos des faiblesses de la preuve par témoin oculaire, puis il a passé en revue la preuve présentée contre chaque défendeur. Ses directives au sujet de la preuve impliquant M. Hay n'indiquaient pas au jury qu'il pouvait déclarer l'accusé coupable sur la seule base du témoignage de M^{me} Maillard. En passant en revue ce témoignage, le juge a plutôt décrit chacun des problèmes particuliers que posait l'identification qu'elle avait faite, notamment son incapacité d'identifier M. Hay lors de la deuxième séance d'identification photographique, à présentation séquentielle — qui était, selon le juge, [TRADUCTION] « une meilleure façon de montrer les photos » que la première séance (d.a., vol. V, p. 2178) — et l'erreur d'identification commise par M^{me} Maillard lors de l'enquête préliminaire. Après avoir examiné ces problèmes, le juge du procès a ajouté :

[TRADUCTION] Vous devez faire montre de beaucoup de prudence à l'égard du témoignage de M^{me} Maillard en raison des problèmes que je vous ai signalés. Vous devriez rechercher d'autres éléments de preuve confirmant l'identification qu'elle a faite. [Je souligne; d.a., vol. V, p. 2181.]

En outre, le juge du procès a établi une distinction entre la déposition que M^{me} Maillard a faite à titre de témoin oculaire, et les dépositions, plus solides, d'autres témoins oculaires qui avaient été présentées contre M. Eunick :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de Leisa Maillard, contrairement à Hugh Robinson et à Jennifer Moore, elle n'avait jamais vu Leighton Hay auparavant, la personne

evidence must, therefore, be approached with greater caution. [A.R., vol. V, at p. 2186]

[54] I agree with the Court of Appeal that “[i]n the face of those instructions, it is fanciful to think that the jury would have convicted Hay solely on the eye-witness testimony of Ms. Maillard” (para. 48). Mr. Hay’s argument boils down to a contention that the trial judge was required to say words such as “you may not convict Mr. Hay based on Leisa Maillard’s testimony alone”. However, the trial judge was not circumscribed to instruct the jury as to the sufficiency of Ms. Maillard’s testimony using those particular words. He had a duty to “convey to the jury as trier of fact the relevant legal principles and how they apply to the evidence adduced at trial”, and he must be afforded some latitude in determining the best way to do so: *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198, at para. 61. A reasonable juror instructed in the manner described above would not have interpreted the impugned statement as an instruction that the jury could render a conviction based solely on Ms. Maillard’s testimony; see *Jaw*, at para. 24.

[55] The record establishes that the trial judge put great care into his jury charge and, in particular, into the instructions as to eyewitness evidence. The trial judge, for instance, gave a mid-trial instruction to the jury regarding the frailties of eyewitness testimony immediately after Ms. Maillard testified, in which he reiterated the problems with her evidence. At that time, he gave both parties an opportunity to object and make submissions requesting additional instructions, but neither counsel did so. Furthermore, prior to instructing the jury at the end of the trial, the judge held a pre-charge hearing, in which he accepted submissions on the instructions relating to eyewitness testimony. During that hearing, counsel for the Crown and both defendants were all asked to consider the paragraph Mr. Hay now impugns, and all counsel expressed satisfaction with its language. Counsel for Mr. Hay made several submissions regarding the problems

dont elle avait désigné la photo au cours de la séance d’identification. Il faut donc se montrer plus prudent à l’égard de son témoignage. [d.a., vol. V, p. 2186]

[54] Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de ces directives, penser que le jury aurait déclaré M. Hay coupable sur la seule foi du témoignage oculaire de M^{me} Maillard relève de la fantaisie » (par. 48). La thèse de M. Hay revient essentiellement à affirmer que le juge du procès aurait dû prononcer des mots tels que « vous ne pouvez déclarer M. Hay coupable sur la base du seul témoignage de Leisa Maillard ». Or, le juge n’était pas obligé de s’en tenir à ces termes précis dans ses directives concernant la suffisance du témoignage de M^{me} Maillard. Il avait l’obligation « d’expliquer aux jurés — le juge des faits — les principes juridiques appropriés et la façon de les appliquer à la preuve présentée au procès », et il faut lui laisser une certaine latitude dans le choix de la meilleure façon de le faire : *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198, par. 61. Un juré raisonnable à qui on aurait donné la directive ci-dessus n’aurait pas interprété le passage contesté comme une indication qu’il pouvait rendre un verdict de culpabilité reposant uniquement sur le témoignage de M^{me} Maillard; voir *Jaw*, par. 24.

[55] Il ressort du dossier que le juge du procès a apporté beaucoup de soin à son exposé au jury et, plus particulièrement, aux directives concernant la preuve par témoin oculaire. Par exemple, en cours d’instance, immédiatement après le témoignage de M^{me} Maillard, il a exposé au jury les faiblesses de la preuve par témoin oculaire et a alors réitéré les problèmes notés dans son témoignage. À ce moment, il a offert aux deux parties l’occasion de formuler une objection et de présenter des observations demandant des directives supplémentaires, mais aucun des avocats ne s’en est prévalu. En outre, avant de présenter son exposé au jury à la fin de l’instruction, le juge a tenu une audience au cours de laquelle il a entendu les arguments des avocats à propos des directives concernant la preuve par témoin oculaire. Au cours de cette audience, les avocats du ministère public et des deux défendeurs ont été invités à examiner le passage que M. Hay

with Ms. Maillard's identification, each of which the trial judge made note of and subsequently included in his instructions to the jury. At no time during any of these hearings did any party express the view that the trial judge's instruction would convey to the jury that it could convict based on Ms. Maillard's testimony alone.

[56] For these reasons, I am of the view that the trial judge did not err in instructing the jury and would dismiss this ground of appeal.

B. *Motion to Adduce Fresh Evidence*

[57] As mentioned above, Mr. Hay has filed a motion to adduce expert evidence regarding the forensic testing of the hair clippings that the Crown introduced at trial. Mr. Hay argues that the fresh evidence establishes that the hair clippings did not come from a shave of Mr. Hay's scalp and that, as a result, acquittal or a new trial is warranted. I explain below that the motion to adduce fresh evidence should be granted and a new trial should be ordered.

(1) The Fresh Evidence

[58] Mr. Hay's fresh evidence consists of affidavits and cross-examinations of two forensic experts, in which each expert provides an opinion as to the percentage of hairs in the newspaper and the razor that came from Mr. Hay's scalp, as opposed to his face or trunk.

[59] Johanne Almer, a scientist at the Centre of Forensic Sciences, examined the hairs introduced at trial. In her initial report, she concluded, based on an examination of the diameter and shape of the individual hairs, that 68 percent of the hairs in the newspaper and 48 percent of the hairs in the

conteste à présent, et se sont dits satisfaits de sa formulation. L'avocat de M. Hay a formulé plusieurs arguments au sujet de problèmes relevés dans l'identification faite par M^{me} Maillard, et le juge les a tous pris en note avant de les intégrer dans ses directives au jury. Jamais au cours de ces audiences une partie n'a exprimé l'opinion que la directive du juge laisserait entendre au jury qu'il pourrait rendre un verdict de culpabilité fondé uniquement sur le témoignage de M^{me} Maillard.

[56] Pour ces motifs, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans ses directives au jury et que ce moyen d'appel doit être rejeté.

B. *Requête en production de nouveaux éléments de preuve*

[57] Comme je l'ai déjà mentionné, M. Hay a demandé par requête l'autorisation de produire une expertise concernant l'analyse criminalistique des bouts de poils déposés en preuve par le ministère public lors du procès. Il soutient que cette nouvelle preuve établit qu'il ne s'agissait pas de cheveux qu'il avait rasés et qu'il faut en conséquence prononcer un verdict d'acquiescement ou ordonner la tenue d'un nouveau procès. J'explique plus loin qu'il y a lieu d'accueillir la requête en production de nouveaux éléments de preuve et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

(1) Les nouveaux éléments de preuve

[58] Ces nouveaux éléments de preuve apportés par M. Hay se composent des affidavits et des contre-interrogatoires de deux experts en criminalistique exposant leurs avis respectifs concernant le pourcentage de cheveux de M. Hay trouvés dans le journal et le rasoir par rapport au pourcentage de poils provenant de son visage ou de son tronc.

[59] Johanne Almer, scientifique travaillant au Centre des sciences judiciaires, a analysé les cheveux et les poils produits au procès. Dans son rapport initial, elle a conclu, après examen du diamètre et de la morphologie des poils et cheveux individuels, que 68 p. 100 des cheveux ou poils

razor were indicative of facial or trunk origin. The remaining hairs could have been facial, trunk or scalp hair.

[60] Scientist Richard Bisbing, a second expert, endorsed the methodology used by Ms. Almer. After examining the hairs and Ms. Almer's work, he concluded that "the samples from the two items are predominantly comprised of facial hairs" and that "[a]lthough the presence of some scalp hairs cannot be excluded, there is no indication of a large number of scalp hairs in either sample": Application Record, vol. I, Tab D, at p. 3.

[61] Mr. Bisbing recommended that a representative scalp hair be obtained from Mr. Hay to improve the accuracy of the testing. The Crown consented. After a representative scalp hair was obtained, Ms. Almer conducted further examination and produced a second report affirming her earlier conclusions. She reported that if a particular outlier hair from Mr. Hay's scalp sample was excluded from her calculations, she would conclude that at least 91 percent of the hairs from the newspaper and 70 percent of the hairs from the razor did not originate from Mr. Hay's scalp. Mr. Bisbing also conducted a second examination and agreed with Ms. Almer's findings. He concluded:

It can now be stated with a reasonable degree of scientific certainty that the hairs from the clipper (Item 87) and from the newspaper (Item 88) are populations of facial (beard) hair. Neither sample contains a significant number of scalp (head) hairs to challenge this conclusion. [Application Record, vol. I, Tab E, at p. 3]

[62] The Crown also hired two experts: David Exline, a hair analyst, and Dr. Jeffrey Rosenthal, a professor of statistics. Both experts conducted a paper review of Ms. Almer's and Mr. Bisbing's reports without personal examination of the hairs. Much of the Crown experts' analysis focused on whether it was proper to exclude a hair obtained from Mr. Hay's scalp that Ms. Almer and

prélevés dans le journal et 48 p. 100 de ceux prélevés dans le rasoir tiraient leur origine du visage ou du tronc. Le reste aurait pu provenir du visage, du tronc ou du cuir chevelu.

[60] Le deuxième expert, le scientifique Richard Bisbing, a approuvé la méthodologie suivie par M^{me} Almer. Après avoir examiné les cheveux et les poils ainsi que le travail de M^{me} Almer, il a conclu que [TRADUCTION] « dans les deux cas, les échantillons se composent principalement de poils faciaux » et que « [m]ême si on ne peut exclure la présence de cheveux, rien n'indique qu'il y en ait beaucoup dans chacun des échantillons » : dossier de demande, vol. I, onglet D, p. 3.

[61] M. Bisbing a recommandé que M. Hay fournisse un échantillon représentatif de ses cheveux afin d'améliorer l'exactitude des résultats, ce à quoi le ministère public a consenti. Après avoir obtenu cet échantillon, M^{me} Almer a procédé à d'autres examens et présenté un second rapport confirmant ses conclusions antérieures. Elle a noté qu'en excluant, dans ses calculs, un cheveu aberrant trouvé dans l'échantillon fourni par M. Hay, elle conclurait qu'au moins 91 p. 100 des cheveux ou poils prélevés dans le journal et 70 p. 100 de ceux prélevés dans le rasoir ne provenaient pas du cuir chevelu de M. Hay. M. Bisbing a lui aussi effectué un deuxième examen et a souscrit aux conclusions de M^{me} Almer, précisant comme suit dans sa conclusion :

[TRADUCTION] Il est à présent possible d'affirmer avec un degré raisonnable de certitude scientifique que ce qui se trouvait dans le rasoir (pièce 87) et dans le journal (pièce 88) était des ensembles de poils faciaux (barbe). Aucun des échantillons ne renferme un nombre significatif de cheveux permettant de contester cette conclusion. [dossier de demande, vol. I, onglet E, p. 3]

[62] Le ministère public a lui aussi retenu les services de deux experts : David Exline, spécialiste de l'analyse de la pilosité, et M. Jeffrey Rosenthal, professeur de statistique. Les deux experts ont analysé les rapports de M^{me} Almer et de M. Bisbing sans examiner eux-mêmes les cheveux ou poils. Une grande partie de leur analyse a porté sur la question de savoir s'il convenait d'exclure de

Mr. Bisbing considered to be an outlier. Both Mr. Exline and Dr. Rosenthal testified that they would have included the outlier hair. However, both also testified that such inclusion would not have a significant impact on the results and they would thus have reached conclusions similar to Ms. Almer and Mr. Bisbing. Consistent with Ms. Almer and Mr. Bisbing, Mr. Exline testified that although he could not say with absolute certainty that there were no scalp hairs among the hair clippings, there was, as a scientific matter, no evidence to support the proposition that the hair clippings represented a head shave.

(2) Whether the Motion to Adduce Fresh Evidence Should Be Granted

[63] This Court considered the discretion of an appellate court to admit fresh evidence under s. 610 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the predecessor of s. 683, in *Palmer*. The overriding consideration upon a motion to adduce fresh evidence is “the interests of justice”: *Criminal Code*, s. 683; *Palmer*, at p. 775. This requires consideration of the following principles:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [p. 775]

l'échantillon fourni par M. Hay le cheveu considéré comme aberrant par M^{me} Almer et M. Bisbing. Or, M. Exline et M. Rosenthal ont tous deux témoigné qu'ils auraient inclus ce cheveu, mais ont ajouté que cette inclusion n'aurait pas eu d'incidence significative sur les résultats et qu'ils seraient ainsi parvenus à des conclusions analogues à celles de M^{me} Almer et de M. Bisbing. Abondant dans le sens du témoignage de M^{me} Almer et de M. Bisbing, M. Exline a témoigné que, même s'il ne pouvait confirmer avec une certitude absolue l'absence de cheveux dans les bouts de poils mis en preuve, aucune preuve scientifique ne permettait d'affirmer qu'il s'agissait de cheveux.

(2) Y a-t-il lieu d'accueillir la requête en production de nouveaux éléments de preuve?

[63] Dans l'arrêt *Palmer*, notre Cour a analysé le pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel de recevoir de nouveaux éléments de preuve en vertu de l'art. 610 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, à présent l'art. 683. L'élément prépondérant dans l'examen d'une requête en production de nouveaux éléments de preuve est « l'intérêt de la justice » : *Code criminel*, art. 683; *Palmer*, p. 775. À cet égard, il importe d'examiner les principes suivants :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : voir *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484.
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [p. 775]

Here, the Crown has conceded that the expert evidence Mr. Hay seeks to adduce is credible and thus satisfies the third factor. As I explain below, the consideration of the remaining factors leads to the conclusion that the fresh evidence should be admitted.

(a) *Due Diligence*

[64] The due diligence criterion exists to ensure finality and order — values essential to the integrity of the criminal process: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 19 (citing *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), *per* Doherty J.A., at p. 411). The due diligence requirement calls for an appellate court to consider the reason why the evidence was not presented at trial: *G.D.B.*, at para. 20. However, this Court has recognized that “due diligence is not an essential requirement of the fresh evidence test, particularly in criminal cases” and that the “criterion must yield where its rigid application might lead to a miscarriage of justice” (para. 19). Nonetheless, it is an important factor to be considered in the totality of the circumstances (*ibid.*).

[65] Here, Mr. Hay submits that the fresh evidence was not adduced at trial because his trial counsel was unaware that it was feasible to perform forensic testing to determine whether hair clippings originate from an individual’s scalp or another part of the body. Mr. Hay has submitted an affidavit from his trial counsel to that effect.

[66] In his reasons granting the order to release the two exhibits for forensic testing, Cromwell J. inferred from the evidence before him that it simply did not occur to any of the experienced criminal lawyers that forensic testing of this nature was feasible:

This sort of forensic testing was not conducted by the Crown in preparation for trial and was not requested on

En l’espèce, le ministère public a reconnu la plausibilité de l’expertise que M. Hay cherche à présenter, de sorte que le troisième facteur est respecté. Comme on le verra, l’examen des autres facteurs porte à conclure à l’admission des nouveaux éléments de preuve.

a) *Diligence raisonnable*

[64] Le facteur de la diligence raisonnable existe pour assurer le caractère définitif et le déroulement ordonné du processus judiciaire criminel — des valeurs essentielles à l’intégrité du processus en matière criminelle : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 19 (citant *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), le juge Doherty, p. 411). La condition de la diligence raisonnable oblige les cours d’appel à examiner la raison pour laquelle l’élément de preuve n’a pas été présenté au procès : *G.D.B.*, par. 20. Notre Cour a toutefois reconnu que « la diligence raisonnable n’[est] pas une condition essentielle d’admissibilité de nouveaux éléments de preuve, particulièrement dans les affaires criminelles » et que ce « critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d’entraîner une erreur judiciaire » (par. 19). Il s’agit néanmoins d’un facteur important qui doit s’apprécier en fonction de l’ensemble des circonstances (*ibid.*).

[65] Dans le présent pourvoi, M. Hay plaide que le nouvel élément de preuve n’a pas été présenté au procès parce que son avocat ignorait qu’il était possible, au moyen d’analyses criminalistiques, d’établir si l’on était en présence de cheveux ou de poils. M. Hay a déposé en ce sens un affidavit de l’avocat qui l’avait représenté au procès.

[66] Dans les motifs de l’ordonnance accueillant la requête sollicitant la production des deux pièces en vue d’une analyse criminalistique, le juge Cromwell a déduit de la preuve dont il disposait qu’il n’était simplement pas venu à l’esprit d’aucun des criminalistes d’expérience qu’une telle analyse était possible :

Aucune analyse de ce genre n’a été effectuée par le ministère public en vue du procès et on n’en a demandé

behalf of the defence until several months after the appeal to the Court of Appeal had been dismissed. Defence counsel at trial indicates in his affidavit that he was unaware that forensic analysis could distinguish between scalp and facial hairs. There is a letter in the record indicating that the applicant's counsel on the appeal to the Court of Appeal was similarly unaware of the feasibility of such testing. There is no evidence that the Crown was aware of this possibility. Given that it appears that no one requested such testing and the potential importance of the result which might be obtained, I would infer that it simply did not occur to any of the experienced criminal lawyers involved that this testing was available. [para. 8]

The parties have not provided any reason why this conclusion should be reconsidered.

[67] In general, mere lack of knowledge on the part of trial counsel without any indication that he inquired into the possibility of obtaining and presenting the evidence is a factor against admitting the evidence for the first time on appeal: *McMartin*, at pp. 490-91. However, in view of the fact that this is a criminal case, involving charges of the most serious nature, I would not allow the evidence to be excluded solely on the basis of a lack of diligence.

(b) *Whether the Evidence Bears on a Decisive or Potentially Decisive Issue*

[68] It cannot reasonably be disputed that Mr. Hay's fresh evidence bears on a decisive issue. As described above, the hair clippings from Mr. Hay's waste basket and electric razor were used in two ways. First, they were used to explain the discrepancy between the eyewitnesses' description of the shooter as having dreadlocks and the short length of Mr. Hay's hair at the time of his arrest. This was also how the Crown explained Ms. Maillard's inability to identify Mr. Hay based on his arrest photo. Second, the hair clippings were used to implicate Mr. Hay by suggesting that he had cut his hair immediately after the shooting as evidence of an after-the-fact attempt to change his appearance.

une, pour le compte de la défense, que plusieurs mois après le rejet de l'appel par la Cour d'appel. Dans son affidavit, l'avocat qui a occupé pour la défense au procès dit qu'il ne savait pas que des analyses scientifiques permettraient de distinguer les cheveux des poils faciaux. Une lettre au dossier indique que l'avocat ayant représenté le demandeur devant la Cour d'appel n'était pas non plus au courant de la possibilité de telles analyses. Rien ne prouve que le ministère public était au fait de cette possibilité. Puisqu'il semble que personne n'a demandé pareille analyse et, vu l'importance que pourraient avoir les résultats susceptibles d'être obtenus grâce à celle-ci, j'en déduis qu'il n'est tout simplement pas venu à l'esprit de l'un ou l'autre des criminalistes d'expérience concernés que pareilles analyses existaient. [par. 8]

Les parties n'ont invoqué aucune raison justifiant un réexamen de cette conclusion.

[67] En général, la seule ignorance de la part d'un avocat au procès, sans indication qu'il se soit informé de la possibilité d'obtenir et de produire l'élément de preuve, constitue un facteur jouant contre l'admission de l'élément en preuve pour la première fois en appel : *McMartin*, p. 490-491. Toutefois, comme il s'agit d'une affaire criminelle portant sur des accusations extrêmement graves, je n'exclurais pas la preuve sur le seul fondement du manque de diligence.

(b) *La preuve porte-t-elle sur une question décisive ou potentiellement décisive?*

[68] On ne peut raisonnablement contester que le nouvel élément de preuve que veut produire M. Hay porte sur une question décisive. Comme on l'a vu, les bouts de poils provenant de la corbeille et du rasoir de M. Hay ont été utilisés à deux fins. Premièrement, ils ont servi à expliquer pourquoi la description faite par des témoins oculaires selon laquelle le tireur portait des tresses rastas ne concordait pas avec les cheveux courts de M. Hay au moment de son arrestation. Ils ont aussi servi à expliquer pourquoi, selon le ministère public, M^{me} Maillard avait été incapable d'identifier M. Hay à partir de la photo prise le jour de son arrestation. Deuxièmement, les bouts de poils ont servi à impliquer M. Hay en donnant à entendre qu'il s'était coupé les cheveux immédiatement après la fusillade, ce qui indiquait qu'il avait tenté après le fait de modifier son apparence.

[69] The evidence was therefore directly relevant to whether Mr. Hay was in fact the shooter in the blue/green shirt.

(c) *Whether the Evidence Could Reasonably Be Expected to Have Affected the Result*

[70] The fresh evidence that Mr. Hay seeks to adduce could reasonably be expected to have affected the jury's verdict. The import of the hair clippings is evident from comments made by the trial judge and Crown counsel, the jury charge and the Court of Appeal's analysis, each of which I describe below.

[71] Although the Crown has sought to downplay the significance of the hair evidence in this appeal, it relied heavily on the haircut evidence at trial. In his closing address, for instance, Crown counsel painted the following picture for the jury:

When they came home, they convened at the back of the house. Mr. Hay took off his shirt and they began to task divide. They took Eunick's bloody clothes to wash them. At some point, an old piece of newspaper was laid out, and Leighton Hay's short, short dreads were shaved off, possibly by himself but more likely by Mr. Eunick because he knows how to cut hair. They were then dumped into the toilet. They were taken off, and only the small hairs that weighed the least stuck to that newspaper, and he crumpled it up and threw it in the garbage, and that's where it was, right on top, the last thing put in. Everything else was flushed.

Mr. House makes something of the date of that newspaper. If I understood his submission, the last time Leighton Hay would have shaved was June 18th. But he keeps his hair shears for shaving in his night table. He shaved his head that night. He threw the short dreads down the toilet. He left just the small clippings in that piece of newspaper.

Mr. House, if he suggested to you — and I thought he did — that they were all over the newspaper, they weren't; they were wrapped up inside it. Detective Sergeant Tony

[69] La preuve se rapporte donc directement à la question de savoir si M. Hay était bien le tireur à la chemise bleue/verte.

c) *Peut-on raisonnablement penser que l'élément de preuve aurait influé sur le résultat?*

[70] On peut raisonnablement penser que les nouveaux éléments de preuve que M. Hay cherche à faire admettre auraient influé sur le verdict du jury. Des remarques du juge du procès et de l'avocat du ministère public, l'exposé du juge au jury et l'analyse de la Cour d'appel témoignent tous de l'importance que revêtaient les bouts de poils. Je décrirai ici chacun de ces éléments.

[71] Bien qu'ayant cherché dans le présent pourvoi à minimiser l'importance des bouts de poils, le ministère public s'est fortement appuyé au procès sur la preuve relative à la coupe de cheveux. En plaidoirie, par exemple, l'avocat du ministère public a peint le tableau suivant à l'intention du jury :

[TRADUCTION] À leur arrivée à la maison, ils se sont réunis à l'arrière de la maison. M. Hay a enlevé son tee-shirt et ils se sont partagé les tâches. Ils ont pris les vêtements maculés de sang d'Eunick pour les laver. À un certain moment, une vieille feuille de journal a été étalée, et les très courtes tresses de Leighton Hay ont été rasées. Il les a peut-être rasées lui-même, mais il est plus probable que ce soit M. Eunick qui l'ait fait parce qu'il sait couper les cheveux. Les tresses ont ensuite été jetées dans la cuvette de la toilette. Il les a donc enlevées, et seuls les petits bouts de poils les plus légers ont adhéré au journal, qu'il a ensuite roulé en boule avant de le jeter à la poubelle. C'est là que se trouvait la feuille de journal, sur le dessus, car c'est la dernière chose qui y a été mise. Tout le reste est parti à l'égout.

Mr. House veut tirer argument de la date du journal. Si je comprends bien ce qu'il avance, Leighton Hay se serait rasé pour la dernière fois le 18 juin. Mais il conserve dans sa table de nuit le rasoir à cheveux dont il se sert. Il s'est rasé la tête cette nuit-là. Il a jeté les courtes tresses dans la cuvette de la toilette. Il n'a laissé que les petits bouts de poils dans la feuille de journal.

Mr. House, s'il vous a laissé entendre — et je crois qu'il l'a fait — qu'il y en avait partout sur la feuille, ce n'était pas le cas; ils étaient enveloppés à l'intérieur. Le

Smith testified to that. And he threw them in the garbage. And the reason was to alter his appearance. There wouldn't be much point in hiding clothes and bullets, and leaving hair in the waste bin. It was in the toilet. [Emphasis added; A.R., vol. VI, at pp. 128-29.]

[72] Further, in comments made during the trial in the absence of the jury and witnesses, the trial judge recognized that if the Crown could establish that Mr. Hay shaved his head in the morning following the shootings, it would be “powerful evidence” of his “identity” as the shooter and that “he did it to alter his appearance”: A.R., vol. II, at p. 928.

[73] The significance of the hair clippings was also reflected in the jury charge. The trial judge instructed the jury that because Mr. Hay had a shaved head at the time of his arrest, the jury “must consider whether the evidence establishes that Leighton Hay shaved his head that night after he got home”: A.R., vol. V, at p. 2153 (emphasis added). He instructed the jury that it must consider confirmatory evidence before relying on Ms. Maillard’s eyewitness testimony, given the frailties of eyewitness identifications and her inability to identify Mr. Hay at the second photo lineup and the preliminary inquiry. He repeated multiple times that the Crown’s explanation for Ms. Maillard’s inability to identify Mr. Hay based on his arrest photo hinged on proving that Mr. Hay had cut his hair after the murder, for which the only evidence was the hair clippings.

[74] The Court of Appeal too recognized that the hair clipping evidence was significant to the Crown’s case. In concluding that the jury’s verdict was not unreasonable, the Court of Appeal explained that the hair clippings allowed for a “powerful inference” of guilt which was sufficient to “tip the scales and put this case over the unreasonable verdict threshold” (para. 36). Given the significance of the haircut to the Crown’s case, Mr. Hay’s fresh

sergent détective Tony Smith a témoigné de ce fait. Et il les a jetés dans la poubelle. Et c’était pour modifier son apparence. Il n’aurait pas été très logique de cacher les vêtements et les balles, et de laisser les cheveux dans la poubelle. Ils ont été jetés dans la toilette. [Je souligne; d.a., vol. VI, p. 128-129.]

[72] De plus, dans des observations présentées au cours du procès en l’absence du jury et des témoins, le juge du procès a reconnu que si le ministère public pouvait établir que M. Hay s’était rasé la tête le matin suivant la fusillade, cela constituerait un [TRADUCTION] « élément solide de preuve l’identifiant » au tireur et indiquant qu’« il l’avait fait pour modifier son apparence » : d.a., vol. II, p. 928.

[73] L’exposé du juge au jury révèle lui aussi l’importance des bouts de poils. Il comportait la directive selon laquelle le jury [TRADUCTION] « [devait] vérifier si la preuve établi[ssait] que Leighton Hay s’[était] rasé la tête cette nuit-là à son retour à la maison », parce que celui-ci avait la tête rasée au moment de son arrestation : d.a., vol. V, p. 2153 (je souligne). Le juge a indiqué au jury qu’il devait examiner la question des éléments de preuve corroborants avant de s’appuyer sur le témoignage de M^{me} Maillard, et ce, à cause des faiblesses de la preuve d’identification par témoin oculaire et de l’incapacité de cette dernière d’identifier M. Hay lors de la seconde séance d’identification photographique et aussi lors de l’enquête préliminaire. Le juge a d’ailleurs maintes fois répété que, pour expliquer l’incapacité de M^{me} Maillard d’identifier M. Hay à partir de la photo prise lors de son arrestation, le ministère public devait établir que M. Hay s’était coupé les cheveux après le meurtre, et que la seule preuve de ce fait résidait dans les bouts de poils.

[74] La Cour d’appel a elle aussi reconnu l’importance de la preuve relative aux bouts de poils pour la thèse du ministère public. En concluant que le verdict du jury n’était pas déraisonnable, elle a expliqué que les bouts de poils permettaient de tirer [TRADUCTION] « une inférence solide » de culpabilité, suffisante pour « faire pencher la balance et élever le verdict au-dessus du seuil sous lequel un verdict est déraisonnable » (par. 36). Compte

evidence indicating that the hair clippings did not come from a scalp shave could reasonably be expected to have affected the result.

[75] For these reasons, I would grant Mr. Hay's motion to adduce fresh evidence.

(3) The Appropriate Remedy

[76] Having concluded that Mr. Hay's motion to adduce fresh evidence should be granted, I turn to the appropriate remedy. This Court has explained that where an appeal court is of the view that fresh evidence would be conclusive of the issues in the case, it should dispose of the matter accordingly: *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, at p. 492. However, where the fresh evidence is not so decisive that it would allow an immediate disposition of the matter, but it nonetheless has sufficient probative force that, if accepted by the trier of fact, it might have altered the result of the trial, an appeal court should admit the evidence and direct a new trial: *ibid.*; *Palmer*, at pp. 776-77.

[77] The appropriate remedy here is a new trial. As I have explained above, the expert evidence indicating that the hair clippings did not result from a scalp shave could reasonably be expected to have affected the verdict. However, it is not so decisive as to allow an immediate disposition in the form of an acquittal. The Crown, in its submissions on the motion to adduce fresh evidence, has raised the possibility of certain limitations or gaps in the expert evidence adduced in this appeal. The interests of justice require that the Court remit the matter for a new trial, in which the Crown would have the opportunity to adduce evidence challenging the reliability of the fresh evidence.

tenu de l'importance de la question de la coupe de cheveux pour le ministère public, on peut raisonnablement penser que les nouveaux éléments de preuve indiquant que ce qui avait été mis en preuve n'était pas des cheveux rasés auraient influé sur le résultat.

[75] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir la requête de M. Hay en production de nouveaux éléments de preuve.

(3) La réparation appropriée

[76] Ayant conclu qu'il y a lieu de faire droit à la requête de M. Hay en production de nouveaux éléments de preuve, j'aborde la question de la réparation appropriée. Notre Cour a expliqué que si une cour d'appel juge qu'un nouvel élément de preuve serait concluant quant aux questions en litige, elle peut statuer sur l'affaire en conséquence : *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, p. 492. Toutefois, si le nouvel élément de preuve n'est pas décisif au point de permettre à la cour d'appel de statuer immédiatement sur l'affaire, mais qu'il revêt néanmoins une force probante telle qu'il aurait pu changer l'issue du procès s'il avait été accepté par le juge des faits, la cour d'appel devrait alors admettre l'élément de preuve et ordonner la tenue d'un nouveau procès : *ibid.*; *Palmer*, p. 776-777.

[77] La réparation appropriée en l'espèce est la tenue d'un nouveau procès. Comme je l'ai expliqué, on peut raisonnablement penser que l'expertise indiquant que ce qui avait été mis en preuve n'était pas des cheveux aurait influé sur le verdict. Cette expertise, toutefois, n'est pas décisive au point de justifier une décision immédiate sous la forme d'un acquittement. Dans son argumentation relative à la requête en production de nouveaux éléments de preuve, le ministère public a évoqué de possibles limites ou lacunes touchant l'expertise présentée en l'espèce. Il est donc dans l'intérêt de la justice que la Cour ordonne la tenue d'un nouveau procès au cours duquel le ministère public aura l'occasion de présenter une preuve contestant la fiabilité des nouveaux éléments de preuve.

VI. Conclusion

[78] For the foregoing reasons, Mr. Hay’s motion to adduce fresh evidence is granted and the appeal is allowed. The matter is remanded for retrial.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[79] Like Justice Rothstein, and for the reasons he has given, I would grant the appellant’s motion to adduce fresh evidence and order a new trial.

[80] Our sole disagreement relates to the trial judge’s charge concerning the evidence of Leisa Maillard. Justice Rothstein finds that the trial judge did not instruct the jury that it could convict the appellant, Leighton Hay, on the evidence of Ms. Maillard alone. With respect, I believe that he did.

[81] As we shall see, the trial judge and counsel evidently thought so too. The jury can hardly have understood the judge’s charge differently.

[82] This error is in my view fatal, though the judge’s charge was otherwise flawless and eminently fair. And I think it right to add that the law in this regard is more certain now than it was at the time of trial.

II

[83] Leighton Hay stands convicted of first degree murder and attempted murder. Leisa Maillard was the only eyewitness who implicated Mr. Hay in the fatal shooting of the victim. In a photo lineup conducted by the police, Ms. Maillard said she was “about 80 percent” sure that Mr. Hay was the shooter, but could not answer that question “yes or no”. She did not identify Mr. Hay in court. Other significant frailties in her evidence are well

VI. Conclusion

[78] Pour ces motifs, il est fait droit à la requête de M. Hay en production de nouveaux éléments de preuve, et l’appel est accueilli. L’affaire est renvoyée pour la tenue d’un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[79] À l’instar du juge Rothstein et pour les motifs qu’il expose, je suis d’avis d’accueillir la requête de l’appelant en production de nouveaux éléments de preuve et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

[80] Notre désaccord ne porte que sur les directives du juge du procès concernant le témoignage de Leisa Maillard. Selon le juge Rothstein, le juge du procès n’a pas dit au jury qu’il pouvait déclarer coupable l’appelant, Leighton Hay, sur la foi du seul témoignage de M^{me} Maillard. Avec égards, je crois qu’il l’a fait.

[81] De toute évidence, comme nous le verrons, le juge du procès et l’avocat du ministère public étaient aussi de cet avis. Le jury n’a sans doute pas interprété différemment l’exposé du juge.

[82] Cette erreur me semble fatale, bien que l’exposé du juge était par ailleurs irréprochable et éminemment juste. Et je crois opportun d’ajouter que le droit en la matière est plus clair aujourd’hui qu’il l’était au moment du procès.

II

[83] Leighton Hay a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre. Leisa Maillard est le seul témoin oculaire ayant impliqué M. Hay dans le meurtre de la victime. Lors d’une séance d’identification photographique tenue par les policiers, M^{me} Maillard a dit être certaine [TRADUCTION] « à environ 80 p. 100 » que M. Hay était le tireur, mais elle ne pouvait pas répondre « par oui ou par non » à cette question. Elle n’a

set out in the reasons of Justice Rothstein (notably at paras. 15-23 and, compendiously, at para. 42).

[84] In his pre-charge submissions, Crown counsel nonetheless asked the judge to instruct the jury that they could convict Mr. Hay on the evidence of one eyewitness alone (A.R., vol. V, at pp. 2004, 2008 and 2011). Counsel made clear that he was referring specifically to the testimony of Ms. Maillard (pp. 2008 and 2014). Indeed, he could hardly have been referring to anyone else: As mentioned earlier, *no other eyewitness implicated Mr. Hay*.

[85] Quite properly, Crown counsel assured the trial judge that he “want[ed] to be able to fashion [his] closing address to the jury in a way that’s responsible and *consistent with what you’re going to be telling them*” (A.R., vol. V, at p. 2014; unless otherwise indicated, the emphasis throughout is mine). The trial judge replied that he “[did not] have a problem” with the Crown’s request and indicated that he would charge the jury to that effect, though not necessarily in the wording proposed (pp. 2011 and 2014).

[86] In his closing address, Crown counsel proceeded on that understanding. This was apparent from the very outset:

I suspect His Honour will also tell you, after considering the strength of eyewitness testimony *you’re entitled to convict on it alone* if it persuades you, beyond a reasonable doubt, that the person identified was the shooter. [A.R., vol. VI, at p. 111]

[87] The Crown then emphasized to the jury that this principle applied to the testimony of Leisa Maillard:

The lawyer [for Mr. Hay] has made much of the fact that [Ms. Maillard] said 80 percent. She explained to you what she meant. 80 percent is of the picture, because it may be an older picture. . . . If you accept her explanation

pas identifié M. Hay en salle d’audience. D’autres faiblesses importantes de sa déposition sont bien exposées dans les motifs du juge Rothstein (notamment aux par. 15-23 et, en résumé, au par. 42).

[84] Dans les observations qu’il a faites avant l’exposé au jury, l’avocat du ministère public a malgré tout demandé au juge d’expliquer au jury qu’il pouvait déclarer M. Hay coupable sur la base de la déposition d’un seul témoin oculaire (d.a., vol. V, p. 2004, 2008 et 2011). L’avocat a clairement indiqué qu’il parlait précisément du témoignage de M^{me} Maillard (p. 2008 et 2014). En fait, il ne pouvait guère parler de qui que ce soit d’autre : je le répète, *aucun autre témoin oculaire n’a impliqué M. Hay*.

[85] À juste titre, l’avocat du ministère public a donné au juge du procès l’assurance qu’il [TRADUCTION] « [voulait] être en mesure d’adapter [son] exposé final au jury de façon responsable et *en conformité avec ce que [le juge allait] leur dire* » (d.a., vol. V, p. 2014; sauf indication contraire, dans les présents motifs, les italiques sont ajoutées). Le juge du procès a répondu que la demande du ministère public [TRADUCTION] « ne [lui] pos[ait] pas de problème » et a précisé qu’il donnerait au jury des directives en ce sens, quoique pas nécessairement avec la formulation proposée (p. 2011 et 2014).

[86] L’avocat du ministère public s’est exprimé selon cette entente dans sa plaidoirie finale. Cela était évident dès le tout début :

[TRADUCTION] J’imagine que monsieur le Juge vous dira également qu’après avoir évalué la force probante de la déposition du témoin oculaire, *vous êtes habilités à conclure à la culpabilité sur la seule foi de cette déposition* si elle vous convainc, hors de tout doute raisonnable, que la personne identifiée était le tireur. [d.a., vol. VI, p. 111]

[87] Le ministère public a ensuite souligné au jury que ce principe s’appliquait au témoignage de Leisa Maillard :

[TRADUCTION] L’avocat [de M. Hay] a beaucoup insisté sur le fait que [M^{me} Maillard] avait dit 80 p. 100. Elle vous a expliqué ce qu’elle voulait dire par là. Les mots 80 p. 100 renvoient à la photo, parce qu’il peut

— there’s no reason not to — *you can convict on the photo lineup and [her] visceral reaction [to it] all alone.* If you’re troubled by it, then your troubles will be wiped away by the overwhelming confirmatory evidence in this case, which under Canadian law makes up for any frailties you might find in the photo lineup. [A.R., vol. VI, at p. 117]

And again:

You could, in this case, convict Leighton Hay on Leisa Maillard’s photo lineup . . . [p. 119]

[88] At no point in his charge did the able and experienced trial judge correct these assertions by the Crown. This confirms to me, particularly in light of the pre-charge discussions, that they conformed to the judge’s own understanding of the law.

[89] Pursuant to the Crown’s closing argument, the jury would thus have assumed that it was entitled to convict Mr. Hay based solely on Ms. Maillard’s eyewitness “identification”.

[90] Unfortunately, this misapprehension of the law was soon to be reinforced by the trial judge in his own instructions to the jury.

[91] Early in his charge, the trial judge made clear to the jury that “the main issue in this trial is the identity of the people who murdered Collin Moore” (A.R., vol. V, at p. 2144). He then explained the dangers associated with reliance on eyewitness evidence to establish guilt. Then, in some measure echoing Crown counsel’s prior submission, he instructed the jury as follows:

. . . you should look for confirmatory evidence to support the eyewitness identification evidence. If you find other evidence to support the eyewitness identification evidence, you may decide that the frailties associated

s’agir d’une photo plus ancienne. [. . .] Si vous acceptez son explication — et il n’y a aucune raison de ne pas le faire — *vous pouvez conclure à la culpabilité sur le seul fondement de l’identification faite à partir d’une série de photos et de [la] réaction viscérale [que la séance a suscitée chez elle].* Si cette explication vous préoccupe, alors vos préoccupations seront dissipées par l’imposante preuve corroborante produite en l’espèce qui, en droit canadien, compense toute faiblesse que vous pourriez déceler dans la séance d’identification photographique. [d.a., vol. VI, p. 117]

Et encore :

En l’espèce, vous pourriez déclarer M. Hay coupable sur la foi de l’identification faite par Leisa Maillard à partir d’une série de photos . . . [p. 119]

[88] Le compétent et chevronné juge du procès n’a jamais corrigé dans son exposé ces affirmations du ministère public. Cela me confirme, surtout au vu des propos échangés avant l’exposé, que ces affirmations correspondaient à la façon dont le juge envisageait le droit.

[89] Aux termes de la plaidoirie finale du ministère public, le jury aurait ainsi tenu pour acquis qu’il était habilité à déclarer M. Hay coupable en se fondant uniquement sur l’« identification » faite par M^{me} Maillard, le témoin oculaire.

[90] Malheureusement, le juge du procès n’a pas tardé à renforcer cette conception erronée du droit dans ses propres directives adressées au jury.

[91] Au début de son exposé, le juge du procès a clairement indiqué au jury que [TRADUCTION] « la principale question en litige dans ce procès est l’identité des personnes qui ont tué Collin Moore » (d.a., vol. V, p. 2144). Il a ensuite expliqué les dangers liés au fait de se fonder sur la déposition de témoins oculaires pour établir la culpabilité. Puis, reprenant dans une certaine mesure l’observation faite auparavant par l’avocat du ministère public, le juge a donné au jury les explications suivantes :

[TRADUCTION] . . . vous devez rechercher des éléments de preuve corroborants étayant la preuve d’identification par témoin oculaire. Si vous trouvez d’autres éléments de preuve appuyant l’identification par un témoin oculaire,

with a conviction based only on identification evidence [have] been discounted. It will be up to you.

But even if you find no confirmatory evidence — even though you are to exercise caution because of the frailties of eyewitness identification evidence — *you are, nevertheless, entitled to convict on the evidence of even a single eyewitness* if you accept that witness' identification and find that it proves guilt beyond a reasonable doubt. [A.R., vol. V, at p. 2146]

[92] Thus, although the trial judge urged caution, he informed the jury in unmistakable terms that the testimony of one eyewitness could properly ground a conviction. The jury would therefore have understood that this rule applied unless instructed otherwise for a particular witness. No such instruction was ever given.

[93] More particularly, the trial judge never told the jury that his general instructions that I have just quoted did not apply to the testimony of Leisa Maillard. On the contrary, soon afterward, he explained that identification evidence is stronger if the accused was previously known to the witness. And he related this instruction *specifically* to “the evidence against Leighton Hay” (A.R., vol. V, at p. 2148). This was indisputably a direct reference to Ms. Maillard's evidence implicating Mr. Hay.

[94] In any event, there could be no confusion regarding which defendant the trial judge was referring to when he instructed the jury that it was “entitled to convict on the evidence of even a single eyewitness” (A.R., vol. V, at p. 2146). Several eyewitnesses identified Mr. Hay's co-accused, Gary Eunick, as one of the shooters. Only Mr. Hay was identified by “a single eyewitness” — Ms. Maillard (*ibid.*). Accordingly, the only meaningful application of this general instruction was in regard to Ms. Maillard's testimony.

vous pouvez décider que la fragilité d'une déclaration de culpabilité fondée uniquement sur la preuve d'identification a été écartée. C'est à vous qu'appartient cette décision.

Mais même si vous ne trouvez aucun élément de preuve corroborant — bien que vous deviez faire preuve de prudence en raison des faiblesses de la preuve d'identification par témoin oculaire — *vous pouvez malgré tout rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d'un seul témoin oculaire* si vous acceptez cette identification et jugez qu'elle établit la culpabilité hors de tout doute raisonnable. [d.a., vol. V, p. 2146]

[92] Ainsi, bien que le juge du procès ait exhorté le jury à la prudence, il lui a fait savoir sans équivoque que la déposition d'un seul témoin oculaire pouvait fonder une déclaration de culpabilité. Le jury aurait donc compris que cette règle s'appliquait à moins que le juge lui ait donné une directive contraire à l'égard d'un témoin en particulier. Aucune directive de la sorte ne lui a été donnée.

[93] Plus précisément, le juge du procès n'a jamais dit au jury que ses directives générales, que je viens de citer, ne valaient pas pour le témoignage de Leisa Maillard. Au contraire, il a expliqué peu après que la preuve d'identification est plus solide si le témoin connaissait déjà l'accusé. Et il a fait *explicitement* le lien entre ces directives et [TRADUCTION] « la preuve contre Leighton Hay » (d.a., vol. V, p. 2148). À n'en pas douter, il renvoyait ainsi directement au témoignage de M^{me} Maillard impliquant M. Hay.

[94] Quoi qu'il en soit, il ne peut y avoir de doute sur l'identité du défendeur dont parlait le juge du procès lorsque ce dernier a dit aux jurés qu'ils [TRADUCTION] « pouv[ai]ent [. . .] rendre un verdict de culpabilité reposant sur la déposition d'un seul témoin oculaire » (d.a., vol. V, p. 2146). Plusieurs témoins oculaires ont identifié le coaccusé de M. Hay, Gary Eunick, avec l'un des tireurs. Seul M. Hay a été identifié par « un seul témoin oculaire », M^{me} Maillard (*ibid.*). En conséquence, cette directive générale ne valait de manière significative que pour le témoignage de M^{me} Maillard.

[95] The judge’s subsequent instructions regarding Ms. Maillard’s evidence, if anything, reinforced Crown counsel’s uncorrected statement to the jury that they could convict Mr. Hay on her photo identification alone — and reinforced as well the judge’s own instruction to the same effect (reproduced above at para. 91).

[96] For example, in terms virtually identical to the judge’s general caution regarding eyewitness identification evidence, he later instructed the jury that it “*should* look for other evidence confirming her identification” (A.R., vol. V, at p. 2181). Manifestly, the term “*should*” deprives this instruction of imperative force. And, with respect, I am unable to find in this or any other passage that the trial judge “instructed the jury that it *must* look to confirmatory evidence” (my colleague’s reasons, at para. 39).

[97] Finally, near the very end of his charge, the trial judge once again indicated to the jury that they could convict Mr. Hay on the evidence of Ms. Maillard alone. Without any suggestion that this was wrong in law, the trial judge referred to Crown counsel’s submission that “just based on *Leisa Maillard’s evidence alone* you should be sure that the shooter was Leighton Hay” (A.R., vol. V, at p. 2245).

[98] As mentioned at the outset and with the greatest of respect, I am unable in light of this record to conclude that the trial judge did not instruct the jury that it could convict Mr. Hay on the evidence of Ms. Maillard alone.

III

[99] The Court of Appeal held, at para. 48, that “[i]n the face of [the jury] instructions, it is fanciful to think that the jury would have convicted Hay solely on the eye-witness testimony of

[95] À tout le moins, les directives subséquentes du juge relatives au témoignage de M^{me} Maillard ont donné plus de poids à la déclaration non corrigée faite par l’avocat du ministère public aux jurés, selon laquelle ils pouvaient déclarer M. Hay coupable sur le seul fondement de son identification par M^{me} Maillard à partir d’une photo, et ont aussi donné plus de poids à la directive du juge lui-même en ce sens (reproduite au par. 91).

[96] Par exemple, le juge a par la suite dit au jury, en des termes pratiquement identiques à sa mise en garde générale concernant la preuve d’identification par un témoin oculaire, qu’il [TRADUCTION] « [*devrait*] rechercher d’autres éléments de preuve confirmant l’identification [faite par M^{me} Maillard] » (d.a., vol. V, p. 2181). Le mot « *devrait* » enlève manifestement tout caractère impératif à cette directive. Et, avec égards, je ne peux conclure de cet extrait, ou de tout autre, que le juge du procès « a [. . .] donné comme directive au jury qu’il *devait* rechercher des éléments de preuve corroborants » (motifs du juge Rothstein, par. 39).

[97] Finalement, vers la toute fin de son exposé, le juge du procès a de nouveau indiqué au jury qu’il pouvait déclarer M. Hay coupable sur le fondement du seul témoignage de M^{me} Maillard. Sans aucunement laisser entendre que cette affirmation était erronée en droit, le juge du procès a repris le propos de l’avocat du ministère public suivant lequel [TRADUCTION] « compte tenu *uniquement du témoignage de Leisa Maillard*, vous devriez être certains que Leighton Hay était le tireur » (d.a., vol. V, p. 2245).

[98] Comme je l’ai mentionné au début, et avec égards pour l’opinion de mon collègue, il m’est impossible de conclure, à la lumière du dossier en l’espèce, que le juge du procès n’a pas expliqué au jury qu’il pouvait déclarer M. Hay coupable sur la foi du seul témoignage de M^{me} Maillard.

III

[99] La Cour d’appel a statué au par. 48 de ses motifs que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de ces directives [données au jury], penser que le jury aurait déclaré M. Hay coupable sur la seule foi du

Ms. Maillard.” My colleague Justice Rothstein agrees (para. 54).

[100] Though patently speculative and certainly unverifiable, that may in fact be so. In light of the trial judge’s effort to make clear to the jury that it should be cautious before convicting Mr. Hay based solely on Ms. Maillard’s identification, it does appear unlikely that the jury convicted Mr. Hay without any regard to the confirmatory evidence. Whether that is the case, however, is a question that we are neither called upon nor entitled to resolve.

[101] Rather, the issue that concerns us here is whether the trial judge erred in his instructions to the jury, and not with why the jury decided as it did — a matter beyond our ken.

IV

[102] As stated at the outset, I agree with Justice Rothstein that the appellant’s motion to adduce fresh evidence should be granted, that the appeal should be allowed and that a new trial should be ordered.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto; Joanne McLean, Toronto.

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

témoignage oculaire de M^{me} Maillard relève de la fantaisie. » Mon collègue le juge Rothstein partage cet avis (par. 54).

[100] Bien que ce propos relève manifestement de la conjecture et que son bien-fondé ne puisse sûrement pas être vérifié, c’est peut-être ce qui s’est effectivement passé. Comme le juge du procès s’est employé à préciser au jury qu’il devait faire preuve de prudence avant de déclarer M. Hay coupable en se fondant uniquement sur l’identification faite par M^{me} Maillard, il semble en fait peu probable que le jury ait déclaré M. Hay coupable sans tenir compte de la preuve corroborante. Nous ne sommes toutefois pas appelés ni autorisés à résoudre la question de savoir si c’est le cas ou non.

[101] La question qui nous intéresse en l’espèce est de savoir si le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury, et non pas de savoir pourquoi le jury a rendu la décision qu’il a rendue, un point qui nous dépasse.

IV

[102] Comme je l’ai indiqué au début, je partage l’avis du juge Rothstein qu’il y a lieu de faire droit à la requête de l’appelant en production de nouveaux éléments de preuve, d’accueillir le pourvoi et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l’appelant : Lockyer Campbell Posner, Toronto; Joanne McLean, Toronto.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Ontario, Toronto.