

**Stéphane Ménard** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MÉNARD

File No.: 25707.

1998: March 26; 1998: July 9.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Charge to jury — Evidence of post-offence conduct — Whether trial judge should have instructed jury to apply reasonable doubt standard to evidence of accused's post-offence conduct.*

*Criminal law — Charge to jury — Format — Splitting of jury charge over course of trial — Distribution of transcripts of charge to jury — Whether format of jury charge or distribution of transcripts gave rise to reversible error.*

The accused was charged with second degree murder and the sole issue at his trial was whether he was the person who had killed the victim. The case against the accused was largely circumstantial, and included evidence that he made false statements to the police after the murder, that he tried to dispose of the victim's blood-stained car and his own blood-stained clothing, and that he attempted to flee from the area where he had concealed those items of evidence. The accused testified that he had acted solely out of fear that he would be linked to stolen property; he denied any involvement in the murder. The trial judge gave his instructions in segments throughout the trial and provided the jury with written transcripts of the various portions of his charge as he delivered them. The accused was convicted and the Court of Appeal affirmed the conviction. This appeal raised two main issues: (1) whether the trial judge should have instructed the jury not to draw any inference of guilt from the accused's post-offence conduct unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the conduct was motivated by the accused's consciousness of guilt for having murdered the victim,

**Stéphane Ménard** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MÉNARD

N° du greffe: 25707.

1998: 26 mars; 1998: 9 juillet.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Major, Bastarache et Binnie.

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

*Droit criminel — Exposé au jury — Preuve relative au comportement postérieur à l'infraction — Le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement de l'accusé après l'infraction?*

*Droit criminel — Exposé au jury — Présentation — Répartition en plusieurs tranches de l'exposé au jury au cours du procès — Remise des transcriptions de l'exposé au jury — La présentation de l'exposé au jury ou la distribution des transcriptions ont-elles donné lieu à une erreur justifiant annulation?*

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré, et la seule question en litige au procès était celle de savoir si c'était lui qui avait assassiné la victime. La preuve recueillie contre l'accusé était en grande partie circonstancielle et comprenait notamment des éléments de preuve indiquant qu'il avait fait de fausses déclarations à la police après le meurtre, avait essayé de se débarrasser de l'automobile tachée de sang de la victime ainsi que de ses propres vêtements tachés de sang, et avait tenté de s'enfuir des lieux où il avait caché ces éléments de preuve. Au cours de son témoignage, l'accusé a prétendu qu'il n'avait agi ainsi que parce qu'il craignait qu'on établisse un lien entre lui et des biens volés; il a nié toute participation au meurtre. Le juge du procès a donné ses directives par tranches tout au long du procès et il a remis au jury des transcriptions écrites des diverses parties de son exposé au fur et à mesure qu'il le donnait. L'accusé a été déclaré coupable et la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève deux questions principales: (1) Le juge du procès aurait-il dû donner comme directive au jury de ne pas conclure à la culpabilité de l'accusé à par-

rather than by some other cause; and (2) whether the trial judge committed reversible error by delivering his instructions to the jury, both orally and in writing, in several segments throughout the trial rather than at the conclusion of the evidence and arguments.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The standard of proof beyond a reasonable doubt applies only to the jury's final evaluation of guilt or innocence and is not to be applied piecemeal to individual items or categories of evidence. There is no principled reason to create an exception to this rule for evidence of post-offence conduct, particularly where such evidence is subject to competing interpretations and is not, in itself, crucial to the determination of the ultimate issue. In this regard, the trial judge's charge complied with the applicable principles. Had the trial judge directed the jury at the outset to subject the evidence of post-offence conduct to the standard of proof beyond a reasonable doubt, he would have been in error.

The format of a charge is a matter of discretion. What is crucial is that, at the conclusion of the charge, the jurors understand the nature of their task and have the necessary help from the instructions to carry it out. While the innovations undertaken by the trial judge were designed to improve the overall clarity of his instructions, certain aspects of the charge raise serious concerns. The distribution of transcripts, though not erroneous in itself, can easily give rise to reversible error in the event the jury receives only part of the trial judge's instructions in written form. Any trial judge adopting such an approach must take care to ensure that the entire charge is provided to the jury in a clear and legible form, and that all the jurors are capable of reading the materials. Likewise, instructing the jury in segments throughout the trial does not necessarily constitute error but it does increase the risk that the jury might be confused by erroneous statements of law at the outset of the trial or by instructions which are not ultimately related to any of the evidence introduced in the case. When the jury charge is delivered piecemeal over the course of the trial, corrections of any errors the trial judge may previously have made become markedly more difficult. In this case, the trial judge erred in his preliminary instructions regarding the substantive law of murder, but this error did not merit a reversal of the

tir de son comportement postérieur à l'infraction à moins d'être convaincu hors de tout doute raisonnable que son comportement était motivé par une conscience de culpabilité à l'égard du meurtre de la victime et non par un autre facteur? (2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur justifiant annulation en donnant ses directives au jury par tranches, oralement et par écrit, tout au long du procès plutôt qu'à la clôture de la preuve et des plaidoiries?

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique qu'à l'égard du verdict final de culpabilité ou de non-culpabilité, et non aux éléments ou aux catégories de preuve considérés individuellement. Aucun principe ne justifie la création d'une exception à cette règle en ce qui concerne la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, en particulier lorsqu'une telle preuve peut recevoir des interprétations opposées et n'est pas, en soi, essentielle à la détermination de la question fondamentale. À cet égard, l'exposé du juge du procès respecte les principes applicables. Si le juge du procès avait dès le début donné comme directive au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, il aurait commis une erreur.

La présentation de l'exposé est discrétionnaire. L'essentiel, c'est qu'à la fin de l'exposé les jurés comprennent la nature de leur tâche et que les directives données leur fournissent toute l'aide nécessaire pour s'en acquitter. Même si les mesures innovatrices prises par le juge du procès étaient destinées à clarifier l'ensemble de ses directives, certains aspects de l'exposé au jury soulèvent des questions sérieuses. La remise de transcriptions, même si elle ne constitue pas en soi une erreur, peut facilement donner lieu à une erreur justifiant annulation dans le cas où le jury ne reçoit par écrit qu'une partie seulement des directives du juge du procès. Tout juge du procès adoptant une telle façon de procéder doit s'assurer que l'exposé en entier est fourni au jury sous forme claire et lisible, et que tous les membres du jury sont en mesure de lire les documents. De même, le fait pour le juge de donner ses directives au jury par tranches tout au long du procès ne constitue pas nécessairement une erreur mais cela augmente le risque que des exposés erronés du droit faits au début de l'instruction ou des directives qui n'ont finalement rien à voir avec les éléments de preuve qui sont présentés puissent semer la confusion dans l'esprit des jurés. Lorsque l'exposé au jury est fait en plusieurs étapes au cours du procès, il devient singulièrement plus difficile de corriger les erreurs que le juge du procès a pu commettre au cours

accused's conviction since the question of murder was not a live issue in the trial. In addition, the second segment of the charge was overinclusive, since it addressed the use of prior inconsistent statements of an accused, even though it was not yet known whether the accused would testify, let alone whether he would be confronted with prior statements. The trial judge corrected this problem in his closing address by directing the jury to disregard his earlier comments on prior inconsistent statement by an accused. As a last remark, even if it is assumed that the jury followed the trial judge's instructions and reread their written transcripts concerning the fundamental principles of reasonable doubt, the presumption of innocence and the burden of proof, it would have been better for the trial judge to repeat that portion of his instructions and thereby ensure that he was sending the jury into deliberations with those principles fresh in their minds. In spite of these criticisms, the charge taken in its entirety in the circumstances of this case did not result in any miscarriage of justice.

des étapes précédentes. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur dans ses directives préliminaires relatives aux règles de droit substantiel applicables au meurtre, mais cette erreur ne justifiait pas l'annulation de la déclaration de culpabilité de l'accusé car la question du meurtre n'était pas un point litigieux au procès. En outre, la deuxième partie de l'exposé avait une portée trop large puisqu'il était question de l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles d'un accusé même si l'on ne savait pas si l'accusé témoignerait, et encore moins si sa déposition serait confrontée avec ses déclarations antérieures. Le juge du procès a corrigé ce problème dans son exposé final en demandant au jury de ne pas tenir compte des commentaires qu'il avait faits au sujet des déclarations antérieures incompatibles d'un accusé. Enfin, il convient de faire remarquer que même si l'on présume que le jury a suivi les directives du juge du procès et a relu les transcriptions écrites concernant les principes fondamentaux que sont le doute raisonnable, la présomption d'innocence et la charge de la preuve, il aurait été préférable que le juge du procès répète cette partie de ses directives afin de s'assurer que le jury commence ses délibérations en ayant ces principes frais à l'esprit. En dépit de ces critiques, l'exposé envisagé dans son ensemble eu regard aux circonstances de la présente espèce n'a pas entraîné d'erreur judiciaire.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, aff'g (1996), 108 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; **not followed:** *R. v. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237; **referred to:** *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *Cathro v. The Queen*, [1956] S.C.R. 101.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229.

### Authors Cited

Soublière, Hector. "Instructing the jury: A plea for better trials", *Law Times*, vol. 6, No. 36, October 30 — November 5, 1995, p. 6.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 108 C.C.C. (3d) 424, 29 O.R. (3d) 772, 92 O.A.C. 43, [1996] O.J. No. 2453 (QL), dismissing the accused's appeal from his

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, conf. (1996), 108 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; **arrêt non suivi:** *R. c. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237; **arrêts mentionnés:** *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *Cathro c. The Queen*, [1956] R.C.S. 101.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229.

### Doctrine citée

Soublière, Hector. «Instructing the jury: A plea for better trials», *Law Times*, vol. 6, No. 36, October 30 — November 5, 1995, p. 6.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 108 C.C.C. (3d) 424, 29 O.R. (3d) 772, 92 O.A.C. 43, [1996] O.J. No. 2453 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre

conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

*Clayton C. Ruby and Jill Copeland*, for the appellant.

*Gary T. Trotter and Trevor Shaw*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>1</sup> MAJOR J. — The appellant, Stéphane Ménard, was convicted of second degree murder in the death of Octavio Velasquez, a Montreal taxi driver. The case against Ménard was largely circumstantial, and included evidence that Ménard made false statements to the police after the murder, that he tried to dispose of the victim's blood-stained car and his own blood-stained clothing, and that he attempted to flee from the area where he had concealed those items of evidence. At trial, Ménard contended that he had acted solely out of fear that he would be linked to stolen property; he denied any involvement in the murder.

<sup>2</sup> This appeal has two main issues. The first is whether the trial judge should have instructed the jury not to draw any inference of guilt from Ménard's post-offence conduct unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the conduct was motivated by Ménard's consciousness of guilt for having murdered Velasquez, rather than by some other cause. That issue is addressed in this Court's decision in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, which is being released simultaneously with the decision in this appeal. The second issue concerns the format of the trial judge's charge to the jury. The appellant submits that the trial judge committed reversible error by delivering his instructions to the jury, both orally and in writing, in several segments throughout the trial rather than at the conclusion of the evidence and arguments.

sa déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

*Clayton C. Ruby et Jill Copeland*, pour l'appellant.

*Gary T. Trotter et Trevor Shaw*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L'appelant, Stéphane Ménard, a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré par suite du décès d'Octavio Velasquez, un chauffeur de taxi de Montréal. La preuve recueillie contre Ménard était en grande partie circonstancielle et comprenait notamment des éléments de preuve indiquant que Ménard avait fait de fausses déclarations à la police après le meurtre, avait essayé de se débarrasser de l'automobile tachée de sang de la victime ainsi que de ses propres vêtements tachés de sang, et avait tenté de s'enfuir des lieux où il avait caché ces éléments de preuve. Au procès, Ménard a prétendu qu'il n'avait agi ainsi que parce qu'il craignait qu'on établisse un lien entre lui et des biens volés; il a nié avoir quoi que ce soit à faire avec le meurtre.

Le présent pourvoi soulève deux questions principales. La première est celle de savoir si le juge du procès aurait dû donner comme directive au jury de ne pas conclure à la culpabilité de Ménard à partir de son comportement postérieur à l'infraction à moins d'être convaincu hors de tout doute raisonnable que son comportement était motivé par la conscience de sa culpabilité pour le meurtre de Velasquez et non par un autre facteur. Cette question est examinée dans l'arrêt *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, qui est rendu en même temps que la décision sur le présent pourvoi. La seconde question concerne la présentation de l'exposé du juge au jury. L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur justifiant annulation en donnant ses directives au jury par tranches, oralement et par écrit, tout au long du procès plutôt qu'à la clôture de la preuve et des plaidoiries.

I. The Facts

On April 12, 1991, a Montreal taxicab was found submerged in the Madawaska River near Arnprior, Ontario. The body of the taxi's driver, Octavio Velasquez, was only discovered two months later in a secluded area several kilometres away. An autopsy revealed that Velasquez had died from multiple stab wounds to the back. There was no question that Velasquez had been murdered; the sole issue at trial was whether Ménard had killed him.

At about 2:00 p.m. on April 12, Jack Schultz, a worker at a water filtration plant in Arnprior, saw a taxicab driving near the Madawaska River, and several minutes later he heard a splash. When he approached the riverbank he observed a car sinking into the water and saw the appellant standing nearby with a duffle bag and a bundle of white clothing. Schultz called the police; they arrived some three minutes later.

Constable Nicholas of the Ontario Provincial Police saw the partly submerged taxi, and Ménard crouching at the top of a hill. He called for Ménard to come down and proceeded to question him about what had happened. Ménard stated that he had been hitchhiking from Ottawa and was picked up by a man named Phil, who was drinking alcohol and driving "crazy". Phil allegedly stopped the car at the top of the hill above the river, told the appellant "[t]he ride ends here, get out", and then drove the car into the water and ran away. Ménard gave a description of Phil and indicated the direction in which Phil had allegedly fled on foot.

Other officers soon arrived on the scene. They examined the area where the car had entered the water and found one set of footprints, which did not head in the direction of Phil's ostensible flight from the scene. The police climbed to where the appellant had been crouching and located a bundle

I. Les faits

Le 12 avril 1991, un taxi de Montréal est trouvé immergé dans les eaux de la rivière Madawaska près d'Arnprior (Ontario). Le corps du chauffeur de taxi, Octavio Velasquez, n'est découvert que deux mois plus tard dans un endroit isolé, quelques kilomètres plus loin. L'autopsie révèle que Velasquez est mort des suites des blessures infligées par de multiples coups de couteau au dos. Il est indubitable que Velasquez a été victime d'un meurtre; la seule question en litige au procès est celle de savoir si Ménard est l'auteur du meurtre.

Vers 14 h, le 12 avril, Jack Schultz, qui travaille à la station de traitement d'eau potable d'Arnprior, a vu un taxi qui roulait près de la rivière Madawaska et, quelques minutes plus tard, il a entendu un bruit d'éclaboussement. S'approchant de la rive, il a vu une automobile s'enfonçant dans l'eau et il a aperçu l'appelant qui se tenait tout près avec un sac marin et un paquet de vêtements blancs. Schultz a appelé la police qui est arrivée environ trois minutes plus tard.

L'agent Nicholas de la Police provinciale de l'Ontario a vu le taxi qui était partiellement immergé et Ménard qui se tapissait au sommet d'une colline. Il a demandé à Ménard de descendre, et il a commencé à l'interroger sur ce qui s'était passé. Ménard a déclaré qu'il faisait de l'auto-stop à partir d'Ottawa et qu'il était monté dans la voiture d'un homme prénommé Phil, qui buvait de l'alcool et conduisait [TRADUCTION] «comme un fou». Phil aurait arrêté la voiture au sommet de la colline surplombant la rivière, aurait dit à l'appelant [TRADUCTION] «[L]e voyage s'arrête ici, sors de la voiture», et aurait ensuite poussé la voiture dans les eaux de la rivière avant de s'enfuir. Ménard a donné une description de Phil et a indiqué la direction dans laquelle il se serait enfui à pied.

D'autres policiers sont rapidement arrivés sur les lieux. Ils ont examiné l'endroit où l'automobile s'est enfoncée dans l'eau et ont relevé des traces de pas qui n'allaient pas dans la direction qu'aurait prise Phil pour s'enfuir des lieux. Les policiers ont grimpé jusqu'à l'endroit où s'était tapi l'appelant

3

4

5

6

of wet clothes, consisting of a white trench coat, a pair of jeans, socks and black boots. The coat and jeans were stained with blood. In the pocket of the jeans, Constable Nicholas found a ledger sheet in Ménard's name from a military credit union. He asked Ménard who owned the wet clothes. Ménard initially claimed that they were Phil's; however, when confronted with the ledger sheet, he admitted that the jeans were his but maintained that the rest of the clothing belonged to Phil. Constable Nicholas arrested Ménard for possession of a stolen car.

et y ont trouvé un paquet de vêtements mouillés, c'est-à-dire un trench-coat blanc, un jeans, des bas et des bottes noires. Le manteau et le jeans étaient tachés de sang. Dans une poche du jeans, l'agent Nicholas a trouvé une page de grand livre portant le nom de Ménard et provenant d'une coopérative militaire de crédit. Il a demandé à Ménard à qui appartenaient les vêtements mouillés. Ménard a tout d'abord affirmé qu'il s'agissait des vêtements de Phil; toutefois, lorsqu'on lui a présenté la page du grand livre, il a reconnu que le jeans était le sien, mais il a continué d'affirmer que le reste des vêtements appartenaient à Phil. L'agent Nicholas a arrêté Ménard pour possession d'une automobile volée.

7 When the taxicab was removed from the river, blood stains were found on the driver's seat and headrest as well as on the floor around the driver's seat. Forensic tests revealed that those stains were consistent with the victim's blood group, which was shared by only 0.83 percent of the population. Stains consistent with the victim's blood were also found on Ménard's jeans and on the other clothing retrieved from the hill where Ménard had been crouching, as well as on underwear that Ménard had in his duffle bag. The back of the reversible cap that Ménard carried in his pocket also had approximately 40 spatter stains on it. A black-handled knife, in its sheath, was recovered from the river near where the taxicab had been found. No forensic evidence was introduced to connect the knife to the appellant.

Lorsque le taxi a été retiré de la rivière, on a constaté la présence de taches de sang sur le siège et l'appui-tête du conducteur de même que sur le plancher autour du siège du conducteur. Les tests de laboratoire ont révélé que ces taches étaient compatibles avec le groupe sanguin de la victime, que l'on ne retrouve que dans environ 0,83 pour cent de la population. On a également trouvé des taches compatibles avec le groupe sanguin de la victime sur le jeans de Ménard et sur les autres vêtements retrouvés sur la colline où Ménard se tapissait, de même que sur les sous-vêtements que Ménard avait dans son sac marin. Il y avait aussi une quarantaine d'éclaboussures sur l'envers de la casquette réversible que Ménard transportait dans sa poche. Un couteau à manche noir, dans son étui, a été récupéré dans la rivière près de l'endroit où le taxi a été trouvé. Aucune preuve médico-légale n'a été produite pour relier le couteau à l'appellant.

8 After the body of Octavio Velasquez was discovered on June 9, 1991, Constable Nicholas took soil samples from the area where the body was found. He also took soil samples from the area where the wet clothing was found and where the taxicab entered the river. These various samples were analysed by a forensic geologist, William Graves, who also examined some debris brushed from Ménard's boots. It was concluded that part of

Après que le corps d'Octavio Velasquez eut été découvert le 9 juin 1991, l'agent Nicholas a prélevé des échantillons du sol à l'endroit où le corps a été trouvé. Il a aussi prélevé des échantillons du sol à l'endroit où les vêtements mouillés ont été trouvés et où le taxi est entré dans la rivière. Ces divers échantillons ont été analysés par un géologue chargé d'expertises en matière légale, William Graves, qui a aussi examiné les particules recueillies par brossage sur les bottes de Ménard. On a conclu qu'il était impossible de distinguer

the debris from the boots was indistinguishable from the body-site soil samples.

In addition to the foregoing circumstantial evidence, the Crown also introduced identification evidence from several motorists who testified to seeing a Montreal taxicab on the highway between Montreal and Ottawa. Only one of these witnesses, Sidney Ritchie, actually placed Ménard in the taxicab with the deceased. Ritchie's evidence was challenged at trial on the ground that Ritchie had failed to pick the appellant out of a photo lineup and had only been able to make a positive identification at the preliminary inquiry, when the appellant was the only man in the room aside from counsel and court staff. Moreover, Ritchie had been advised at that time that the appellant was the person charged with the murder.

At his trial, Ménard gave a different version of events from what he had told Constable Nicholas at the time of his arrest. He testified that he had been hitchhiking from Montreal when he was picked up by Phil, who was driving a Montreal Co-op Taxi. Phil allegedly drove the taxi for five or ten minutes, then pulled over, told the appellant to keep the car, and left in another car that had pulled up behind the taxi. When Phil stepped out of the taxi, Ménard allegedly noticed that Phil's back was spotted with blood and that some brown staining was also visible on the driver's seat. Ménard testified that he assumed the car must have been stolen by Phil; nevertheless, he got into the driver's seat and drove on because he did not know what else to do. After driving for a short period of time, he allegedly stopped in the parking lot of a shopping mall and concluded that he had made a bad decision. His own clothes were now stained from sitting in the driver's seat and he was nervous about being in possession of the taxi. He decided to dispose of the vehicle, and did so by pushing it into the nearby Madawaska River. Ménard admitted that he had initially lied to Constable Nicholas about owning the blood-stained clothes and about

une partie de ces particules des échantillons du sol prélevés à l'endroit où le corps a été retrouvé.

Outre cette preuve circonstancielle, le ministère public a aussi produit une preuve d'identification provenant de divers automobilistes qui ont affirmé avoir vu un taxi de Montréal circuler sur l'auto-route entre Montréal et Ottawa. Un seul de ces témoins, Sidney Ritchie, a affirmé que Ménard se trouvait dans le taxi avec la victime. Le témoignage de Ritchie a été contesté au procès pour le motif que ce dernier n'avait pas reconnu l'appellant parmi les individus dont les photos lui avaient été montrées et qu'il n'avait été en mesure de faire une identification formelle qu'à l'enquête préliminaire, lorsque l'appellant était la seule personne présente dans la pièce à l'exception des avocats et du personnel du tribunal. De plus, Ritchie avait été informé à ce moment-là que l'appellant était la personne inculpée du meurtre.

À son procès, Ménard donne une version des faits différente de celle qu'il a faite à l'agent Nicholas au moment de son arrestation. Il a déclaré dans son témoignage qu'il faisait de l'auto-stop à partir de Montréal lorsque Phil, qui conduisait un taxi Co-op de Montréal, l'a pris à son bord. Phil aurait conduit le taxi pendant cinq ou dix minutes, se serait ensuite immobilisé sur le côté de la route, aurait dit à l'appellant de garder l'automobile, et serait parti dans une autre automobile qui s'était arrêtée derrière le taxi. Lorsque Phil est descendu du taxi, Ménard aurait remarqué que son dos était taché de sang et qu'une tache brune était également visible sur le siège du conducteur. Ménard a déclaré dans son témoignage qu'il avait présumé que Phil avait volé l'automobile; il s'est néanmoins installé dans le siège du conducteur et a pris la route parce qu'il ne savait pas quoi faire d'autre. Après avoir roulé pendant une courte période, il se serait arrêté dans le stationnement d'un centre commercial et aurait conclu qu'il avait pris une mauvaise décision. Ses propres vêtements étaient désormais tachés parce qu'il s'était assis dans le siège du conducteur et il était nerveux parce qu'il était en possession du taxi. Il a décidé de se débarrasser du véhicule et il l'a poussé dans la rivière Madawaska qui était tout près. Ménard a admis

9

10

pushing the taxi into the river, but he testified that he had done so because he panicked.

## II. Judicial History

### A. Ontario Court (General Division)

<sup>11</sup> The trial judge delivered his instructions to the jury in four parts. At the outset of the trial, he gave an address in which he described the trial process and explained basic evidentiary principles such as the presumption of innocence and the burden of proof. In addition to those preliminary matters, he also charged the jury on the substantive law of murder. Before doing so, however, he stressed that the evidence in the case had not yet been presented and that his instructions might have to be amended later. He stated:

I will shortly be instructing you as to the law concerning the offence in this matter. I point out that at most trials, this is not done until the conclusion of the evidence at the trial judge's charge. I happen to think that it makes it more difficult for you if you don't know what the law is from the start.

I want you to appreciate another fact, that insofar as the evidence and the facts of this case, I am as much in the dark as you are. I did not know a thing about this case until this morning. What I do know about it is very little. So what I am charging you on the law is without the benefit of having heard the evidence and the testimony. It may be that once the trial has been concluded and I have heard the evidence, I may want to change certain of my instructions in this regard or make them more complete or edit. If that is so, be mindful of it and I will point that out to you in my closing charge. In such an event, of course, you should be governed by my closing comments.

The trial judge then referred to the indictment and instructed the jury on the definition of murder under s. 229 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In so doing, he discussed the so-called "objective branch" of liability under s. 229(c) of the *Criminal Code*; it is common ground that this portion of the instruction was error, since s. 229(c)

qu'il avait tout d'abord menti à l'agent Nicholas au sujet du propriétaire des vêtements tachés de sang et de la personne qui avait poussé le taxi dans la rivière, mais il a déclaré dans son témoignage qu'il avait agi ainsi parce qu'il était pris de panique.

## II. Les décisions des juridictions inférieures

### A. La Cour de l'Ontario (Division générale)

Le juge du procès a donné ses directives au jury en quatre parties. Au début du procès, il a fait un exposé au cours duquel il a décrit le déroulement de la procédure et a expliqué des principes fondamentaux de la preuve tels la présomption d'innocence et la charge de la preuve. Outre ces questions préliminaires, il a aussi exposé au jury les règles de droit substantiel applicables au meurtre. Avant de le faire, il a toutefois insisté sur le fait que la preuve n'avait pas encore été présentée en l'espèce et qu'il devrait peut-être modifier ses directives ultérieurement. Il a dit:

[TRADUCTION] Je vais vous exposer brièvement le droit applicable à l'infraction dont il est question en l'espèce. Je signale que, dans la plupart des procès, cela n'est fait qu'à la clôture de la preuve au moment de l'exposé du juge du procès. Je pense que votre tâche devient plus difficile si vous ne savez pas dès le départ quelles sont les règles de droit.

Je veux aussi que vous vous rendiez compte d'un autre fait: en ce qui concerne la preuve et les faits de la présente espèce, je n'en sais pas plus que vous. Je ne savais rien de la présente affaire jusqu'à ce matin. Je n'en sais vraiment pas grand-chose. Je vous donne donc des directives sur le droit sans avoir eu le bénéfice d'entendre la preuve et les témoignages. Il se peut qu'une fois le procès terminé et la preuve entendue, je désire modifier certaines de mes directives à cet égard ou encore, les compléter ou les réviser. Le cas échéant, souvenez-vous en et je vous le rappellerai dans mon exposé final. Évidemment, dans un tel cas, vous devrez vous conformer à mes commentaires finals.

Le juge du procès a ensuite fait état de l'acte d'accusation et a donné ses directives au jury à l'égard de la définition du meurtre aux termes de l'art. 229 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Ce faisant, il a examiné l'élément dit «objectif» de la responsabilité aux termes de l'al. 229(c) du *Code criminel*; les parties reconnaissent que cette partie de



had been struck down by this Court some three years earlier in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. The judge subsequently distributed a transcript of his opening address to the members of the jury.

At two points during the evidence, additional instructions were provided to the jury. The first was a detailed charge concerning the use of prior inconsistent statements. It was given following the cross-examination of the eyewitness Ritchie, who had been confronted on the stand with his preliminary inquiry testimony. The second instruction given during the course of the trial concerned the use of evidence of prior convictions; it followed the cross-examination of Ménard, who had been asked about his criminal record. As with the opening address, these two instructions were subsequently distributed to the jury in written form.

At the conclusion of the trial, the trial judge gave a short charge in which he declined to repeat his previous instructions, and instead directed the jury to review their transcripts. He stated:

My only comment is this: Start off your deliberations by reading them again so that they will be fresh in your mind, particularly the following: one, you are the sole judges of the facts; two, be impartial; three, the burden of proof on the Crown and the presumption of innocence.

The judge made several small corrections to his earlier instructions. In particular, he advised the jury to disregard his remarks with respect to prior inconsistent statements by the accused, since that issue did not ultimately arise in the trial. He did not, however, amend his discussion of the substantive law of murder, nor did he review in any detail the basic evidentiary principles which he had set out in his opening address. The judge then turned to several “new matters”. He reviewed the evidence presented in the case — particularly the eyewitness evidence and the evidence of Ménard’s post-offence conduct — and briefly summarized the basic theories of the defence and the Crown. He did not direct the jury to apply a reasonable

la directive était erronée puisque l’al. 229c) avait été invalidé par notre Cour trois ans plus tôt dans l’arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. Le juge a ensuite remis aux membres du jury une transcription de son exposé initial.

Des directives supplémentaires ont été données au jury à deux reprises au cours de la preuve. Il s’agissait dans le premier cas d’une directive détaillée concernant l’utilisation des déclarations antérieures incompatibles. Cette directive a été donnée après le contre-interrogatoire du témoin oculaire Ritchie, auquel on a rappelé pendant qu’il était à la barre son témoignage à l’enquête préliminaire. Dans le deuxième cas, la directive concernait l’utilisation de la preuve de condamnations antérieures; cette directive a été donnée après le contre-interrogatoire de Ménard, qui a été interrogé sur ses antécédents criminels. Comme pour l’exposé initial, ces deux directives ont ensuite été remises par écrit au jury.

À la clôture du procès, le juge a fait un bref exposé au cours duquel il a refusé de répéter ses directives antérieures, invitant plutôt les membres du jury à se reporter aux transcriptions. Il a dit:

[TRADUCTION] Mon seul commentaire est le suivant: commencez vos délibérations en les relisant pour qu’elles soient fraîches à votre mémoire, en particulier les suivantes: un, vous êtes les seuls juges des faits; deux, soyez impartiaux; trois, la charge de la preuve incombe au ministère public et il existe une présomption d’innocence.

Le juge a apporté plusieurs corrections mineures à ses directives antérieures. Il a notamment recommandé au jury de ne pas tenir compte de ses remarques relatives aux déclarations antérieures incompatibles de l’accusé puisque cette question n’avait finalement pas été soulevée lors du procès. Il n’a cependant pas modifié son analyse des règles du droit substantiel applicables au meurtre, et il n’a pas non plus revu en détail les principes fondamentaux de la preuve qu’il avait énoncés dans son exposé initial. Le juge est ensuite passé à quelques «questions nouvelles». Il a passé en revue la preuve présentée dans l’affaire — en particulier, les dépositions des témoins oculaires et la preuve concernant le comportement de Ménard après l’in-

12

13

doubt standard separately to the evidence of post-offence conduct.

14 The jury were provided with photocopies of the judge's handwritten notes for the final portion of his charge. Although those copies were more difficult to read than the typed transcripts of the earlier sections of the charge, they were legible and contained substantially everything that the judge had stated orally to the jury. The jury returned a verdict of guilty on the charge of second degree murder.

#### B. Ontario Court of Appeal

15 Ménard's appeal from his conviction was dismissed by the Ontario Court of Appeal: (1996), 108 C.C.C. (3d) 424 (Arbour, Labrosse and Weiler J.J.A.). The appeal rested on several grounds. With regard to the format of the jury charge, Ménard contended that the trial judge erred by giving his instructions in segments throughout the trial and by providing written transcripts of the various portions of his charge as he delivered them. Arbour J.A., writing for the Court of Appeal, criticized those practices but found that they did not give rise to reversible error. Specifically, she held that while the distribution of transcripts could have been fatal had the trial judge provided only an incomplete written portion of his charge, in this case the jury received all of the instructions in writing. With respect to the splitting of the jury charge over the course of the trial, the Court of Appeal recognized a more serious danger, namely, that an error of law made in an early portion of the charge might never be adequately corrected later. Arbour J.A. noted that the trial judge did in fact make an error of law in the early portion of his charge, in his discussion of the definition of murder. However, it concluded at p. 432:

fraction — et il a résumé brièvement les thèses fondamentales de la défense et du ministère public. Il n'a pas dit au jury d'appliquer une norme distincte, celle de la preuve hors de doute raisonnable, à la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction.

Des photocopies des notes manuscrites du juge ont été remises au jury pour la dernière partie de son exposé. Même s'il était plus difficile de lire ces copies que les transcriptions dactylographiées des parties précédentes des directives, elles étaient lisibles et contenaient pour l'essentiel tout ce que le juge avait dit de vive voix au jury. Le jury a rendu un verdict de culpabilité sur l'accusation de meurtre au deuxième degré.

#### B. La Cour d'appel de l'Ontario

L'appel interjeté par Ménard à l'encontre de sa déclaration de culpabilité a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario: (1996), 108 C.C.C. (3d) 424 (les juges Arbour, Labrosse et Weiler). Divers moyens ont été invoqués en appel. En ce qui concerne la présentation de l'exposé au jury, Ménard a prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en donnant ses directives par tranches tout au long du procès ainsi qu'en fournissant les transcriptions écrites des diverses parties de son exposé au fur et à mesure qu'il donnait ses directives. Le juge Arbour, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, a critiqué ces pratiques mais a conclu qu'elles ne donnaient pas lieu à une erreur justifiant annulation. Plus précisément, elle a statué que, même si la remise des transcriptions aurait pu constituer une erreur fatale si le juge n'avait fourni qu'une partie écrite incomplète de ses directives, en l'espèce, le jury avait reçu toutes les directives par écrit. Quant à la répartition en plusieurs tranches de l'exposé au jury au cours du procès, la Cour d'appel a reconnu l'existence d'un danger plus grave, savoir qu'une erreur de droit faite au début de l'exposé pourrait ne jamais être dûment corrigée par la suite. Le juge Arbour a fait remarquer que le juge du procès a bel et bien fait une erreur de droit dans la première partie de son exposé lorsqu'il a examiné la définition du meurtre. Elle a toutefois conclu à la p. 432:

... the error was harmless since there was never a live issue that a murder was committed. The case was a simple one. The only issue for the jury to determine was whether the appellant was the person who murdered the deceased.

The Court of Appeal also noted that the trial judge's mid-trial instructions addressed matters that did not ultimately arise in the case, and might have been confusing to the jury. Again, however, it found that this did not constitute reversible error. Overall, the Court of Appeal concluded at p. 433 that the approach taken by the trial judge "met the essential requirements of a proper jury charge" and did not occasion any miscarriage of justice.

Ménard raised two objections regarding the substance of the jury charge. First, he asserted that the trial judge erred by failing to emphasize the frailties of the identification evidence led by the Crown, particularly the evidence of the eyewitness Ritchie. The Court of Appeal agreed that "this evidence should have been reviewed by the trial judge and that the unusual aspect of Ritchie's evidence should have been expanded upon" (p. 437). However, it concluded that the identification evidence "formed a small part of an overwhelming case against the appellant" and that "[e]ven if that evidence were to be entirely discarded, the result of the case would... inevitably be the same" (p. 437).

Second, Ménard argued that the trial judge erred by failing to instruct the jury, pursuant to *R. v. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237 (Ont. C.A.), that they should apply the criminal standard of proof in their evaluation of the evidence of Ménard's post-offence conduct. The Court of Appeal rejected that argument, noting that *Court* had been overruled in *R. v. White* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.). Arbour J.A. stated at p. 438:

The trial judge instructed the jury that they had to decide whether the evidence of lies told by the appellant to the

[TRADUCTION] ... l'erreur était sans conséquence puisque la commission d'un meurtre n'a jamais fait de doute. L'affaire était simple. La seule question que le jury devait trancher était celle de savoir si c'était l'appellant qui avait assassiné le défunt.

La Cour d'appel a aussi fait remarquer que les directives données par le juge du procès au milieu de l'instruction portaient sur des questions qui n'ont finalement pas été soulevées dans l'affaire et pourraient avoir créé de la confusion dans l'esprit des membres du jury. Elle a toutefois statué encore une fois qu'il ne s'agissait pas d'une erreur justifiant annulation. Globalement, la Cour d'appel a conclu à la p. 433 que la démarche suivie par le juge du procès [TRADUCTION] «respectait les exigences essentielles d'un exposé au jury approprié» et n'avait pas entraîné d'erreur judiciaire.

Ménard a fait valoir deux objections quant au contenu de l'exposé au jury. Premièrement, il a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en ne faisant pas ressortir les faiblesses de la preuve d'identification présentée par le ministère public, en particulier la déposition du témoin oculaire Ritchie. La Cour d'appel a reconnu que [TRADUCTION] «le juge du procès aurait dû passer en revue cette preuve et s'étendre sur l'aspect inhabituel du témoignage de Ritchie» (p. 437). La cour a toutefois conclu que la preuve d'identification [TRADUCTION] «ne constituait qu'une petite partie de la preuve accablante présentée contre l'appellant» et que «même si cette preuve devait être entièrement écartée, le résultat de l'affaire serait [...] inévitablement le même» (p. 437).

Deuxièmement, Ménard a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en n'indiquant pas au jury, conformément à l'arrêt *R. c. Court* (1995), 99 C.C.C. (3d) 237 (C.A. Ont.), qu'il devait appliquer la norme de preuve en matière criminelle dans leur évaluation de la preuve relative au comportement de Ménard après l'infraction. La Cour d'appel a rejeté cet argument, soulignant que l'arrêt *Court* avait été infirmé dans l'arrêt *R. c. White* (1996), 108 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.). Le juge Arbour a dit à la p. 438:

[TRADUCTION] Le juge du procès a dit au jury qu'il devait décider si la preuve concernant les mensonges de

16

17

police, of concealment of the car and of some clothes, and the evidence of flight, were indicative of efforts to conceal his role in the murder. In doing so, the trial judge said that they should consider his explanations, and, in the context of all the evidence, decide whether that evidence points to guilt or innocence. Without the benefit of the decision in *Court and Monahan*, the trial judge did not instruct the jury that they should be satisfied beyond a reasonable doubt that this evidence was indicative of a consciousness of guilt. Indeed the trial judge avoided altogether the language of “consciousness of guilt” and merely instructed the jury to draw whatever inference they saw fit, in all the circumstances, from that evidence. In light of the decision of this Court in *R. v. White and Côté*, *supra*, this ground of appeal must also fail.

l’appelant à la police, la dissimulation de l’automobile et des vêtements ainsi que la fuite dénotaient les efforts faits pour cacher son rôle dans le meurtre. Ce faisant, le juge du procès a indiqué que le jury devait tenir compte des explications données par l’appelant et décider, eu égard à l’ensemble de la preuve, si cette preuve indiquait la culpabilité ou la non-culpabilité de l’accusé. Ne bénéficiant pas de la décision rendue dans *Court and Monahan*, le juge du procès n’a pas dit au jury qu’il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que cette preuve révélait une conscience de culpabilité. En fait, il n’a absolument pas parlé de la «conscience de culpabilité» et a simplement donné pour directive au jury de tirer de la preuve les conclusions qu’il jugerait appropriées compte tenu de l’ensemble des circonstances. Étant donné la décision de notre Cour dans *R. c. White and Côté*, précité, ce moyen d’appel doit aussi échouer.

18 Aside from those attacks on the jury charge, the appellant raised three additional grounds. He asserted that the trial judge erred by allowing an out-of-court examination of William Graves, the Crown’s expert soil analyst, to be introduced at trial in lieu of Graves’s testimony. The trial judge had admitted that evidence as Graves was too ill to testify and because the earlier examination had taken place under oath and had been subject to ample cross-examination. On the basis of those facts, Arbour J.A. for the court held that Graves’s evidence was admissible as an exception to the hearsay rule, since it met both the “reliability” and the “necessity” requirements set out in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915.

Outre ces attaques dirigées contre l’exposé au jury, l’appelant a formulé trois autres moyens d’appel. Il a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en permettant que l’interrogatoire extrajudiciaire de William Graves, l’analyste des sols assigné comme témoin expert par le ministère public, soit mis en preuve au procès à la place de son témoignage. Le juge du procès avait accepté cet élément de preuve parce que Graves était trop malade pour témoigner et que l’interrogatoire avait été fait sous serment et avait fait l’objet d’un contre-interrogatoire approfondi. Se fondant sur ces faits, le juge Arbour a statué au nom de la cour que le témoignage de Graves était admissible à titre d’exception à la règle du ouï-dire, puisqu’il satisfaisait aux exigences de «fiabilité» et de «nécessité» formulées dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.

19 Ménard next contended that it was error for the trial judge to admit detailed evidence of his military training, his previous membership in the Airborne Regiment, and his familiarity with knives. He submitted that the real purpose of that evidence was to impugn his character and to demonstrate that he was “some sort of commando”. Arbour J.A. rejected that argument; she found that the evidence admitted was relevant to the narrative, and she

Ménard a ensuite prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en admettant une preuve détaillée concernant sa formation militaire, son appartenance antérieure au régiment aéroporté et sa connaissance des couteaux. Il a soutenu que le véritable objectif de cette preuve était d’attaquer sa moralité et de démontrer qu’il était [TRADUCTION] «une sorte de commando». Le juge Arbour a rejeté cet argument; elle a estimé que la preuve admise

concluded that it could have had no prejudicial impact on the decision of the jury to convict.

Finally, Ménard submitted that during cross-examination on his criminal record, Crown counsel improperly probed the details of a prior conviction, rather than simply asking the name of the offence, the date of the conviction and the sentence. Arbour J.A. agreed that such an attack on the credibility of an accused was serious and impermissible, but she found, once again, that in the context of the evidence as a whole, it was not overly prejudicial and created no miscarriage of justice. The appeal was dismissed.

### III. Issues

(1) Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge was not required to instruct the jury in accordance with *Court, supra*?

(2) Did the Court of Appeal err in holding that the format of the jury charge in this case did not give rise to reversible error?

### IV. Analysis

#### A. *Jury Instruction Regarding Evidence of Post-Offence Conduct*

Ménard contends, as he did before the Court of Appeal, that the trial judge should have directed the jury to apply a separate standard of proof to the evidence of lies, flight and concealment. Specifically, he submits that the jury should have been told that unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the post-offence conduct was motivated by a sense of culpability for Velasquez's murder and not by some other explanation, they could draw no inference of guilt from that conduct, and must set it aside and proceed to consider the balance of evidence in the case. Ménard relies on *Court, supra*. As stated, *Court* was overruled by the Ontario Court of Appeal in *White, supra*; how-

était pertinente quant à l'exposé des faits, et elle a conclu qu'elle ne pouvait avoir eu aucune influence préjudiciable sur la décision du jury de rendre un verdict de culpabilité.

Enfin, Ménard a fait valoir que, lors du contre-interrogatoire sur ses antécédents criminels, l'avocat du ministère public avait abusivement tenté d'obtenir les détails d'une condamnation antérieure au lieu de se contenter de demander le type d'infraction, la date de la condamnation et la peine infligée. Le juge Arbour a reconnu qu'une telle attaque contre la crédibilité d'un accusé était grave et ne pouvait être admise, mais elle a néanmoins conclu encore une fois que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, cela n'avait pas causé de préjudice trop grave ni entraîné d'erreur judiciaire. L'appel a été rejeté.

### III. Les questions en litige

(1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en statuant que le juge du procès n'était pas tenu de donner des directives au jury en conformité avec l'arrêt *Court*, précité?

(2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en statuant que la présentation de l'exposé au jury en l'espèce n'a pas donné lieu à une erreur justifiant annulation?

### IV. Analyse

#### A. *Directive au jury concernant la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction*

Ménard soutient, comme il l'a fait devant la Cour d'appel, que le juge du procès aurait dû dire au jury d'appliquer une norme de preuve distincte à la preuve relative aux mensonges, à la fuite et à la dissimulation. Plus précisément, il affirme que le juge aurait dû dire au jury qu'à moins qu'il ne soit convaincu hors de tout doute raisonnable que le comportement postérieur à l'infraction était motivé par la conscience de culpabilité du meurtre de Velasquez et non par un autre facteur, il ne pouvait tirer aucune conclusion de culpabilité à partir de ce comportement, et qu'il devait écarter cette preuve et examiner les autres éléments de preuve en l'espèce. Ménard invoque l'arrêt *Court*, précité.

20

21

22

ever, Ménard contends that *White* was wrongly decided and that the Court of Appeal in this case erred in adopting its result.

Rappelons que l'arrêt *Court* a été infirmé par la Cour d'appel de l'Ontario dans *White*, précité. Toutefois, Ménard prétend que la décision rendue dans *White* est erronée et que la Cour d'appel a commis une erreur en l'espèce en adoptant ses conclusions.

23

That argument is without merit. An appeal from *White* was argued before this Court together with the present appeal, and was dismissed. Our reasons in *White*, released simultaneously with this decision, confirm that the standard of proof beyond a reasonable doubt applies only to the jury's final evaluation of guilt or innocence and is not to be applied piecemeal to individual items or categories of evidence: see *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. *White* also provides that there is no principled reason to create an exception to the rule in *Morin* for evidence of post-offence conduct, particularly where such evidence is subject to competing interpretations and is not, in itself, crucial to the determination of the ultimate issue. This Court concluded in *White*, *supra*, at paras. 56-57:

Cet argument est dénué de fondement. Notre Cour a entendu, en même temps que le présent pourvoi, le pourvoi interjeté dans l'affaire *White* et l'a rejeté. Les motifs de notre Cour dans l'arrêt *White*, qui sont rendus en même temps que la présente décision, confirment que la norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique qu'à l'égard du verdict final de culpabilité ou de non-culpabilité, et non aux éléments ou aux catégories de preuve considérés individuellement: voir *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. L'arrêt *White* porte aussi qu'aucun principe ne justifie la création d'une exception à la règle formulée dans l'arrêt *Morin* quant à la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, en particulier lorsqu'une telle preuve peut recevoir des interprétations opposées et n'est pas, en soi, essentielle à la détermination des questions fondamentales. Notre Cour a conclu dans l'arrêt *White*, précité, aux par. 56 et 57:

Much of the confusion in this area of the law stems from the practice of categorizing evidence of flight or concealment in terms of the conclusion which the Crown seeks to draw from it, namely that it establishes the "consciousness of guilt" of the accused. That inference, going as it does so directly to the ultimate issue of guilt, is properly to be drawn only at the end of the jury's deliberations, once all the evidence has been considered. Hiving such evidence off at the outset and subjecting it to a separate reasonable doubt analysis creates a logical conundrum and raises the very real danger that the jury will never consider all the evidence together. . . .

Une grande partie de la confusion dans ce domaine du droit a pour origine la pratique qui consiste à caractériser la preuve relative à la fuite ou à la dissimulation en fonction de la conclusion que le ministère public cherche à en tirer, savoir l'existence de la «conscience de culpabilité» chez l'accusé. Cette conclusion, qui a une incidence très directe sur la question ultime de la culpabilité, ne peut valablement être tirée qu'à l'issue des délibérations du jury, une fois que tous les éléments de preuve ont été examinés. Différencier une telle preuve au début des délibérations et la soumettre à une analyse distincte selon la norme hors de tout doute raisonnable créent un problème logique et un risque très réel que le jury ne considère jamais la preuve dans son entier . . .

. . . It is preferable simply, in the spirit of *Morin*, to leave evidence of flight or concealment evaluated, but somewhat at large until the final stage of putting all the evidence together and seeing if it proves the case beyond a reasonable doubt. As previously noted, there is a risk that juries might jump too quickly from evidence of post-offence conduct to an inference of guilt.

. . . Conformément à l'esprit de l'arrêt *Morin*, il est préférable de laisser tout simplement l'appréciation de la preuve relative à la fuite ou à la dissimulation se faire, mais de façon générale, à l'étape finale du regroupement de tous les éléments de preuve et de leur analyse en vue de déterminer s'ils établissent la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Comme je le mentionne précédem-

However, the best way for a trial judge to address that danger is simply to make sure that the jury are aware of any other explanations for the accused's actions, and that they know they should reserve their final judgment about the meaning of the accused's conduct until all the evidence has been considered in the normal course of their deliberations. Beyond such a cautionary instruction, the members of jury should be left to draw whatever inferences they choose from the evidence at the end of the day.

The evidence of post-offence conduct in this appeal, as in *White*, was only one facet of the case against the appellant. The Crown also introduced evidence to establish, among other things, that Ménard had been seen on the highway in the victim's taxi, and that at the time of his arrest Ménard's clothes were stained with the victim's blood, his boots contained traces of soil matching the site where the victim's body was later found, and he was in possession of the victim's car. In his charge to the jury, the trial judge emphasized that the evidence of post-offence conduct "may or may not point to guilt" and was "but another circumstance for you to consider". After reviewing the explanations advanced by the defence with regard to each item of such evidence, he concluded on the subject as follows:

Whether the alleged false statements, hiding of evidence and flight are attempts by the accused to conceal his role in the murder is for you to decide. Remember that you must look at these matters in light of all the other evidence and that it is on the consideration of all the evidence that you decide whether the Crown has proved his guilt beyond a reasonable doubt.

The foregoing instruction comported in all respects with the requirements of *Morin* and with the principles set forth in this Court's reasons in *White*. Had the trial judge directed the jury at the outset to subject the evidence of post-offence con-

ment, il y a un risque que le jury conclue trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, que l'accusé est coupable. Cependant, le meilleur moyen dont dispose le juge du procès pour écarter ce danger est tout simplement de s'assurer que le jury sait que d'autres raisons sont susceptibles d'expliquer les actes de l'accusé et qu'il ne doit tirer sa conclusion finale quant à la signification du comportement de l'accusé qu'après avoir pris en considération l'ensemble de la preuve dans le cadre du déroulement normal de ses délibérations. Sous réserve de telles directives de prudence, il appartient aux membres du jury de tirer, en dernière analyse, les conclusions de leur choix à partir de la preuve présentée.

Tout comme dans l'arrêt *White*, la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction n'était dans le présent pourvoi que l'un des éléments de preuve recueillis contre l'appelant. Le ministère public a aussi produit des éléments de preuve visant à établir, notamment, qu'on avait vu Ménard sur l'autoroute dans le taxi de la victime et qu'au moment de son arrestation, ses vêtements étaient tachés du sang de la victime, ses bottes avaient des traces de sol correspondant au lieu où le corps de la victime avait été plus tard trouvé, et qu'il était en possession de l'automobile de la victime. Dans son exposé au jury, le juge du procès a souligné que la preuve concernant le comportement postérieur à l'infraction [TRADUCTION] «peut ou non indiquer la culpabilité» et n'était «que l'une des circonstances dont vous devez tenir compte». Après avoir revu les explications fournies par la défense relativement à chacun des éléments de cette preuve, il a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] C'est à vous qu'il incombe de déterminer si les présumées fausses déclarations, la dissimulation de la preuve et la fuite sont des tentatives de la part de l'accusé de cacher son rôle dans le meurtre. Rappelez-vous que vous devez examiner ces éléments en tenant compte de tous les autres éléments de preuve, et que c'est en regard de l'ensemble de la preuve que vous devez décider si le ministère public a démontré sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

La directive qui précède respecte à tous les égards les exigences formulées dans l'arrêt *Morin* et les principes énoncés dans les motifs de notre Cour dans l'arrêt *White*. Si le juge du procès avait dès le début donné comme directive au jury d'ap-

24

25

duct to the standard of proof beyond a reasonable doubt, he would have been in error. Accordingly, this ground for appeal is dismissed.

#### B. *Format of the Jury Charge*

<sup>26</sup> The format of the jury charge in this case was unorthodox. In particular, the trial judge departed from common practice by discussing substantive law at the outset of the trial, by distributing transcripts of his instructions to the members of the jury, and by declining at the end of the trial to review his preliminary remarks regarding basic evidentiary principles. The Court of Appeal expressed concern about the format of the trial judge's instructions, but determined that no miscarriage of justice was occasioned in the circumstances of this case.

<sup>27</sup> I agree with that conclusion and would dismiss this ground of appeal. However, a few general comments are appropriate with regard to the structure of the jury charge in this case. The *Criminal Code* does not dictate the manner in which a trial judge is to instruct a jury. Rather, the organization of the jury charge is a matter of common law and, like any area of common law, it is subject to innovation in the trial courts and may evolve over time. There are, necessarily, certain fundamental issues which every jury charge must address; these have been elaborated in various doctrines of this Court and do not have to be reviewed. As a general proposition the format of the charge is a matter of discretion. Trial judges have great latitude in deciding how to charge juries, and the structure of the charge may vary from one case to another. It is no secret that long and detailed instructions at the end of a trial may be more confusing than helpful. Trial judges should not be discouraged from taking new approaches in an effort to make their instructions more accessible to the jury. What is crucial is that at the conclusion of the charge the members of the jury understand the nature of their task and have

pliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction, il aurait commis une erreur. En conséquence, ce moyen d'appel est rejeté.

#### B. *Présentation de l'exposé au jury*

La présentation de l'exposé au jury en l'espèce était assez inhabituelle. Notamment, le juge du procès s'est écarté de la pratique normalement suivie en examinant le droit substantiel dès l'ouverture du procès, en remettant des transcriptions de ses directives aux membres du jury et en refusant, à la clôture de l'instruction, de reprendre ses remarques préliminaires concernant les principes fondamentaux de la preuve. La Cour d'appel a exprimé des réserves au sujet de la présentation des directives du juge du procès, mais a statué qu'il n'y avait eu aucune erreur judiciaire dans les circonstances de l'espèce.

Je souscris à cette conclusion et je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel. Quelques commentaires généraux s'imposent toutefois quant à la structure de l'exposé au jury en l'espèce. Le *Code criminel* ne prescrit pas la manière suivant laquelle le juge du procès doit donner ses directives au jury. Au contraire, l'organisation de l'exposé au jury est une question de common law et, comme toute question relevant de la common law, elle est sujette aux changements apportés par les tribunaux de première instance et peut évoluer avec le temps. Il y a inévitablement certaines questions fondamentales sur lesquelles chaque exposé au jury doit porter; ces questions font l'objet de divers principes énoncés par notre Cour qui n'ont pas à être rappelés. Posons comme principe général que la présentation de l'exposé est discrétionnaire. Les juges du procès disposent d'une grande marge de manœuvre en ce qui concerne la manière dont ils font leurs exposés aux jurys, et la structure de l'exposé peut varier d'une affaire à l'autre. Ce n'est pas un secret que des directives longues et détaillées à la clôture du procès peuvent embrouiller davantage qu'elles n'éclairent. On ne devrait pas dissuader les juges du procès de chercher, par l'adoption de nouvelles méthodes, à rendre leurs



the necessary help from the instructions to carry it out.

The innovations undertaken by the trial judge in this case were designed to improve the overall clarity of his instructions. As he told the members of the jury:

I've been sitting as a judge for about 15 years and I've become increasingly aware of the fact that we are making things difficult for our juries in criminal trials, particularly when trials are lengthy as this one is going to be. Accordingly, I've decided — and this is over the past year — to resort to different methods in order to make your task easier. For all I know, I don't know of any other judges doing this in Canada.

See also Soublière J., “Instructing the jury: A plea for better trials”, *Law Times*, vol. 6, No. 36, October 30 — November 5, 1995, at p. 6. Notwithstanding that laudable intention, certain aspects of the jury charge here raise serious concerns that may create as many problems as they solve. As the Court of Appeal noted at p. 432, the distribution of transcripts, though not erroneous in itself, can easily give rise to reversible error in the event the jury receives only part of the trial judge's instructions in written form: *Cathro v. The Queen*, [1956] S.C.R. 101, at pp. 114-15. Any trial judge adopting such an approach must take care to ensure that the entire charge is provided to the jury in a clear and legible form, and that all members of the jury are capable of reading the materials. It may well be that the dangers associated with such an approach outweigh the potential benefits.

Likewise, instructing the jury in segments throughout the trial does not necessarily constitute error, and may in fact be beneficial in certain circumstances. However, it does increase the risk that the jury might be confused by erroneous state-

directives plus faciles à comprendre pour les membres du jury. L'essentiel, c'est qu'à la fin de l'exposé les membres du jury comprennent la nature de leur tâche et que les directives données leur fournissent toute l'aide nécessaire pour s'en acquitter.

Les mesures innovatrices prises par le juge du procès en l'espèce étaient destinées à clarifier l'ensemble de ses directives. Il a dit aux membres du jury:

[TRADUCTION] Cela fait une quinzaine d'années que je siège comme juge et je suis de plus en plus conscient du fait que nous rendons les choses difficiles pour nos jurys dans les procès criminels, en particulier lorsque les procès sont longs comme le sera celui-ci. Par conséquent, j'ai décidé — et cela au cours de l'année qui vient de s'écouler — de recourir à diverses méthodes pour vous faciliter la tâche. Pour autant que je sache, aucun autre juge ne le fait au Canada.

Voir aussi, le juge Soublière, «Instructing the jury: A plea for better trials», *Law Times*, vol. 6, n° 36, 30 octobre — 5 novembre 1995, à la p. 6. Malgré cette intention louable, certains aspects de l'exposé au jury en l'espèce soulève certaines questions sérieuses qui peuvent créer autant de problèmes qu'elles en règlent. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel à la p. 432, la remise de transcriptions, même si elle ne constitue pas en soi une erreur, peut facilement donner lieu à une erreur justifiant annulation dans le cas où le jury ne reçoit par écrit qu'une partie seulement des directives du juge du procès: *Cathro c. The Queen*, [1956] R.C.S. 101, aux pp. 114 et 115. Tout juge du procès adoptant une telle façon de procéder doit s'assurer que l'exposé en entier est fourni au jury sous forme claire et lisible, et que tous les membres du jury sont en mesure de lire les documents. Il se peut que les dangers liés à une telle façon de procéder l'emportent sur ses avantages potentiels.

De même, le fait pour le juge de donner ses directives au jury par tranches tout au long du procès ne constitue pas nécessairement une erreur et, en fait, peut présenter des avantages dans certaines circonstances. Toutefois, cela augmente le risque

28

29

ments of law at the outset of the trial or by instructions which are not ultimately related to any of the evidence introduced in the case. Of course, an error contained in a jury charge need not be fatal; the propriety of the charge is a question to be decided based on the charge as a whole, and it is open to the trial judge to attempt to correct any errors that he or she may previously have made. Indeed, juries are frequently recharged as a result of counsel's submissions at the conclusion of the judge's instructions, and potentially fatal errors are often avoided in this way. However, when the jury charge is delivered piecemeal over the course of the trial, such corrections become markedly more difficult. In particular, if the trial judge errs on a point of substantive law at the start of the trial, and the jury members subsequently hear the evidence with that error in their minds, the damage to the fairness of the trial might well be irreparable.

que des exposés erronés du droit faits au début de l'instruction ou des directives qui n'ont finalement rien à voir avec les éléments de preuve qui sont présentés puissent semer la confusion dans l'esprit des membres du jury. Évidemment, une erreur dans un exposé au jury n'est pas nécessairement fatale; la justesse d'un exposé est une question qui doit être tranchée en fonction de l'exposé en entier, et il est loisible au juge du procès d'essayer de corriger les erreurs qu'il peut avoir faites antérieurement. En réalité, il arrive fréquemment que de nouvelles directives soient données au jury par suite des observations faites par les avocats à la fin des directives du juge, et il est souvent possible d'éviter de cette manière des erreurs potentiellement fatales. Toutefois, lorsque l'exposé au jury est fait en plusieurs étapes au cours du procès, il devient singulièrement plus difficile d'y apporter des corrections. En particulier, si le juge du procès commet une erreur sur un point de droit substantiel au début du procès et que les membres du jury entendent ensuite la preuve en gardant cette erreur en tête, il se peut fort bien qu'il soit impossible de réparer le dommage causé au caractère équitable du procès.

30

In this case, the trial judge did commit an error in his preliminary instructions regarding the substantive law of murder. In addition, the second segment of his charge was overinclusive, since it addressed the use of prior inconsistent statements of an accused, even though it was not yet known whether Ménard would testify, let alone whether he would be confronted with prior statements. The trial judge made efforts to correct those problems in his closing address. With regard to his charge on prior inconsistent statements by an accused, he directed the jury to disregard his earlier comments. With respect to his discussion of murder, he instructed the jury as follows:

The law as to this offence: I have already charged you on the elements of this offence. I have nothing to add.

The evidence is such that clearly, Velasquez was the victim of a second degree murder. The issue before you is whether Ménard did it.

Dans la présente espèce, le juge du procès a bel et bien commis une erreur dans ses directives préliminaires relatives aux règles de droit substantiel applicables au meurtre. De plus, la deuxième partie de son exposé avait une portée trop large puisqu'il était question de l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles d'un accusé même si l'on ne savait pas si Ménard témoignerait, et encore moins si sa déposition serait confrontée avec ses déclarations antérieures. Le juge du procès s'est efforcé de corriger ces problèmes dans son exposé final. En ce qui a trait à la partie de son exposé traitant des déclarations antérieures incompatibles d'un accusé, il a demandé au jury de ne pas tenir compte de ses commentaires antérieurs. Quant à son examen du meurtre, il a dit ce qui suit au jury:

[TRADUCTION] Les règles de droit applicables à cette infraction: je vous ai déjà donné des directives sur les éléments de cette infraction. Je n'ai rien à ajouter.

La preuve est telle qu'il est évident que Velasquez a été victime d'un meurtre au deuxième degré. Vous devez déterminer si c'est Ménard qui en est l'auteur.

Ultimately, the Court of Appeal concluded that the trial judge's errors did not merit a reversal of Ménard's conviction, and I agree. It is worth emphasizing, however, that this result was largely fortuitous — had the question of murder been a live issue in the trial, the judge's misdirection regarding that offence at the outset of the proceedings might have vitiated the entire charge. To instruct a jury on substantive law at the outset of a trial is to walk on thin ice, and any trial judge who chooses to do so must exercise caution to ensure that his or her instructions are correct. I endorse the Court of Appeal's comments at p. 433:

[T]here may be considerable benefit in instructing the jury, as the trial judge did in this case, about the trial process and some of the fundamental evidentiary principles right at the outset of the trial. However, before embarking on an exposé of the substantive law, the trial judge should wait to hear the evidence, unless counsel agree to a proposed set of instructions tailored to the facts of the case. Even there, the dangers always exist that the evidence will not match these early expectations and that an error may prove impossible to cure.

As a final note, the trial judge's closing address to the jury was troubling in that it did not bring together the earlier portions of his instructions, and in particular it did not re-emphasize the fundamental principles of reasonable doubt, the presumption of innocence and the burden of proof. Those principles are too important to be referred to in passing at the conclusion of the trial. Even if it is assumed that the jury followed the trial judge's instructions and reread their written transcripts concerning those matters, it would have been better, in the unusual circumstances of this case, for the trial judge to repeat that portion of his instructions and thereby ensure that he was sending the jury into deliberations with those principles fresh in their minds. In spite of these criticisms, the charge taken in its entirety in the circumstances of this case did not result in any miscarriage of justice.

En définitive, la Cour d'appel a conclu que les erreurs du juge du procès ne justifiaient pas l'annulation de la déclaration de culpabilité de Ménard, et je suis d'accord avec elle. Il convient toutefois de souligner que ce résultat était en grande partie fortuit — si la question du meurtre avait été un point litigieux au procès, la directive erronée du juge relativement à cette infraction au début de l'instruction aurait pu vicier l'exposé en entier. Donner dès le début d'un procès des directives au jury sur le droit substantiel, c'est s'aventurer sur un terrain glissant, et tout juge du procès qui choisit d'agir ainsi doit faire preuve de prudence et s'assurer que ses directives sont correctes. Je suis d'accord avec les commentaires de la Cour d'appel à la p. 433:

[TRADUCTION] [I]l peut y avoir des avantages considérables à donner des directives au jury, dès le début du procès comme l'a fait le juge en l'espèce, au sujet du déroulement du procès et de certains des principes fondamentaux de la preuve. Toutefois, avant de se lancer dans un exposé du droit substantiel, le juge du procès devrait attendre d'avoir entendu la preuve, à moins que les avocats ne consentent à une série de directives adaptées aux faits de l'espèce. Même dans ce cas, on court toujours le risque que la preuve ne corresponde pas à ce à quoi on s'attendait et qu'une erreur se révèle impossible à corriger.

Comme dernière remarque, j'ajouterais que l'exposé final du juge du procès suscite des inquiétudes parce qu'il ne reprend pas les premières directives et, en particulier, qu'il ne revient pas sur les principes fondamentaux que sont le doute raisonnable, la présomption d'innocence et la charge de la preuve. Ces principes sont trop importants pour n'être mentionnés qu'en passant à la clôture de l'instruction. Même si l'on présume que le jury a suivi les directives du juge du procès et a relu les transcriptions écrites sur ces questions, il aurait été préférable, vu les circonstances inhabituelles de la présente espèce, que le juge du procès répète cette partie de ses directives et s'assure ainsi que le jury commence ses délibérations en ayant ces principes frais à l'esprit. En dépit de ces critiques, l'exposé envisagé dans son ensemble eu égard aux circonstances de la présente espèce n'a pas entraîné d'erreur judiciaire.

### C. *Remaining Grounds of Appeal*

32 The remaining grounds for appeal in this case concern the admissibility of the out-of-court statements of William Graves, the admissibility of evidence relating to the appellant's military background, the propriety of the Crown's cross-examination of the appellant regarding his criminal record, and the sufficiency of the trial judge's jury charge on identification evidence. We have considered the appellant's arguments and we agree with the Court of Appeal's disposition of those issues.

### V. Conclusions and Disposition

33 For the reasons set forth in this Court's decision in *White*, the trial judge in this case was not required to instruct the jury to apply the reasonable doubt standard to evidence of the appellant's post-offence conduct. Nor did the trial judge's jury charge — in its format or its substance — give rise to reversible error in this case. The appellant was convicted in conformity with the law and the Court of Appeal did not err in so finding. The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Crown Law Office, Toronto.*

### C. *Autres moyens d'appel*

Les autres moyens d'appel invoqués dans la présente affaire concernent l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de William Graves, l'admissibilité de la preuve relative à la formation militaire de l'appelant, le bien-fondé du contre-interrogatoire de l'appelant par le ministère public sur ses antécédents criminels, et le caractère suffisant de l'exposé du juge sur la preuve d'identification. Nous avons examiné les arguments de l'appelant et nous souscrivons à la décision de la Cour d'appel sur ces questions.

### V. Conclusions et dispositif

Pour les motifs énoncés par notre Cour dans l'arrêt *White*, le juge du procès n'était pas tenu en l'espèce de donner comme directive au jury d'appliquer la norme hors de tout doute raisonnable à la preuve relative au comportement de l'appelant après l'infraction. L'exposé du juge du procès, que ce soit quant à sa présentation ou quant à son contenu, n'a pas non plus donné lieu en l'espèce à une erreur justifiant annulation. L'appelant a été reconnu coupable conformément au droit et la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en tirant une telle conclusion. Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Bureau des avocats de la Couronne, Toronto.*