

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Mark Edward Grant *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GRANT

2015 SCC 9

File No.: 35664.

2014: November 14; 2015: March 5.

Present: Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Defences — Evidence — Admissibility — Unknown third party suspect — Accused denied involvement in abduction-murder case — Accused sought to adduce evidence at trial that unknown third party suspect involved in similar alleged abduction which accused could not have committed — Trial judge found on balance of probabilities that alleged abduction had not happened and refused to admit evidence — Appropriate framework for determining admissibility of defence-led evidence concerning unknown third party suspect — To what extent framework requires trial judge to assess and weigh evidence of unknown third party suspect.

In 2007, G was charged with the first degree murder of D, a notorious cold-case, on the basis of newly-tested DNA evidence. G denied any involvement in the murder, and sought to adduce evidence to suggest that, based on the *modus operandi* and other physical evidence, D's abductor had also abducted W while G was in custody.

Having found that the same legal test applied to the admissibility of known third party suspect evidence and unknown third party suspect evidence, the trial judge concluded on a balance of probabilities that the alleged abduction of W had not happened. He refused to admit the evidence. G was convicted of second degree murder by the jury. The Manitoba Court of Appeal concluded that G should have been permitted to lead the evidence, allowed his appeal and ordered a new trial.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Mark Edward Grant *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. GRANT

2015 CSC 9

N° du greffe : 35664.

2014 : 14 novembre; 2015 : 5 mars.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Moyens de défense — Preuve — Admissibilité — Tiers suspect inconnu — Participation à l'enlèvement et au meurtre niée par l'accusé — Demande de l'accusé en vue de produire au procès la preuve qu'un tiers suspect inconnu aurait participé à un présumé enlèvement similaire que l'accusé n'aurait pas pu commettre — Conclusion du juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que le présumé enlèvement n'avait pas été commis, et refus par le juge d'admettre la preuve — Cadre permettant de déterminer l'admissibilité d'une preuve introduite par la défense concernant un tiers suspect inconnu — Mesure dans laquelle ce cadre oblige le juge du procès à examiner et apprécier la preuve de l'existence d'un tiers suspect inconnu.

En 2007, G a été accusé, sur la foi d'une preuve génétique récente, du meurtre au premier degré de D, un meurtre notoire non résolu. G a nié toute participation au meurtre et a cherché à produire une preuve portant à croire, du fait du *modus operandi* et d'autres éléments de preuve matérielle, que la personne qui avait enlevé D avait aussi enlevé W alors que G se trouvait sous garde.

Le juge du procès a estimé que le même critère juridique s'appliquait à l'admissibilité de la preuve d'un tiers suspect inconnu et à celle de la preuve d'un tiers suspect connu; il a donc conclu selon la prépondérance des probabilités que le présumé enlèvement de W n'avait pas été commis. Il a refusé d'admettre la preuve. Le jury a déclaré G coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel du Manitoba a conclu que G aurait dû être autorisé à produire la preuve; elle a accueilli son appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Held: The appeal should be dismissed.

While the tests governing known third party suspect evidence and similar fact evidence may provide useful insights into the underlying concerns and principles, they should not be stretched beyond the particular circumstances that they were designed to address. Instead, first principles governing the admissibility of evidence properly balance the competing interests that arise when the defence seeks to lead evidence of an unknown third party suspect.

Defence-led evidence is admissible where (1) the evidence is relevant to a fact in issue, and (2) the probative value of the evidence is not substantially outweighed by its prejudicial effects. The trial judge must therefore first determine whether the evidence is logically relevant to an available defence. Where the defence's theory is that an unknown third party committed the indicted crime, this factual foundation will be established by a sufficient connection between the crime for which the accused is charged and the allegedly similar incident(s) suggesting that the crimes were committed by the same person, coupled with evidence that the accused could not have committed the other offence. Once a sufficient connection is shown, the evidence will be admissible unless its prejudicial effects substantially outweigh its probative value. This assessment is inherently individualized, and is capable of responding to various levels and forms of prejudice. It does not require the accused to satisfy a higher admissibility threshold or require the trial judge to engage in an enhanced evaluation of the evidence. The trial judge may not invade the province of the jury and determine the strength of the evidence.

In this case, the trial judge erred in law in treating the evidence relating to the alleged abduction of W as known third party suspect evidence and in requiring G to establish on a balance of probabilities that the alleged abduction of W took place. These errors entitled the Court of Appeal to conduct its own assessment of the evidence. It was entitled to conclude that there was evidence upon which the jury could find that the alleged crime against W had occurred and, having regard to the similarities, that it had been committed by the same person who killed D. The evidence that G could not have committed the offence against W and the evidence of similarities between the two offences would have provided some evidence capable of giving the unknown third party suspect defence an air of reality. While an appellate court is entitled to step into the shoes of the trial judge if the record permits, in this case, the Court of Appeal was not in the

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les critères qui régissent la preuve d'un tiers suspect connu et la preuve de faits similaires peuvent donner un bon aperçu des préoccupations et des principes sous-jacents, mais ils devraient se limiter aux circonstances particulières auxquelles ils étaient censés s'appliquer. En fait, les premiers principes régissant l'admissibilité de la preuve établissent un juste équilibre entre les intérêts opposés qui sont soulevés lorsque la défense cherche à produire la preuve d'un tiers suspect inconnu.

La preuve présentée par la défense est admissible lorsque (1) cette preuve est pertinente à un fait en cause, et (2) ses effets préjudiciables ne l'emportent pas sensiblement sur sa valeur probante. Le juge du procès doit donc tout d'abord déterminer si la preuve est logiquement pertinente à l'égard d'un moyen de défense pouvant être invoqué. Lorsque la défense prétend qu'un tiers inconnu a commis le crime reproché, ce fondement factuel sera établi par l'existence d'un lien suffisant entre le crime pour lequel l'accusé est inculpé et l'incident que l'on dit être similaire et qui porte à croire que les crimes ont été commis par la même personne, conjugué à la preuve que l'accusé n'aurait pas pu commettre l'autre infraction. Une fois démontrée l'existence d'un lien suffisant, la preuve sera admissible à moins que ses effets préjudiciables l'emportent sensiblement sur sa valeur probante. Cette évaluation est intrinsèquement individualisée et permet de répondre aux divers degrés et aux diverses formes de préjudice. Elle n'exige pas que l'accusé satisfasse à un seuil d'admissibilité plus élevé ou que le juge entreprenne un exercice d'examen approfondi de la preuve. Le juge du procès ne doit pas s'immiscer dans la fonction du jury et déterminer la force probante de la preuve.

En l'espèce, le juge du procès a commis des erreurs de droit en considérant la preuve en lien avec le présumé enlèvement de W comme une preuve d'un tiers suspect connu et en obligeant G à établir selon la prépondérance des probabilités que W avait été enlevée. Ces erreurs autorisaient la Cour d'appel à effectuer sa propre appréciation de la preuve. La Cour d'appel pouvait conclure à l'existence d'éléments de preuve susceptibles d'amener le jury à conclure que le présumé crime contre W avait été commis et, compte tenu des similitudes, qu'il avait été commis par la même personne qui avait tué D. La preuve que G n'aurait pas pu commettre le crime contre W et la preuve des similitudes entre les deux infractions auraient fourni une preuve susceptible de donner de la vraisemblance au moyen de défense fondé sur un tiers suspect inconnu. Bien qu'une cour d'appel soit autorisée à se substituer au juge du procès si le dossier le

position to assess and weigh the extent of the probative value and the extent of prejudicial effect of the unknown third party suspect evidence. The trial judge's legal errors were clearly not minor, and do not attract the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The verdict would not necessarily have been the same had the trial judge applied the correct principles in determining the test for the admissibility of this defence evidence. As this case must be re-tried in any event, the balancing of the probative value and the prejudicial effect of the evidence is best left for the trial judge.

Cases Cited

Applied: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; **distinguished:** *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; **referred to:** *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *McMillan v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 824, aff'g (1975), 7 O.R. (2d) 750; *State v. Scheidell*, 227 Wis.2d 285 (1999); *United States v. Stevens*, 935 F.2d 1380 (1991); *Wiley v. State*, 74 S.W.3d 399 (2002); *United States v. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (1998); *Caldwell v. State*, 356 S.W.3d 42 (2011); *Davis v. State*, 413 S.W.3d 816 (2013); *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *R. v. Pollock* (2004), 187 C.C.C. (3d) 213; *R. v. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *R. v. Sims* (1994), 28 C.R. (4th) 231; *R. v. Hamilton*, 2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80; *R. v. Brousseau*, 2006 QCCA 858; *State v. Sullivan*, 216 Wis.2d 768 (1998); *R. v. Murphy*, 2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281; *R. v. Underwood*, 2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500; *R. v. Clarke* (1998), 129 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Jackson*, 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, aff'd 2014 SCC 30, [2014] 1 S.C.R. 672; *R. v. C. (T.)* (2004), 189 C.C.C. (3d) 473; *R. v. Humaid* (2006), 37 C.R. (6th) 347; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

permet, en l'espèce, la Cour d'appel n'était pas en mesure d'examiner et d'apprécier la portée de la valeur probante et la portée des effets préjudiciables de la preuve d'un tiers suspect inconnu. Les erreurs de droit du juge du procès n'étaient manifestement pas mineures et ne commandent pas l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Le verdict n'aurait pas forcément été le même si le juge du procès avait appliqué les bons principes pour déterminer le critère d'admissibilité de cette preuve de la défense. Puisqu'un nouveau procès doit avoir lieu de toute façon, il est préférable de laisser au juge du procès le soin de mettre en balance la valeur probante et l'effet préjudiciable de la preuve.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; **arrêts mentionnés :** *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *McMillan c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 824, conf. (1975), 7 O.R. (2d) 750; *State c. Scheidell*, 227 Wis.2d 285 (1999); *United States c. Stevens*, 935 F.2d 1380 (1991); *Wiley c. State*, 74 S.W.3d 399 (2002); *United States c. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (1998); *Caldwell c. State*, 356 S.W.3d 42 (2011); *Davis c. State*, 413 S.W.3d 816 (2013); *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *R. c. Pollock* (2004), 187 C.C.C. (3d) 213; *R. c. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *R. c. Sims* (1994), 28 C.R. (4th) 231; *R. c. Hamilton*, 2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80; *R. c. Brousseau*, 2006 QCCA 858; *State c. Sullivan*, 216 Wis.2d 768 (1998); *R. c. Murphy*, 2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281; *R. c. Underwood*, 2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500; *R. c. Clarke* (1998), 129 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Jackson*, 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, conf. par 2014 CSC 30, [2014] 1 R.C.S. 672; *R. c. C. (T.)* (2004), 189 C.C.C. (3d) 473; *R. c. Humaid* (2006), 37 C.R. (6th) 347; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91, 686(1)(b)(iii).
Criminal Justice Act 2003 (U.K.), 2003, c. 44, s. 100(1)(b), (3)(c), (d).

Authors Cited

Cross on Evidence, 9th Australian ed. by John D. Heydon. Chatswood, N.S.W.: LexisNexis Butterworths, 2013.
Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al. London: Sweet & Maxwell, 2013.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Chartier C.J.M. and Monnin and Hamilton J.J.A.), 2013 MBCA 95, 299 Man. R. (2d) 202, 590 W.A.C. 202, 302 C.C.C. (3d) 491, [2014] 2 W.W.R. 239, [2013] M.J. No. 322 (QL), 2013 CarswellMan 525 (WL Can.), setting aside a conviction for second degree murder entered by Joyal A.C.J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Amiram Kotler and Rekha Malaviya, for the appellant.

Saul B. Simmonds, Vanessa Hébert and Laura Robinson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] In 2007, the respondent, Mark Edward Grant, was charged with the first degree murder of Candace Derksen, a notorious cold-case murder that occurred in Winnipeg, Manitoba, almost 23 years earlier. The Crown's case depended substantially on the recent analysis of small quantities of DNA found at the scene of the crime. Mr. Grant challenged the DNA evidence and sought to lead evidence suggesting that an unknown third party suspect had committed the crime. The trial judge refused to admit the evidence of an allegedly similar offence committed

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 278.1 à 278.91, 686(1)(b)(iii).
Criminal Justice Act 2003 (R.-U.), 2003, c. 44, art. 100(1)(b), (3)(c), (d).

Doctrine et autres documents cités

Cross on Evidence, 9th Australian ed. by John D. Heydon, Chatswood (N.S.W.), LexisNexis Butterworths, 2013.
Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., London, Sweet & Maxwell, 2013.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (le juge en chef Chartier et les juges Monnin et Hamilton), 2013 MBCA 95, 299 Man. R. (2d) 202, 590 W.A.C. 202, 302 C.C.C. (3d) 491, [2014] 2 W.W.R. 239, [2013] M.J. No. 322 (QL), 2013 CarswellMan 525 (WL Can.), annulant une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée par le juge en chef adjoint Joyal et ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Amiram Kotler et Rekha Malaviya, pour l'appelante.

Saul B. Simmonds, Vanessa Hébert et Laura Robinson, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] En 2007, l'intimé, Mark Edward Grant, a été accusé du meurtre au premier degré de Candace Derksen, un meurtre notoire non résolu commis à Winnipeg, au Manitoba, presque 23 ans auparavant. La preuve du ministère public reposait principalement sur l'analyse récente de petites quantités d'ADN trouvées sur les lieux du crime. Monsieur Grant a contesté la preuve génétique et a demandé à produire une preuve qui porterait à croire qu'un tiers suspect inconnu avait commis le crime. Le juge du procès a refusé d'admettre la preuve d'une

within months of the Derksen murder, while Mr. Grant was in custody on an unrelated matter.¹ Mr. Grant was subsequently convicted of second degree murder by the jury. The Manitoba Court of Appeal concluded that Mr. Grant should have been permitted to lead the evidence. It allowed his conviction appeal and ordered a new trial.

[2] The issues before this Court are the appropriate framework for determining the admissibility of defence-led evidence concerning an unknown third party suspect, and to what extent this framework requires the trial judge to assess and weigh the evidence.

[3] Obviously, the identification of an accused as the perpetrator of the crime charged is essential to establishing criminal liability. The burden to prove beyond a reasonable doubt that the person before the court is the guilty party rests squarely on the Crown. In accordance with the presumption of innocence, the accused is never required to prove her innocence. An accused person's *Charter*-protected right to make full answer and defence entitles her to challenge the Crown's case and lead evidence to raise a reasonable doubt about whether the accused committed the crime.

[4] However, the accused's rights are not the only interests at stake. The integrity of the administration of justice requires that the proceedings stay focused on the indicted crime and not devolve into trials within a trial about matters that may not be sufficiently connected to the case. Such tangents risk causing delays, confusion and distractions that undermine the trial's truth-seeking function. This risk is especially heightened where the defence seeks to introduce other alleged suspects or crimes into the trial.

infraction prétendument similaire commise quelques mois après le meurtre de M^{lle} Derksen, alors que M. Grant était sous garde en lien avec une autre affaire¹. Par la suite, le jury a déclaré M. Grant coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel du Manitoba a conclu que M. Grant aurait dû être autorisé à produire la preuve. Elle a accueilli son appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[2] En l'espèce, la Cour doit établir le cadre permettant de déterminer l'admissibilité d'une preuve introduite par la défense concernant un tiers suspect inconnu; elle doit aussi établir la mesure dans laquelle ce cadre oblige le juge du procès à examiner et apprécier la preuve.

[3] De toute évidence, l'identification d'un accusé comme auteur du crime reproché est essentielle pour établir la responsabilité criminelle. Il incombe directement au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que le coupable est la personne traduite devant la cour. Conformément à la présomption d'innocence, l'accusé n'est jamais tenu de prouver son innocence. Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, garanti par la *Charte*, l'autorise à contester la preuve du ministère public et à produire des éléments de preuve afin de soulever un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a commis le crime.

[4] Toutefois, les droits de l'accusé ne sont pas les seuls intérêts en jeu. L'intégrité de l'administration de la justice exige que l'instance demeure axée sur le crime reproché et qu'elle ne se fractionne pas en plusieurs procès à l'intérieur d'un procès concernant des questions qui ne sont peut-être pas suffisamment reliées à l'affaire. Pareilles digressions risquent de causer des retards, de la confusion et des distractions qui minent la fonction de recherche de la vérité du procès. Ce risque est particulièrement élevé lorsque la défense cherche à introduire dans le procès d'autres présumés suspects ou crimes.

¹ Transcript of oral reasons for judgment of the Honourable Associate Chief Justice Joyal (as he then was) of the Court of Queen's Bench of Manitoba, dated January 19, 2011, A.R., vol. I, at p. 90.

¹ Transcription des motifs de jugements rendus de vive voix par le juge en chef adjoint Joyal (maintenant Juge en chef) de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, le 19 janvier 2011, d.a., vol. I, p. 90.

[5] The parties agree that balancing these interests requires the trial judge to evaluate the probative value of defence-led evidence of an unknown third party suspect against the elevated risks it poses to the integrity of the trial, but disagree about what this evaluation entails. The appellant the Manitoba Prosecution Service (the Crown) says that the trial judge must apply the stringent admissibility tests developed for known third party suspect and similar fact evidence. The defence maintains that these tests place an unfair burden on the accused and that the general rules of admissibility adequately address the issues of relevance, probative value and prejudicial effects.

[6] In my view, it is not helpful to slot evidence concerning an unknown third party suspect into categories that were not designed to accommodate it. While the tests governing known third party suspect evidence and similar fact evidence may provide useful insights into the underlying concerns and principles, they should not be stretched beyond the particular circumstances that they were designed to address.

[7] Instead, first principles governing the admissibility of evidence properly balance the competing interests that arise when the defence seeks to lead evidence of an unknown third party suspect. In such cases, the defence must first establish the logical relevance of the evidence. This may be done by demonstrating a sufficient connection — or similarity — between the crime charged and another crime the accused could not possibly have committed to support the logical inference that the same person committed both crimes. Once this threshold is met, the evidence will be admissible unless its prejudicial effects substantially outweigh its probative value (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577).

[8] In this case, I conclude that the trial judge erred in evaluating and assessing the credibility of the unknown third party suspect evidence on a balance of probabilities. I agree with the Court of Appeal that a new trial is required.

[5] Les parties conviennent que la mise en balance de ces intérêts oblige le juge du procès à apprécier la valeur probante de la preuve d'un tiers suspect inconnu produite par la défense au regard des risques élevés que cette preuve présente pour l'intégrité du procès, mais ne s'entendent pas sur les implications de cette appréciation. L'appelant, le service des poursuites du Manitoba (le ministère public), affirme que le juge du procès doit appliquer les critères stricts d'admissibilité élaborés à l'égard de la preuve d'un tiers suspect connu et de la preuve de faits similaires. La défense soutient que ces critères imposent un fardeau injuste à l'accusé et que les règles générales d'admissibilité traitent adéquatement de la pertinence, de la valeur probante et des effets préjudiciables.

[6] À mon sens, il est inutile de classer la preuve concernant un tiers suspect inconnu dans des catégories qui n'ont pas été adaptées pour elle. Les critères qui régissent la preuve d'un tiers suspect connu et la preuve de faits similaires peuvent donner un bon aperçu des préoccupations et des principes sous-jacents, mais ils devraient se limiter aux circonstances particulières auxquelles ils étaient censés s'appliquer.

[7] En fait, les premiers principes régissant l'admissibilité de la preuve établissent un juste équilibre entre les intérêts opposés qui sont soulevés lorsque la défense cherche à produire la preuve d'un tiers suspect inconnu. Dans de tels cas, la défense doit d'abord établir la pertinence logique de la preuve. Pour ce faire, elle peut établir entre le crime reproché et un autre crime que l'accusé n'aurait pas pu commettre un lien suffisant — ou une similitude — qui permet de déduire logiquement que la même personne a commis les deux crimes. Une fois cette condition préliminaire satisfaite, la preuve sera admissible à moins que ses effets préjudiciables l'emportent sensiblement sur sa valeur probante (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577).

[8] En l'espèce, je conclus que le juge du procès a commis une erreur en évaluant et appréciant selon la prépondérance des probabilités la crédibilité de la preuve du tiers suspect inconnu. Je conviens avec la Cour d'appel que la tenue d'un nouveau procès est nécessaire.

II. Facts

[9] Candace Derksen, a 13-year-old girl, went missing after leaving school on Friday, November 30, 1984. Her body was discovered tied up in a shed in an industrial yard on January 17, 1985. She had died of hypothermia resulting from exposure.

[10] In May 2007, Mr. Grant was arrested and charged with first degree murder on the basis of newly tested DNA evidence.

[11] Mr. Grant denied any involvement in the abduction-murder, and sought to adduce evidence of the alleged involvement of an unknown third party suspect. That evidence related to the alleged abduction of a 12-year-old girl (P.W.) after she left school on Friday, September 6, 1985, at a time when Mr. Grant was in custody. Mr. Grant argued that the *modus operandi* and other physical evidence indicated that the same person had abducted both Candace Derksen and P.W.

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*

[12] In reviewing the applicable legal framework, Joyal A.C.J.Q.B. concluded that the legal test set out in *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27, applies equally to admissibility of both unknown third party suspect evidence and known third party suspect evidence. Thus, evidence of an unknown third party suspect could be “admitted only after some threshold evidence ha[d] been demonstrated respecting a link between the third party, known or unknown, and the crime before the court” (trial transcript, A.R., vol. III, at p. 48). The trial judge also referred to this Court’s jurisprudence for similar fact evidence and, specifically, to *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908.

[13] After reviewing the documentary and testimonial evidence adduced on the *voir dire*, the trial judge found that he was “not, even on a balance of probabilities, able to conclude that the alleged offence [against P.W.] happened” (A.R., vol. I, at pp. 8-9). As a result, he found there could be no

II. Les faits

[9] Candace Derksen, une fille de 13 ans, a été portée disparue après avoir quitté l’école le vendredi 30 novembre 1984. Le 17 janvier 1985, son corps a été retrouvé ligoté dans une remise dans une cour d’usine. Elle est morte de froid.

[10] Au mois de mai 2007, M. Grant a été arrêté et accusé de meurtre au premier degré sur la foi d’une preuve génétique récente.

[11] Monsieur Grant a nié toute participation à l’enlèvement et au meurtre et a cherché à produire la preuve qu’un tiers suspect inconnu aurait pu commettre le crime. La preuve était liée au présumé enlèvement d’une fille de 12 ans (P.W.) après qu’elle eût quitté l’école le vendredi 6 septembre 1985, alors que M. Grant était sous garde. Monsieur Grant a fait valoir que le *modus operandi* et d’autres éléments de preuve matérielle portaient à croire que la même personne avait enlevé Candace Derksen et P.W.

A. *La Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

[12] En examinant le cadre juridique applicable, le juge en chef adjoint Joyal de la Cour du Banc de la Reine a conclu que le critère juridique énoncé dans l’arrêt *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27, s’applique autant à l’admissibilité de la preuve d’un tiers suspect inconnu qu’à celle de la preuve d’un tiers suspect connu. Ainsi, la preuve d’un tiers suspect inconnu pourrait être [TRADUCTION] « admise uniquement après qu’une preuve préliminaire ait établi un lien entre le tiers, connu ou non, et le crime soumis à l’examen du tribunal » (transcription du procès, d.a., vol. III, p. 48). Le juge du procès a également renvoyé à des arrêts de notre Cour portant sur la preuve de faits similaires et, spécifiquement, à *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908.

[13] Après examen de la preuve documentaire et testimoniale produite dans le cadre du voir-dire, le juge du procès a conclu qu’il n’était [TRADUCTION] « pas, même selon la prépondérance des probabilités, en mesure de conclure que la présumée infraction [à l’endroit de P.W.] a été commise » (d.a.,

unknown third party suspect and thus “no useable similarities” (p. 9). The trial judge concluded that the evidence was not sufficiently probative to justify the impact its admission would have on the length and complexity of the trial, and ordered that the defence not make any reference to the P.W. incident.

B. *Manitoba Court of Appeal, 2013 MBCA 95, 299 Man. R. (2d) 202*

[14] Before the Manitoba Court of Appeal, Mr. Grant appealed his conviction and brought a motion to adduce fresh evidence relating to DNA analysis and juror bias. After rejecting several grounds relating to the conviction, Monnin J.A., writing for the court, held that the trial judge erred in not allowing Mr. Grant to lead evidence relating to an alleged unknown third party suspect (paras. 9-10, 78).

[15] The Court of Appeal concluded that the trial judge made factual and credibility findings that “he was not entitled to make” in determining admissibility and that he relied “almost exclusively on the *viva voce* evidence of P.W. to the exclusion of all of the other evidence before him, including P.W.’s two prior statements” (para. 68). The trial judge erred in applying the balance of probabilities standard to determine whether the P.W. incident occurred; he should have instead applied the *Seaboyer* test that broadly governs the admissibility of defence-led evidence (paras. 73-74). Furthermore, in determining whether the defence theory had an air of reality, all that was required was “some evidence” that could leave a jury with a reasonable doubt as to the accused’s guilt (para. 68).

[16] The Court of Appeal characterized the evidence tendered in this case as “more akin to similar-fact evidence” than to known third party suspect

vol. I, p. 8-9). Par conséquent, il a conclu qu’il ne pouvait y avoir de tiers suspect inconnu et qu’il n’y avait donc « aucune similitude utile » (p. 9). Le juge a conclu que la preuve n’était pas suffisamment probante pour justifier les effets que son admission aurait sur la durée et la complexité du procès et a ordonné que la défense ne fasse aucune mention de l’incident signalé par P.W.

B. *La Cour d’appel du Manitoba, 2013 MBCA 95, 299 Man. R. (2d) 202*

[14] Devant la Cour d’appel du Manitoba, M. Grant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et a présenté une requête en production d’une nouvelle preuve liée à l’analyse génétique et à la partialité d’un juré. Après avoir rejeté plusieurs moyens d’appel liés à la déclaration de culpabilité, le juge Monnin, s’exprimant au nom de la cour, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en empêchant M. Grant de produire une preuve en lien avec un présumé tiers suspect inconnu (par. 9-10, 78).

[15] La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait tiré concernant les faits et la crédibilité des conclusions [TRADUCTION] « qu’il n’était pas habilité à tirer » lorsqu’il a déterminé l’admissibilité, et qu’il s’est fondé « presque exclusivement sur le témoignage de vive voix de P.W. en excluant tous les autres éléments de preuve à sa disposition, dont les deux déclarations antérieures de P.W. » (par. 68). Le juge du procès a commis une erreur en appliquant la norme de la prépondérance des probabilités pour déterminer si l’incident signalé par P.W. a eu lieu; il aurait dû plutôt appliquer le critère de l’arrêt *Seaboyer* qui régit de façon générale l’admissibilité de la preuve produite par la défense (par. 73-74). De plus, pour déterminer si la thèse de la défense était vraisemblable, il suffisait seulement de démontrer « l’existence d’une preuve » susceptible de semer dans l’esprit du jury un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé (par. 68).

[16] La Cour d’appel a indiqué que la preuve présentée en l’espèce [TRADUCTION] « ressemblait davantage à une preuve de faits similaires » qu’à

evidence (para. 72). However, the court concluded that the test applicable to Crown-led similar fact evidence does not apply when such evidence is advanced by an accused; rather, defence-led similar fact evidence is admissible unless its prejudicial effects substantially outweigh its probative value, in accordance with *Seaboyer*.

[17] The Court of Appeal concluded that the evidence pertaining to the P.W. incident was “very relevant” and “pointed to the possibility that the same person who killed Candace Derksen abducted P.W., if the jury so found that to have occurred” (para. 70). As Mr. Grant was in custody at the time of the P.W. incident, this evidence “could provide the basis upon which a reasonable, properly instructed jury could acquit” (*ibid.*). The court concluded that, since the prejudicial effects of the evidence did not substantially outweigh its probative value, Mr. Grant should have been permitted to place the evidence of the P.W. incident before the jury (para. 78). The court noted that this evidence was also relevant in assessing the evidence of the defence DNA expert that excluded Mr. Grant as a suspect. The accused was denied his opportunity to make full answer, and this legal error was sufficient to set aside the conviction and order a new trial.

III. Analysis

A. *Principles Governing the Admission of Defence Evidence in Criminal Proceedings*

[18] The truth-seeking function of the trial creates a starting premise that all relevant evidence is admissible (*R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670). Evidence is logically relevant where it has any tendency to prove or disprove a fact in issue (*Corbett*, at p. 715).

[19] However, not all relevant evidence is admissible. The trial judge must also balance the probative

une preuve d’un tiers suspect connu (par. 72). Toutefois, la cour a conclu que le critère applicable à la preuve de faits similaires présentée par le ministère public ne s’applique pas lorsque cette preuve est présentée par un accusé; en fait, la preuve de faits similaires présentée par la défense est admissible à moins que ses effets préjudiciables l’emportent sensiblement sur sa valeur probante, conformément à l’arrêt *Seaboyer*.

[17] La Cour d’appel a conclu que la preuve en lien avec l’incident signalé par P.W. était [TRADUCTION] « très pertinente » et « indiquait la possibilité que la même personne qui a assassiné Candace Derksen ait enlevé P.W., si le jury estime que cet enlèvement a eu lieu » (par. 70). Comme M. Grant était sous garde au moment de l’incident signalé par P.W., cette preuve « pouvait permettre à un jury raisonnable et adéquatement informé de prononcer l’acquittement » (*ibid.*). La cour a conclu que, puisque les effets préjudiciables de la preuve ne l’emportaient pas sensiblement sur sa valeur probante, M. Grant aurait dû être autorisé à présenter au jury la preuve de l’incident signalé par P.W. (par. 78). La cour a indiqué que cette preuve était également pertinente pour apprécier la preuve de l’expert de la défense en matière d’ADN qui écartait M. Grant comme suspect. L’accusé n’a pas eu la possibilité de présenter une défense pleine et entière, et cette erreur de droit était suffisante pour annuler la déclaration de culpabilité et ordonner la tenue d’un nouveau procès.

III. Analyse

A. *Les principes régissant l’admission d’une preuve présentée par la défense dans un procès criminel*

[18] La fonction de recherche de la vérité du procès introduit un principe de base selon lequel tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles (*R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670). La preuve est logiquement pertinente lorsqu’elle tend à établir ou à réfuter un fait en cause (*Corbett*, p. 715).

[19] Toutefois, les éléments de preuve pertinents ne sont pas tous admissibles. Le juge du procès doit

value of the evidence against the prejudicial effects of its admission (*R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *Corbett; Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *Seaboyer; R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562). Evidence led by the Crown will be excluded where its prejudicial effects outweigh its probative value (*Seaboyer*). The presumption of the accused's innocence leads us to strike a different balance where defence-led evidence is concerned. As this Court explained in *Seaboyer*, "the prejudice must substantially outweigh the value of the evidence before a judge can exclude evidence relevant to a defence allowed by law" (p. 611; see also *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129).

[20] In order for the judge to put a defence to the jury, the accused must point to evidence on the record that gives the defence an air of reality (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3). The trial judge must determine whether there is some evidence that is "reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed" (*ibid.*, at para. 83). The air of reality test applies to all defences, and acts as a threshold to ensure that "fanciful or far-fetched" defences are not put before the trier of fact (para. 84). When applying this test, the trial judge must take the evidence to be true and must not assess credibility or make other findings of fact (para. 54).

[21] These principles are distinct, but may be interrelated. In most cases, where the defence evidence relates to the facts underlying the offence charged, the logical relevance and the admissibility of the evidence will be obvious. However, where the evidence refers to a factual matrix beyond the offence charged, its relevance to a fact in issue or an available defence may be less clear. In such circumstances, the gate-keeping role of the trial judge may require her to determine whether the evidence

également mettre en balance la valeur probante de l'élément de preuve et les effets préjudiciables qui pourraient découler de son admission (*R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *Corbett; Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *Seaboyer; R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562). La preuve présentée par le ministère public sera exclue si ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante (*Seaboyer*). Lorsque la preuve est présentée par la défense, la présomption d'innocence de l'accusé amène la Cour à établir un équilibre différent. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Seaboyer*, « [l]e juge ne pourra [...] écarter une preuve pertinente relativement à une défense autorisée par une règle de droit que dans le cas où l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante » (p. 611; voir aussi *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129).

[20] Pour que le juge puisse soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury, l'accusé doit signaler les éléments de preuve au dossier indiquant que le moyen de défense est vraisemblable (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3). Le juge du procès doit déterminer s'il existe une preuve « raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu » (*ibid.*, par. 83). Le critère de la vraisemblance s'applique à tous les moyens de défense et agit comme condition préliminaire pour assurer que les moyens de défense « farfelus ou tirés par les cheveux » soient soustraits à l'appréciation du juge des faits (par. 84). Lorsqu'il applique ce critère, le juge du procès doit admettre la véracité de la preuve et s'abstient d'examiner la crédibilité ou de tirer des conclusions de fait (par. 54).

[21] Ces principes sont distincts mais peuvent être interreliés. Dans la plupart des cas, lorsque la preuve que soulève la défense a trait aux faits sur lesquels repose l'infraction reprochée, la pertinence de la preuve au plan de la logique et son admissibilité seront évidentes. Toutefois, lorsque la preuve a trait à un cadre factuel sans lien avec l'infraction reprochée, sa pertinence en rapport avec un fait en cause ou un moyen de défense possible peut s'avérer moins évidente. Dans ces cas, le rôle du juge du

is logically relevant and connected to a defence that has an air of reality. For example, while the degree of similarity may be logically relevant to whether the same person committed the offence, it will not relate to a fact in issue at trial unless the defence has an air of reality. In this case, the unknown third party suspect defence will not have an air of reality unless there is evidence that the accused could not have committed the other offence. Thus, logical relevance will sometimes be assessed with reference to whether the defence for which the evidence is tendered is available. That said, the air of reality test set out in *Cinous* does not displace the *Seaboyer* admissibility test. The air of reality test and the *Seaboyer* admissibility test remain two distinct inquiries.

[22] These principles are firmly established in this Court’s jurisprudence and are not generally challenged by the parties to this appeal. Instead, the dispute concerns their proper application to evidence concerning an unknown third party suspect.

[23] The Crown argues that a modified version of *Seaboyer* must be applied, incorporating aspects of the tests governing similar fact and known third party suspect evidence. I disagree. As I discuss below, these tests are designed to respond to the particular risks and benefits presented by particular types of evidence. Where evidence does not fit within these categories — where it does not present these specific risks and benefits — its admission is governed directly by the general principles of admissibility set out in *Corbett* and *Seaboyer*.

B. *The Known Third Party Suspect Test Does Not Provide the Proper Template for Determining the Relevance of Unknown Third Party Suspect Evidence*

[24] In order for evidence relating to a known third party suspect to have any probative value, the

procès à titre de gardien peut l’obliger à déterminer si la preuve présentée est logiquement pertinente et reliée à un moyen de défense vraisemblable. Par exemple, bien que le degré de similitude puisse être logiquement pertinent à la question de savoir si la même personne a commis l’infraction, il n’aura pas de lien avec un fait en cause au procès sauf si le moyen de défense soulevé est vraisemblable. En l’espèce, la défense fondée sur l’existence d’un tiers suspect inconnu ne sera pas vraisemblable sans une preuve que l’accusé n’aurait pas pu commettre l’autre infraction. Ainsi, la pertinence au plan de la logique sera parfois examinée en rapport avec la question de savoir si la défense qu’appuie l’élément de preuve présenté peut être invoquée. Cela dit, le critère de la vraisemblance établi dans l’arrêt *Cinous* n’écarte pas le critère d’admissibilité établi dans l’arrêt *Seaboyer*. Le critère de la vraisemblance et le critère d’admissibilité de l’arrêt *Seaboyer* demeurent deux examens distincts.

[22] Ces principes sont fermement établis dans la jurisprudence de notre Cour et ne sont généralement pas contestés par les parties en l’espèce. Le différend concerne plutôt leur juste application à la preuve relative à un tiers suspect inconnu.

[23] Le ministère public fait valoir qu’il faut appliquer une version modifiée du cadre d’analyse retenu dans l’arrêt *Seaboyer*, qui incorpore divers aspects des critères régissant la preuve de faits similaires et la preuve d’un tiers suspect connu. Je ne suis pas d’accord. Comme je l’indique plus loin, ces critères sont conçus pour répondre aux risques et aux avantages précis que présentent des types de preuve en particulier. Lorsque la preuve n’entre pas dans ces catégories — lorsqu’elle ne présente pas ces risques et avantages précis —, son admission est régie directement par les principes généraux d’admissibilité établis dans les arrêts *Corbett* et *Seaboyer*.

B. *Le critère du tiers suspect connu ne fournit pas le bon cadre d’analyse pour déterminer la pertinence de la preuve d’un tiers suspect inconnu*

[24] Pour que la preuve relative à un tiers suspect connu ait une quelconque valeur probante, elle

evidence must show a sufficient connection between the third person and the crime for which the accused is charged (*Grandinetti*, at para. 47; *McMillan v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 824). The defence points to such evidence to raise a reasonable doubt that someone else committed the crime in question. Evidence that this third person had the motive, the means, or the propensity to commit the crime will often establish this sufficient connection.

[25] As this Court recognized in *McMillan*, the sufficient connection test is nothing more than an elaboration of the logical relevance analysis applied in the particular context of allegations that another, known individual committed the crime (pp. 828-29). Abella J. affirmed this point in *Grandinetti*, where she wrote:

The requirement that there be a sufficient connection between the third party and the crime is essential. Without this link, the third party evidence is neither relevant nor probative. The evidence may be inferential, but the inferences must be reasonable, based on the evidence, and not amount to speculation. [para. 47]

Without a sufficient connection between the third party and the crime, the evidence of a known third party suspect is simply not logically relevant.

[26] There is no principled reason to require that the connection be established by evidence relating directly to the third party where that individual is unknown. Such an articulation of the test — designed, for example, to capture the motive, propensity or opportunity of a known third party to commit the crime — would place an unrealistic burden on the accused. How could an accused establish the motive, propensity or opportunity of an unknown individual? (See, on this point, *State v. Scheidell*, 227 Wis.2d 285 (1999), at paras. 24-27.)

[27] Where the third party's identity is unknown, the nature of the connection must reflect a different factual matrix. In such circumstances, the sufficient connection — to anchor the relevance and probative

doit démontrer l'existence d'un lien suffisant entre le tiers et le crime pour lequel l'accusé est inculpé (*Grandinetti*, par. 47; *McMillan c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 824). La défense invoque une telle preuve pour soulever un doute raisonnable qu'une autre personne a commis le crime en question. La preuve que cette autre personne avait le mobile et les moyens pour commettre le crime, ou qu'elle y était prédisposée, établira souvent ce lien suffisant.

[25] Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *McMillan*, le critère du lien suffisant n'est rien de plus qu'une explication de l'analyse de la pertinence logique appliquée dans le contexte particulier d'allégations selon lesquelles une autre personne connue a commis le crime (p. 828-829). La juge Abella a confirmé ce point dans l'arrêt *Grandinetti*, où elle a écrit ce qui suit :

L'exigence d'un lien suffisant entre l'autre personne et le crime est essentielle. Faute d'un tel lien, l'élément de preuve offert n'a aucune pertinence ou valeur probante. L'élément peut reposer sur des inférences, mais celles-ci doivent être raisonnables au regard de la preuve et ne pas être spéculatives. [par. 47]

Faute d'un lien suffisant entre le tiers et le crime, la preuve d'un tiers suspect connu n'est tout simplement pas logiquement pertinente.

[26] Il n'existe aucun motif rationnel d'exiger que le lien soit établi par une preuve directement liée au tiers lorsque celui-ci est inconnu. Énoncer ainsi le critère — conçu par exemple pour démontrer qu'un tiers connu avait un mobile, a eu l'occasion de commettre le crime et y était prédisposé — imposerait à l'accusé un fardeau irréaliste. Comment l'accusé pourrait-il établir qu'une personne inconnue avait un mobile, qu'elle a eu l'occasion de commettre le crime ou qu'elle y était prédisposée? (Voir à ce sujet l'arrêt *State c. Scheidell*, 227 Wis.2d 285 (1999), par. 24-27.)

[27] Lorsque l'identité du tiers est inconnue, la nature du lien doit refléter un cadre factuel différent. Dans de telles circonstances, le lien suffisant — pour ancrer la pertinence et la valeur probante

value of the evidence — generally arises from similarities between the crime charged and another crime that the accused could not possibly have committed.

[28] This focus on the similarities between the offences is not a formulation of a new, categorical test. Rather, it reflects the principles underlying *Grandinetti* which play out differently in different factual contexts. Like known third party suspect evidence, “in the absence of some nexus with the alleged offence”, unknown third party suspect evidence will constitute mere speculation (*R. v. McMillan* (1975), 7 O.R. (2d) 750 (C.A.), at p. 758, aff’d [1977] 2 S.C.R. 824). Unless the circumstances and similarities to the other offence are sufficient to suggest that the same individual committed both crimes, unknown third party suspect evidence will not be logically relevant.

[29] This is consistent with the approaches taken by other common law jurisdictions in assessing defence-led evidence of similar acts.²

[30] A finding of logical relevance does not end the admissibility inquiry. Even the *Grandinetti* sufficient connection test speaks only to the probative

² Australian law requires the defence to show “a sufficient similarity between the two acts as to allow the jury to conclude that there is a real possibility that the same person was involved” (J. D. Heydon, *Cross on Evidence* (9th Aust. 2013), at p. 713). In the United Kingdom, evidence of the bad character of someone other than the defendant is admissible where the similarities give the evidence “substantial probative value” (*Criminal Justice Act 2003* (U.K.), 2003, c. 44, s. 100(1)(b), (3)(c) and (d); H. M. Malek et al., eds., *Phipson on Evidence* (18th ed. 2013), at paras. 22-04, 22-24 to 22-27). Similarly, in the United States, some federal and state jurisprudence holds that defence-led evidence of similar acts will be admissible where it is “sufficiently similar to the crime at bar so that it is relevant” (*United States v. Stevens*, 935 F.2d 1380 (3rd Cir. 1991), at p. 1384; *Scheidell*, at paras. 39-41; *Wiley v. State*, 74 S.W.3d 399 (Tex. Crim. App. 2002), at p. 406; *United States v. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (10th Cir. 1998), at p. 1191; *Caldwell v. State*, 356 S.W.3d 42 (Tex. Ct. App. 2011), at p. 47 (citing *Wiley* and *McVeigh*); *Davis v. State*, 413 S.W.3d 816 (Tex. Ct. App. 2013), at p. 833 (citing *Wiley*)).

de la preuve — découle généralement des similitudes entre le crime reproché et un autre crime que l’accusé n’aurait pas pu commettre.

[28] Cette importance accordée aux similitudes entre les infractions ne constitue pas une formulation d’un critère catégorique nouveau. Elle reflète plutôt les principes sur lesquels repose l’arrêt *Grandinetti* qui s’appliquent de manière différente dans des contextes factuels différents. Tout comme la preuve d’un tiers suspect connu, [TRADUCTION] « en l’absence d’un quelconque lien avec l’infraction alléguée », la preuve d’un tiers suspect inconnu constituera de la pure spéculation (*R. c. McMillan* (1975), 7 O.R. (2d) 750 (C.A.), p. 758, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824). À moins que les circonstances de l’autre infraction et les similitudes présentes soient suffisantes pour donner à penser que la même personne a commis les deux crimes, la preuve d’un tiers suspect inconnu ne sera pas logiquement pertinente.

[29] Cela concorde avec les méthodes adoptées par d’autres pays de common law pour examiner la preuve de faits similaires présentée par la défense².

[30] Le fait de conclure à la pertinence logique de la preuve ne met pas fin à l’examen de l’admissibilité. Même le critère du lien suffisant établi dans

² En droit australien, la défense doit démontrer [TRADUCTION] « une similitude suffisante entre les deux actes pour permettre au jury de conclure qu’il est réellement possible que la même personne ait commis le crime » (J. D. Heydon, *Cross on Evidence* (9th Aust. 2013), p. 713). Au Royaume-Uni, la preuve de la mauvaise moralité d’une personne autre que le défendeur est admissible lorsque les similitudes donnent à la preuve une [TRADUCTION] « grande valeur probante » (*Criminal Justice Act 2003* (R.-U.), 2003, c. 44, al. 100(1)(b), (3)(c) et (d); H. M. Malek et autres, dir., *Phipson on Evidence* (18^e éd. 2013), par. 22-04, 22-24 à 22-27). De même, aux États-Unis, la jurisprudence fédérale et de certains États indique qu’une preuve d’actes similaires présentée par la défense sera admissible lorsqu’elle est [TRADUCTION] « suffisamment similaire au crime en question, de sorte qu’elle est pertinente » (*United States v. Stevens*, 935 F.2d 1380 (3rd Cir. 1991), p. 1384; *Scheidell*, par. 39-41; *Wiley v. State*, 74 S.W.3d 399 (Tex. Crim. App. 2002), p. 406; *United States v. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (10th Cir. 1998), p. 1191; *Caldwell v. State*, 356 S.W.3d 42 (Tex. Ct. App. 2011), p. 47 (citant *Wiley* et *McVeigh*); *Davis v. State*, 413 S.W.3d 816 (Tex. Ct. App. 2013), p. 833 (citant *Wiley*)).

value side of the *Seaboyer* equation. Once the relevance threshold is met, the trial judge must still be satisfied that the probative value of the evidence tendered by the defence is not substantially outweighed by its prejudicial effects.

C. *The Admissibility Test for Crown-led Similar Fact Evidence Does Not Apply to Defence-led Evidence of the Similar Acts of a Non-accused*

[31] Similar fact evidence is, most commonly, evidence of the accused's prior bad acts led by the Crown. Such evidence is presumptively inadmissible, as its highly prejudicial effects generally outweigh its probative value (*R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *Handy*). As this Court noted in *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 732, putting evidence of the accused's "prior immoral or illegal acts" before the jury inevitably results in a "heavy prejudice" to the accused. The presumptive inadmissibility of this evidence is tied to both the moral aspect of this prejudice — the danger that the trier of fact will wrongfully convict the accused simply to condemn her for her prior bad acts — and the reasoning aspect of this prejudice — the danger that the trier of fact will become distracted by the similar bad act evidence and accord it more weight than it merits (*Handy*, at paras. 139-47). Exceptionally, similar fact evidence will be admitted where, based on the similarity of the alleged acts, the Crown "satisf[ies] the trial judge on a balance of probabilities that . . . the probative value of the evidence in relation to a particular issue outweighs its potential prejudice and thereby justifies its reception" (*Handy*, at para. 55). Where the Crown leads similar fact evidence to establish the *identity of the perpetrator*, the Crown must satisfy the trial judge that, on a balance of probabilities, "the same person committed the alleged similar acts" (*Arp*, at para. 48).

l'arrêt *Grandinetti* ne porte que sur l'aspect relatif à la valeur probante du critère établi dans l'arrêt *Seaboyer*. Une fois le critère de la pertinence satisfait, le juge du procès doit encore être convaincu que les effets préjudiciables de la preuve présentée par la défense ne l'emportent pas sensiblement sur sa valeur probante.

C. *Le critère d'admissibilité de la preuve de faits similaires présentée par le ministère public ne s'applique pas à la preuve d'actes similaires d'une personne non accusée présentée par la défense*

[31] La preuve de faits similaires est, le plus souvent, une preuve d'actes antérieurs répréhensibles de l'accusé présentée par le ministère public. La preuve de cette nature est présumée inadmissible, puisque ses effets très préjudiciables l'emportent généralement sur sa valeur probante (*R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *Handy*). Comme l'a observé notre Cour dans l'arrêt *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, p. 732, présenter au jury la preuve que l'accusé a commis des « actes immoraux ou illégaux antérieurs » cause inévitablement un « préjudice grave » à l'accusé. La présomption d'inadmissibilité de cette preuve est liée tant à l'aspect moral de ce préjudice — le danger que le juge des faits déclare l'accusé coupable à tort simplement afin de le condamner pour avoir commis des actes antérieurs répréhensibles — qu'à l'aspect lié au raisonnement de ce préjudice — le danger que le juge des faits se laisse influencer par la preuve d'actes répréhensibles similaires et lui accorde plus de poids qu'elle n'en mérite (*Handy*, par. 139-147). Exceptionnellement, la preuve de faits similaires sera admise lorsque, compte tenu de la similitude entre les actes présumés, le ministère public « convain[c] le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que [. . .] la valeur probante de la preuve relative à une question donnée l'emporte sur le préjudice qu'elle peut causer et justifie ainsi sa réception » (*Handy*, par. 55). Lorsque le ministère public présente une preuve de faits similaires pour établir l'*identité de l'auteur du crime*, il doit convaincre le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que « les actes similaires reprochés ont été commis par la même personne » (*Arp*, par. 48).

[32] In addition to applying the *Grandinetti* test for known third party suspects, the trial judge in the present case applied a “balance of probabilities” threshold test to determine whether the P.W. incident actually occurred. In so doing, he referred to the admissibility test for Crown-led similar fact evidence, as set out in *Handy*. The Court of Appeal found that the evidence in question was “akin to similar-fact evidence”, but noted that, because this is defence-led evidence, *Seaboyer*, not *Handy*, governs its admissibility (paras. 73-74).

[33] This conclusion is consistent with the approach taken by Canadian appellate courts where evidence of a non-accused’s similar acts is sought to be introduced. Appellate courts faced with this issue have consistently found that such evidence is not governed by the test applicable to evidence of an accused’s similar acts (see, for example, *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.); *R. v. Pollock* (2004), 187 C.C.C. (3d) 213 (Ont. C.A.), at para. 104; *R. v. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (Ont. C.A.); *R. v. Sims* (1994), 28 C.R. (4th) 231 (B.C.C.A.); *R. v. Hamilton*, 2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80; *R. v. Brousseau*, 2006 QCCA 858).

[34] Defence-led evidence concerning an unknown third party suspect is only similar fact evidence in the sense that its probative value is derived from the similarity between the incidents where it is impossible for the accused to have committed the uncharged offence. An onus requiring proof on a balance of probabilities is *not* consistent with the lower evidential burden of the accused to put a defence in issue by adducing sufficient evidence “upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit” (*Cinous*, at para. 49). Rendering such defence-led evidence presumptively inadmissible would effectively impose a persuasive burden on the accused to prove her innocence. As this Court noted in *Seaboyer*, the test governing defence-led evidence must be accountable to “the fundamental

[32] En plus d’appliquer le critère établi dans l’arrêt *Grandinetti* concernant les tiers suspects connus, le juge du procès en l’espèce a appliqué la norme de la « prépondérance des probabilités » pour déterminer si l’incident signalé par P.W. a vraiment eu lieu. Pour ce faire, il a fait référence au critère d’admissibilité applicable à la preuve de faits similaires présentée par le ministère public établi dans l’arrêt *Handy*. La Cour d’appel a conclu que la preuve en question était semblable [TRADUCTION] « à une preuve de faits similaires », mais a indiqué que, comme cette preuve est présentée par la défense, l’arrêt *Seaboyer*, et non l’arrêt *Handy*, régit son admissibilité (par. 73-74).

[33] Cette conclusion concorde avec la méthode retenue par les tribunaux d’appel canadiens lorsque l’on cherche à présenter une preuve de faits similaires d’une personne non accusée. Les tribunaux d’appel saisis de cette question ont systématiquement conclu qu’une telle preuve n’est pas régie par le critère applicable à la preuve d’actes similaires d’un accusé (voir, par exemple, *R. c. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.); *R. c. Pollock* (2004), 187 C.C.C. (3d) 213 (C.A. Ont.), par. 104; *R. c. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (C.A. Ont.); *R. c. Sims* (1994), 28 C.R. (4th) 231 (C.A. C.-B.); *R. c. Hamilton*, 2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80; *R. c. Brousseau*, 2006 QCCA 858).

[34] La preuve présentée par la défense concernant un tiers suspect inconnu constitue une preuve de faits similaires uniquement dans le sens où sa valeur probante découle de la similitude entre les incidents lorsqu’il est impossible que l’accusé ait commis l’infraction pour laquelle il n’est pas accusé. Un fardeau exigeant une preuve selon la prépondérance des probabilités n’est *pas* compatible avec le fardeau de présentation moins lourd qui incombe à l’accusé de soumettre un moyen de défense en présentant une preuve suffisante « [qui] permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement » (*Cinous*, par. 49). Présumer l’inadmissibilité d’une telle preuve présentée par la défense imposerait à l’accusé le fardeau de prouver

tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted” (p. 611).

[35] Moreover, unknown third party suspect evidence does not risk causing moral prejudice to the accused. Such evidence is intended to be exculpatory when raised by an accused, as it was in this case. Although the evidence engages some of the same reasoning prejudice concerns as does evidence of the prior bad acts of the accused (*Arp*, at para. 40; *Handy*, at para. 37), this prejudice can be addressed directly under *Seaboyer*.

[36] To conclude, the balance of probabilities test governing the admissibility of similar fact evidence does not apply to unknown third party suspect evidence proffered by the accused. The similarity of the acts goes to the relevance of the evidence, but imposing the onus of the *Handy* test on the accused is neither consistent with the presumption of innocence nor necessary to protect the accused from moral prejudice. Any reasoning prejudice or risks to the integrity of the trial process engaged by this evidence are better addressed directly within the *Seaboyer* framework.

D. *The Seaboyer Test Applies to the Admission of Unknown Third Party Suspect Evidence*

[37] In my view, the admissibility of evidence concerning an unknown third party suspect is best determined in accordance with the broader, principled approach to the admission of evidence found in *Seaboyer*. Evaluating the admissibility of this evidence under *Seaboyer*, rather than under disparate tests not designed for its particularities, allows the trial judge to tailor her evaluation and weighing of the probative value and prejudicial effects of the

son innocence. Comme l’a relevé notre Cour dans l’arrêt *Seaboyer*, le critère applicable à la preuve présentée par la défense doit être assujéti au « principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable » (p. 611).

[35] De plus, la preuve d’un tiers suspect inconnu ne risque pas de causer un préjudice moral à l’accusé. Pareille preuve se veut disculpatoire lorsqu’elle est invoquée par un accusé, comme c’était le cas en l’espèce. Bien que cette preuve suscite quelques-unes des mêmes préoccupations à l’égard du préjudice par raisonnement que la preuve d’actes antérieurs répréhensibles de l’accusé (*Arp*, par. 40; *Handy*, par. 37), on peut redresser ce préjudice en appliquant directement le critère établi dans l’arrêt *Seaboyer*.

[36] En conclusion, la norme de la prépondérance des probabilités régissant l’admissibilité d’une preuve de faits similaires ne s’applique pas à la preuve d’un tiers suspect inconnu présentée par l’accusé. La similitude entre les actes démontre la pertinence de la preuve, mais le fait d’imposer à l’accusé le fardeau de satisfaire au critère établi dans l’arrêt *Handy* n’est ni conforme à la présomption d’innocence, ni nécessaire pour protéger l’accusé d’un préjudice moral. Il convient d’examiner la question du préjudice par raisonnement ou du risque à l’intégrité du procès que suscite cette preuve en appliquant directement le cadre d’analyse prévu dans l’arrêt *Seaboyer*.

D. *Le critère établi dans l’arrêt Seaboyer s’applique à l’admission de la preuve d’un tiers suspect inconnu*

[37] À mon sens, le meilleur moyen pour déterminer l’admissibilité de la preuve concernant un tiers suspect inconnu consiste à l’examiner en suivant la démarche plus large, fondée sur des principes, adoptée dans l’arrêt *Seaboyer*. Le fait d’évaluer l’admissibilité de cette preuve sur le fondement de l’arrêt *Seaboyer*, plutôt que par l’application de critères disparates qui ne tiennent pas compte de ses particularités, permet au juge du procès d’adapter

evidence to the specific facts presented. In accordance with *Seaboyer*, once the evidence has been found to be relevant, unknown third party suspect evidence will be admitted unless its prejudicial effects substantially outweigh its probative value.

[38] As noted above, there are two components to the *Seaboyer* analysis. First, in applying *Seaboyer*, the trial judge must assess the potential probative value of the evidence. Where the evidence relates to an unknown third party suspect, probative value will depend in part on the strength of the connection or nexus between the two events — that is, the degree of similarity between the indicted crime and the allegedly similar incident. As the Supreme Court of Wisconsin noted in *Scheidell*, “the greater the similarity, complexity, and distinctiveness of the events, as well as the relative frequency of the event, the stronger the case for admission” (para. 41, citing *State v. Sullivan*, 216 Wis.2d 768 (1998), at para. 54).

[39] Second, the *Seaboyer* test is concerned with the potential prejudicial effects of the evidence. Unknown third party suspect evidence, like Crowned similar fact evidence, poses a particular risk of reasoning prejudice. Introducing evidence of other crimes that are sufficiently similar to the crime charged may risk “the distraction of members of the jury from their proper focus on the charge itself aggravated by the consumption of time” (*Handy*, at para. 144).

[40] However, these significant prejudicial effects must nonetheless be evaluated in accordance with the fundamental principles governing criminal proceedings. In giving constitutional protection to the accused’s rights to make full answer and defence and to be presumed innocent until proven guilty, we must accept a certain amount of complexity, length, and distraction from the Crown’s case as a necessary concession to the actualization of those rights. (See,

au cadre factuel précis son évaluation et son appréciation de la valeur probante et des effets préjudiciables de la preuve. Conformément à l’arrêt *Seaboyer*, une fois qu’elle a été jugée pertinente, la preuve relative à un tiers suspect inconnu sera admise à moins que ses effets préjudiciables l’emportent sensiblement sur sa valeur probante.

[38] Comme je l’ai déjà dit, l’analyse fondée sur l’arrêt *Seaboyer* comporte deux volets. Premièrement, en appliquant l’arrêt *Seaboyer*, le juge du procès doit évaluer la valeur probante potentielle de la preuve. Lorsque la preuve a trait à un tiers suspect inconnu, la valeur probante dépendra en partie de la force du lien entre les deux événements — c’est-à-dire le degré de similitude entre le crime dont la personne est accusée et l’incident que l’on dit être similaire. Comme la Cour suprême du Wisconsin l’a indiqué dans l’arrêt *Scheidell*, [TRADUCTION] « plus la similitude entre les événements est grande, et plus la complexité, la particularité et la fréquence relative des événements sont grandes, plus la balance penchera en faveur de l’admission » (par. 41, citant *State c. Sullivan*, 216 Wis.2d 768 (1998), par. 54).

[39] Deuxièmement, le critère fondé sur l’arrêt *Seaboyer* traite des effets préjudiciables potentiels de la preuve. La preuve d’un tiers suspect inconnu, comme la preuve de faits similaires présentée par le ministère public, présente un risque particulier de préjudice par raisonnement. Le fait d’introduire une preuve d’autres crimes suffisamment similaires au crime reproché peut risquer « d’empêcher les membres du jury de bien se concentrer sur l’accusation elle-même, [fait qui est] aggravé par le temps » (*Handy*, par. 144).

[40] Toutefois, ces effets préjudiciables importants doivent néanmoins être évalués conformément aux principes fondamentaux qui régissent les poursuites criminelles. En conférant la protection constitutionnelle au droit de l’accusé à une défense pleine et entière, ainsi qu’à son droit d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, nous devons accepter que le procès soit relativement complexe et long et que l’attention du jury risque d’être

for example, *Scheidell*, at para. 65, per Abrahamson C.J., dissenting in the result.)

[41] Contrary to the Crown's submissions, applying *Seaboyer* does not "mak[e] the test for admissibility turn on whether or not the third party is named" (A.F., at para. 44). Known third party suspect evidence is already subject to the *Seaboyer* admissibility test: do the prejudicial effects substantially outweigh the probative value? (See, for example, *R. v. Murphy*, 2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281 (third party suspect evidence); *R. v. Underwood*, 2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500 (hearsay evidence of a third party suspect).) Indeed, defence-led evidence is generally subject to *Seaboyer* (*Shearing* (defence cross-examination of a complainant); *R. v. Clarke* (1998), 129 C.C.C. (3d) 1 (complainant's credibility); *R. v. Jackson*, 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, aff'd 2014 SCC 30, [2014] 1 S.C.R. 672 (deceased victim's criminal convictions); *R. v. C. (T.)* (2004), 189 C.C.C. (3d) 473 (Ont. C.A.) (third party records in the possession of the accused); *Pollock* (character evidence of a co-accused); *R. v. Humaid* (2006), 37 C.R. (6th) 347 (Ont. C.A.) (defence hearsay evidence); *Hamilton* (bad character evidence of the deceased)). Thus, while the principles in *Seaboyer* will always apply, they play out differently in different situations.

[42] As this discussion demonstrates, many of the concerns animating the specific tests governing the admissibility of known third party suspect and similar fact evidence are also addressed in the *Seaboyer* analysis. In all cases, the evidence must be beyond mere speculation and conjecture. The value of the evidence must be balanced against the risks posed to the integrity of the trial when a party seeks to expand the ambit of the trial to individuals or events not directly related to the crime indicted.

détournée de la preuve du ministère public. Il s'agit d'un compromis nécessaire à la matérialisation de ces droits. (Voir, par exemple, l'arrêt *Scheidell*, par. 65, le juge en chef Abrahamson, dissident quant au résultat.)

[41] Contrairement à ce qu'affirme le ministère public, appliquer l'arrêt *Seaboyer* ne fait pas [TRA-DUCTION] « reposer le critère d'admissibilité sur la question de savoir si le tiers est nommé ou non » (m.a., par. 44). La preuve d'un tiers suspect connu est déjà assujettie au critère d'admissibilité établi dans l'arrêt *Seaboyer* : les effets préjudiciables l'emportent-ils sensiblement sur la valeur probante? (Voir, par exemple, *R. c. Murphy*, 2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281 (preuve d'un tiers suspect); *R. c. Underwood*, 2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500 (preuve par ouï-dire d'un tiers suspect).) Certes, la preuve présentée par la défense est généralement assujettie à l'arrêt *Seaboyer* (*Shearing* (contre-interrogatoire de la plaignante par la défense); *R. c. Clarke* (1998), 129 C.C.C. (3d) 1 (crédibilité de la plaignante); *R. c. Jackson*, 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, conf. par 2014 CSC 30, [2014] 1 R.C.S. 672 (condamnations criminelles de la victime décédée); *R. c. C. (T.)* (2004), 189 C.C.C. (3d) 473 (C.A. Ont.) (documents d'un tiers en la possession de l'accusé); *Pollock* (preuve de moralité d'un coaccusé); *R. c. Humaid* (2006), 37 C.R. (6th) 347 (C.A. Ont.) (preuve par ouï-dire de la défense); *Hamilton* (preuve de mauvaise moralité de la personne décédée)). Ainsi, alors que les principes de l'arrêt *Seaboyer* s'appliquent toujours, ils s'appliquent de manière différente dans des situations différentes.

[42] Comme le démontre cette analyse, bon nombre des préoccupations à l'origine des critères précis régissant l'admissibilité d'une preuve d'un tiers suspect connu et d'une preuve de faits similaires sont également examinées dans l'analyse fondée sur l'arrêt *Seaboyer*. Dans tous les cas, la preuve doit constituer plus que de simples spéculations ou conjectures. La valeur de la preuve doit être pondérée au regard des risques posés à l'intégrité du procès lorsqu'une partie cherche à élargir la portée du procès en y introduisant des personnes ou des événements qui ne sont pas directement liés au crime reproché.

E. *The Trial Judge's Role as Evidentiary Gatekeeper and the Seaboyer Test*

[43] The Crown argues that the trial judge, as gatekeeper, must assess the quality and reliability of evidence as part of the admissibility inquiry. In light of the elevated risks posed by unknown third party suspect evidence, the Crown submits that the Court of Appeal dangerously lowered the threshold for third party suspect evidence by applying the “some evidence” standard articulated in *Cinous*. For the reasons that follow, I do not accept this submission.

[44] The trial judge plays a fundamentally important role as evidentiary gatekeeper, tasked with preserving both the right of the accused to make full answer and defence and the integrity of the trial process. To fulfill this mandate, the trial judge engages in a limited weighing of the evidence to ensure that the jury only considers evidence (1) that is relevant to a fact in issue, including an available defence; and (2) whose probative value is not substantially outweighed by its prejudicial effects. These inquiries often overlap. However, the trial judge is not permitted to invade the province of the jury and determine the strength of the evidence (*R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 98).

[45] The trial judge must determine whether the evidence is logically relevant to an available defence — one that can be put to the jury. The air of reality test requires the trial judge, taking the proposed evidence at its greatest strength, to determine whether the record would contain “a sufficient factual foundation for a properly instructed jury to give effect to the defence” (*R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248, at para. 16). Where the defence’s theory is that an unknown third party committed the indicted crime, this factual foundation will be established by a sufficient connection between the crime for which the accused is charged and the allegedly similar incident(s), coupled with

E. *Le rôle du juge du procès à titre de gardien de la preuve et le critère établi dans l’arrêt Seaboyer*

[43] Le ministère public soutient que le juge du procès, à titre de gardien, doit examiner la qualité et la fiabilité de la preuve lorsqu’il évalue son admissibilité. Compte tenu des risques élevés que présente la preuve d’un tiers suspect inconnu, le ministère public plaide que la Cour d’appel a imprudemment imposé une condition préliminaire moins exigeante envers la preuve d’un tiers suspect en appliquant la norme de « l’existence d’une preuve » énoncée dans l’arrêt *Cinous*. Pour les motifs qui suivent, je ne saurais accepter cette affirmation.

[44] À titre de gardien de la preuve, le juge du procès joue un rôle fondamentalement important : il doit préserver tant le droit de l’accusé à une défense pleine et entière que l’intégrité du procès. Pour remplir cette mission, le juge du procès se livre à une appréciation limitée de la preuve pour s’assurer que le jury n’examine que la preuve (1) qui est pertinente à l’égard d’un fait en cause, y compris un moyen de défense pouvant être invoqué; et (2) dont les effets préjudiciables ne l’emportent pas sensiblement sur sa valeur probante. Ces examens se chevauchent souvent. Toutefois, le juge du procès n’est pas autorisé à s’immiscer dans la fonction du jury et à déterminer la force probante de la preuve (*R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 98).

[45] Le juge du procès doit déterminer si la preuve est logiquement pertinente à l’égard d’un moyen de défense pouvant être invoqué — un moyen qui peut être soumis à l’appréciation du jury. Le critère de la vraisemblance oblige le juge du procès, tenant pour acquis le caractère très solide de la preuve proposée, à déterminer s’il pourrait exister au dossier « un fondement factuel qui permettrait à un jury convenablement instruit d’accueillir la défense » (*R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248, par. 16). Lorsque la défense prétend qu’un tiers inconnu a commis le crime reproché, ce fondement factuel sera établi par l’existence d’un lien suffisant entre le crime pour lequel l’accusé est inculpé

the impossibility that the accused committed the other offence.

[46] The trial judge must also assess and balance the extent of the probative value and prejudicial effects of the evidence in accordance with *Seaboyer*. Like the air of reality test, the *Seaboyer* admissibility test does not permit the trial judge to decide how much weight to give the evidence or to make findings of fact. Doing so would usurp the role of the jury and would place a persuasive burden on the accused inconsistent with the presumption of innocence.

[47] The Crown argues that the substantial prejudice arising from evidence concerning an unknown third party suspect requires a higher threshold for both admissibility and putting the defence to the jury. However, substantial prejudice does not require a higher threshold; it simply weighs heavier in the balance. The *Seaboyer* admissibility test does not presuppose a particular level of prejudice or probative value for certain categories of evidence; instead, it requires a trial judge to conduct the balancing process contextually, based on the particularities of the evidence before her. As an inherently individualized assessment, it is capable of responding to various levels and forms of prejudice. No other test or higher threshold is required to protect the integrity of the trial process.

[48] The same is true of the “some evidence” threshold in the air of reality test, which the Crown argues the Court of Appeal erred in applying in this case. This standard does not indirectly lower the threshold for unknown third party suspect evidence. Rather, this standard, when used in conjunction with the requirement for a sufficient connection between the crimes, respects the requirements of *Corbett*, *Seaboyer* and *Cinous*, and properly balances the integrity of the trial process with the accused’s right to make full answer and defence.

et l’incident que l’on dit être similaire, conjugué à l’impossibilité que l’accusé ait commis l’autre infraction.

[46] Le juge du procès doit également examiner et pondérer l’étendue de la valeur probante et des effets préjudiciables de la preuve conformément à l’arrêt *Seaboyer*. Tout comme le critère de la « vraisemblance », le critère d’admissibilité établi dans l’arrêt *Seaboyer* ne permet pas au juge du procès de déterminer le poids qu’il convient d’accorder à la preuve ou de tirer des conclusions de fait. Il usurperait alors le rôle du jury et imposerait à l’accusé un fardeau de persuasion incompatible avec la présomption d’innocence.

[47] Le ministère public plaide que le préjudice important qui découle de la preuve relative à un tiers suspect inconnu exige que l’admissibilité du moyen de défense et sa présentation au jury soient assujetties à un seuil plus élevé. Cependant, le préjudice important n’exige pas un seuil plus élevé; il pèse simplement plus lourd dans la balance. Le critère d’admissibilité établi dans l’arrêt *Seaboyer* ne suppose pas que les effets préjudiciables ou la valeur probante de certaines catégories de preuve doivent atteindre un degré particulier; il oblige plutôt le juge du procès à effectuer une mise en balance contextuelle, fondée sur les particularités de la preuve dont il dispose. En tant qu’évaluation intrinsèquement individualisée, cette mise en balance permet de répondre aux divers degrés et aux diverses formes de préjudice. Aucun autre critère ni seuil plus élevé n’est requis pour protéger l’intégrité du procès.

[48] Il en est de même pour la condition préliminaire de « l’existence d’une preuve » utilisée dans le critère de la vraisemblance, laquelle, selon le ministère public, aurait été mal appliquée par la Cour d’appel en l’espèce. Cette norme n’impose pas indirectement une condition préliminaire moins exigeante relativement à la preuve d’un tiers suspect inconnu. En fait, lorsqu’appliquée conjointement avec l’exigence d’un lien suffisant entre les crimes, cette norme respecte les exigences des arrêts *Corbett*, *Seaboyer* et *Cinous* et établit un juste équilibre entre l’intégrité du procès et le droit de l’accusé à une défense pleine et entière.

[49] This conclusion does not, as the Crown submits it would, increase the scope of the Crown's potential disclosure obligations such that compliance becomes impossible. The Crown continues to be required to disclose all relevant evidence to the defence (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at pp. 336-40). The application of the *Stinchcombe* test obviously depends on the circumstances of each case and each disclosure request.

[50] In this case, the disclosure request was based on notes by the lead investigator in the police file on the Derksen murder concerning a similar crime (the P.W. incident) that was "very probably" connected to the Derksen murder (A.R., vol. II, at p. 135). The evidence for which disclosure was sought was clearly relevant.

[51] Where the similarities or the temporal or geographic connections between the charged crime and the crime(s) for which disclosure is sought are insufficient, the evidence will not be relevant, and disclosure will not be required. Allowing the defence to establish a sufficient connection with reference to the crimes, rather than to the suspect, does not extend the Crown's duty of disclosure.

[52] Nor does this conclusion jeopardize the Crown's ability to protect the privacy interests of individuals implicated in unrelated criminal matters or the confidentiality of ongoing investigations. The disclosure test remains one of relevancy, and the legislative measures that restrict disclosure to protect the privacy interests of individuals implicated in criminal matters continue to apply (see, for example, *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390). Moreover, the Crown exercises discretion with respect to the manner and timing of disclosure, thus allowing the Crown to delay disclosure to ensure the safety of individuals involved in an ongoing investigation (*Stinchcombe*, at pp. 339-40). This discretionary decision, like all other exercises of Crown discretion in disclosure

[49] Contrairement à ce qu'affirme le ministère public, cette conclusion n'élargit pas la portée de ses éventuelles obligations de communication de la preuve, de sorte que le respect de ces obligations devienne impossible. Le ministère public reste tenu de communiquer à la défense tous les éléments de preuve pertinents (*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 336-340). L'application du critère établi dans l'arrêt *Stinchcombe* dépend évidemment des circonstances de chaque cas et de chaque demande de communication.

[50] En l'espèce, la demande de communication était fondée sur les notes que l'enquêteur principal avait inscrites dans le dossier de la police sur le meurtre de M^{lle} Derksen concernant un crime similaire (l'incident signalé par P.W.) qui avait [TRADUCTION] « fort probablement » un lien avec le meurtre de M^{lle} Derksen (d.a., vol. II, p. 135). La preuve visée par la demande de communication était manifestement pertinente.

[51] Lorsque les similitudes ou les liens temporels ou géographiques entre le crime reproché et les crimes visés par la demande de communication sont insuffisants, la preuve ne sera pas pertinente et la communication ne sera pas requise. Permettre à la défense d'établir l'existence d'un lien suffisant en faisant référence aux crimes plutôt qu'au suspect n'élargit pas la portée de l'obligation de communication du ministère public.

[52] Cette conclusion ne compromet pas non plus la possibilité pour le ministère public de protéger les intérêts en matière de vie privée des personnes impliquées dans d'autres affaires criminelles ou la confidentialité des enquêtes en cours. Le critère de la communication demeure un critère de pertinence, et les mesures législatives qui limitent la communication pour protéger les intérêts en matière de vie privée des personnes impliquées dans des affaires criminelles continuent de s'appliquer (voir, par exemple, les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390). De plus, le ministère public exerce un pouvoir discrétionnaire quant à la forme et au moment de la communication, ce qui lui permet de retarder la communication afin d'assurer la sécurité des personnes impliquées dans

matters, must be justified on review (*Stinchcombe*, at p. 340).

F. *Summary of Analysis*

[53] To summarize, any elevated risks of prejudice that arise when an accused seeks to introduce evidence of an unknown third party suspect do not require the accused to satisfy a higher admissibility threshold or require the judge to engage in an enhanced evaluation of the evidence. Existing rules achieve the appropriate balance of maintaining the integrity of the trial process while protecting the right of an accused to make full answer and defence to the charges against her.

[54] Thus, defence evidence is admissible where (1) the evidence is relevant to a fact in issue; and (2) the probative value of the evidence is not substantially outweighed by its prejudicial effects. Where the connection between the evidence and a fact in issue at trial is not obvious, the air of reality test may help a trial judge in determining if the evidence tends to prove a defence that may become available. Relevant evidence concerning an unknown third party suspect will only be excluded where its prejudicial effects substantially outweigh its probative value.

G. *Application to the Facts*

[55] The trial judge erred in law in treating the evidence relating to the P.W. incident as known third party suspect evidence. The connections tying a known third party to the charged crime — generally motive, opportunity or propensity — do not fit the context of an unknown third party suspect. He also erred in requiring the accused to establish on a balance of probabilities that the alleged abduction took place. There is no such evidentiary burden on the accused where he seeks to rely on the defence that an unknown third party committed the crime in question. To the extent that the trial judge made findings of probative value and prejudicial effects, those

une enquête en cours (*Stinchcombe*, p. 339-340). Cette décision discrétionnaire, comme tous les autres exercices du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de communication, doit être justifiée dans le cadre d'un contrôle judiciaire (*Stinchcombe*, p. 340).

F. *Résumé de l'analyse*

[53] Pour résumer, tout risque élevé de préjudice qui survient lorsqu'un accusé cherche à introduire une preuve d'un tiers suspect inconnu n'exige pas que l'accusé satisfasse à un seuil d'admissibilité plus élevé ou que le juge procède à un examen approfondi de la preuve. Les règles actuelles établissent le juste équilibre permettant de maintenir l'intégrité du procès tout en protégeant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière contre les accusations qui pèsent contre lui.

[54] Ainsi, la preuve présentée par la défense est admissible lorsque (1) elle est pertinente à un fait en cause; et (2) ses effets préjudiciables ne l'emportent pas sensiblement sur sa valeur probante. Lorsque le lien entre la preuve et un fait en cause au procès n'est pas évident, le critère de la vraisemblance peut aider le juge du procès à déterminer si la preuve tend à établir un moyen de défense qui pourra être invoqué. La preuve pertinente concernant un tiers suspect inconnu ne sera écartée que lorsque ses effets préjudiciables l'emportent sensiblement sur sa valeur probante.

G. *Application aux faits*

[55] Le juge du procès a commis une erreur de droit en considérant la preuve en lien avec l'incident signalé par P.W. comme une preuve d'un tiers suspect connu. Les liens qui rattachent un tiers connu au crime reproché — en général le mobile, l'occasion et la propension — ne conviennent pas au contexte d'un tiers suspect inconnu. Il a également commis une erreur en obligeant l'accusé à établir selon la prépondérance des probabilités qu'il y aurait eu un enlèvement. Il n'y a pas lieu d'imposer un tel fardeau de preuve à l'accusé lorsqu'il cherche à invoquer le moyen de défense fondé sur le fait qu'un tiers inconnu a commis le crime en question.

findings are intimately tied to the incorrect balancing tests he used, and thus cannot be relied upon.

[56] These errors entitled the Court of Appeal to conduct its own assessment of the evidence (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 31-35). The court considered P.W.'s *viva voce* testimony and her prior statements to the police, which the trial judge had accepted (for the purposes of the *voir dire*) for the truth of their contents, in accordance with *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787. The court also considered other statements that had been admitted on the *voir dire* for the truth of their contents with the Crown's consent, and other evidence pertaining to the incident, including the police reports noting a possible connection between the P.W. incident and the Derksen murder.

[57] The Court of Appeal concluded that the evidence was "very relevant" and that its probative value arose from the marked similarities between the alleged abduction of P.W. and the crime for which Mr. Grant is charged. In each case, the victim was of a similar age. Both victims left school at the same time of day, on the same day of the week, nine months apart. Both were left in unlocked shed-like premises in the same industrial area of Winnipeg, 2.6 kilometres apart. Both victims were found abandoned with their hands and feet tied with similar knots. In neither case was there evidence of physical or sexual assault. The same type of gum wrapper was found at both scenes (although, in the crime charged, it was found in the deceased's pocket, suggesting it may have been hers).

[58] I cannot accept the Crown's submission that these similarities are insufficient on any test and that the evidence relied upon by the Court of Appeal would not be available at trial. As the Crown

Dans la mesure où le juge du procès a tiré des conclusions quant à la valeur probante et aux effets préjudiciables, ces conclusions sont intimement liées aux mauvais critères de pondération qu'il a appliqués, et on ne peut donc pas s'y fier.

[56] Ces erreurs autorisaient la Cour d'appel à effectuer sa propre appréciation de la preuve (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 31-35). La cour a tenu compte du témoignage de vive voix de P.W. et de ses déclarations antérieures à la police, que le juge du procès avait acceptées (pour les besoins du voir-dire) comme faisant foi de leur contenu, conformément à l'arrêt *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787. La cour a également tenu compte d'autres déclarations qui avaient été admises au voir-dire comme faisant foi de leur contenu avec le consentement du ministère public, ainsi que d'autres éléments de preuve se rapportant à l'incident, dont les rapports de police dans lesquels on avait noté un lien possible entre l'incident signalé par P.W. et le meurtre de M^{lle} Derksen.

[57] La Cour d'appel a conclu que la preuve était [TRADUCTION] « très pertinente » et que sa valeur probante découlait des similitudes frappantes entre le présumé enlèvement de P.W. et le crime pour lequel M. Grant est accusé. Dans les deux cas, les victimes avaient à peu près le même âge. Les deux victimes avaient quitté l'école au même moment de la journée, le même jour de la semaine, à neuf mois d'écart. Les deux avaient été laissées dans des bâtiments déverrouillés ressemblant à des remises dans le même secteur industriel de Winnipeg, à 2,6 kilomètres d'écart. Les deux victimes avaient été retrouvées mains et pieds ligotés avec des nœuds similaires. Dans aucun des cas, il n'y avait eu preuve d'agression physique ou sexuelle. Le même genre d'emballage de gomme a été trouvé sur les deux lieux du crime (quoique dans le crime reproché, il a été trouvé dans la poche de la victime, laissant croire qu'il aurait pu lui appartenir).

[58] Je ne saurais accepter l'affirmation du ministère public selon laquelle ces similitudes sont insuffisantes suivant tous les critères et que la preuve sur laquelle s'est fondée la Cour d'appel ne serait

cannot resile from its concession that the various statements were admissible for their truth for the purpose of determining admissibility, the Court of Appeal was entitled to rely upon this *voir dire* evidence in assessing its potential probative value.

[59] The Court of Appeal was entitled to conclude that there was evidence upon which the jury could find that the subsequent crime had occurred and, having regard to the similarities, that it had been committed by the same person who killed Candace Derksen. In light of the evidence that the accused could not have committed the other offence, there was some evidence capable of giving the unknown third party suspect defence an air of reality.

[60] The Court of Appeal applied *Seaboyer* as follows:

It is left to be decided whether this relevant evidence should be excluded because its prejudicial effect substantially outweighed its probative value. In this case, the only prejudicial effect would be the impact this evidence would have had on the trial process in what was an already complicated and lengthy trial. From his reasons, the judge was obviously concerned about this impact. In my view, that concern did not substantially outweigh the probative value. [para. 78]

[61] *Seaboyer* requires the court to measure and weigh the extent of probative value and the extent of the prejudicial effect of the evidence. Obviously, this balancing is highly fact driven and best done by the trial judge. The prejudicial effects of this evidence primarily concern the impact on the complexity, focus, and length of the trial process. To some extent, the trial judge can craft a process that will limit these prejudicial effects. However, the trial judge did not address this issue in any detail.

[62] While an appellate court is entitled to step into the shoes of the trial judge if the record permits, in this case, the Court of Appeal was not in

pas disponible au procès. Comme le ministère public ne peut se rétracter après avoir reconnu que les diverses déclarations étaient admissibles comme faisant foi de leur contenu afin de déterminer l'admissibilité de la preuve, la Cour d'appel pouvait se fonder sur cette preuve sur voir-dire lorsqu'elle a évalué sa valeur probante potentielle.

[59] La Cour d'appel pouvait conclure à l'existence d'éléments de preuve susceptibles d'amener le jury à estimer que le crime subséquent avait eu lieu et, compte tenu des similitudes, qu'il avait été commis par la même personne qui avait tué Candace Derksen. Comme la preuve indiquait que l'accusé n'aurait pas pu commettre l'autre crime, il existait une preuve susceptible de donner de la vraisemblance au moyen de défense fondé sur un tiers suspect inconnu.

[60] La Cour d'appel a appliqué l'arrêt *Seaboyer* de la manière suivante :

[TRADUCTION] Il reste à décider si cette preuve pertinente devrait être écartée parce que ses effets préjudiciables l'emportent sensiblement sur sa valeur probante. En l'espèce, le seul effet préjudiciable serait les répercussions qu'aurait eues cette preuve sur le déroulement du procès, lequel était déjà compliqué et long. Au vu de ses motifs, le juge était manifestement préoccupé par ces répercussions. À mon sens, cette préoccupation ne l'emportait pas sensiblement sur la valeur probante. [par. 78]

[61] L'arrêt *Seaboyer* oblige le tribunal à mesurer et à apprécier la portée de la valeur probante ainsi que la portée des effets préjudiciables de la preuve. De toute évidence, cet exercice de pondération est éminemment factuel et il vaut mieux que le juge du procès s'en charge. Les effets préjudiciables de cette preuve concernent principalement les répercussions sur la complexité, l'objet principal et la durée du procès. Dans une certaine mesure, le juge du procès peut établir un processus qui limitera ces effets préjudiciables. Toutefois, le juge du procès n'a pas examiné cette question en détail.

[62] Bien qu'une cour d'appel soit autorisée à se substituer au juge du procès si le dossier le permet, en l'espèce, la Cour d'appel n'était pas en mesure

the position to assess and weigh the extent of the probative value of the unknown third party suspect evidence and the extent of prejudicial effect of this evidence.

[63] The trial judge's legal errors were clearly not minor, and do not attract the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The verdict would not necessarily have been the same had the trial judge applied the correct principles in determining the test for the admissibility of this defence evidence (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374). This case must be re-tried in any event. In these circumstances, the balancing of the *Seaboyer* factors is best left for the trial judge.

[64] Before this Court, Mr. Grant also submitted a motion to adduce fresh evidence relating to DNA analysis and juror bias. Because of my finding with respect to the admission of evidence relating to an unknown third party suspect, it is not necessary to deal with that motion.

IV. Disposition

[65] The appeal is dismissed, and the Manitoba Court of Appeal's decision to order a new trial is upheld.

Appeal dismissed.

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

Solicitors for the respondent: Gindin, Wolson, Simmonds, Roitenberg, Winnipeg.

d'examiner et d'apprécier la portée de la valeur probante de la preuve d'un tiers suspect inconnu et la portée des effets préjudiciables de cette preuve.

[63] Les erreurs de droit du juge du procès n'étaient manifestement pas mineures et ne commandent pas l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Le verdict n'aurait pas forcément été le même si le juge du procès avait appliqué les bons principes pour déterminer le critère d'admissibilité de cette preuve de la défense (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374). Un nouveau procès doit avoir lieu de toute façon. Dans ces circonstances, il est préférable de laisser au juge du procès le soin de mettre en balance les facteurs énoncés dans l'arrêt *Seaboyer*.

[64] Devant notre Cour, M. Grant a également présenté une requête en présentation d'une nouvelle preuve concernant l'analyse génétique et la partialité d'un juré. Compte tenu de ma conclusion relative à l'admission de la preuve relative à un tiers suspect inconnu, il est inutile d'examiner cette requête.

IV. Dispositif

[65] Le pourvoi est rejeté, et la décision de la Cour d'appel du Manitoba d'ordonner la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

Pourvoi rejeté.

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

Procureurs de l'intimé : Gindin, Wolson, Simmonds, Roitenberg, Winnipeg.