

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** R. *c.* Calnen, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301 | **Appel entendu :** 12 février 2018  **Jugement rendu :** 1er février 2019  **Dossier :** 37707 |

Entre :

Sa Majesté la Reine

Appelante

et

Paul Trevor Calnen

Intimé

**Traduction française officielle**

**Coram :** Les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Rowe et Martin

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 71)  **Motifs dissidents en partie :**  (par. 72 à 220)  **Motifs dissidents :**  (par. 221 à 244) | Le juge Moldaver (avec l’accord des juges Gascon et Rowe)  La juge Martin  La juge Karakatsanis |

R. *c.* Calnen, 2019 CSC 6, [2019] 1 R.C.S. 301

Sa Majesté la Reine Appelante

c.

Paul Trevor Calnen Intimé

**Répertorié :**R. ***c.*** Calnen

2019 CSC 6

No du greffe : 37707.

2018 : 12 février; 2019 : 1er février.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Rowe et Martin.

en appel de la cour d’appel de la nouvelle‑écosse

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve circonstancielle — Comportement après le fait — Accusé inculpé pour le meurtre au deuxième degré de sa compagne — Présentation lors du procès d’éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l’accusé — Le comportement après le fait est-il admissible pour prouver l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré?*

*Droit criminel — Exposé au jury — Comportement après le fait — Raisonnement fondé sur la propension générale — Présentation lors de son procès pour meurtre d’éléments de preuve concernant la conduite déshonorante adoptée par l’accusé avant et après le décès de la victime — Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury concernant l’utilisation du comportement après le fait? — Le juge du procès était-il tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale compte tenu de la preuve de conduite déshonorante de l’accusé?*

L’accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et d’indécence envers des restes humains relativement au décès de sa compagne. Il a plaidé coupable à l’accusation d’indécence et un jury l’a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d’appel a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre, et la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée à l’égard de l’accusation d’homicide involontaire coupable. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont estimé que le juge du procès n’avait pas donné au jury des directives appropriées quant à l’utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l’accusé — preuve tendant notamment à démontrer que l’accusé avait déplacé et brûlé le corps de sa compagne et qu’il s’en était départi — en rapport avec la preuve de l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré.

*Arrêt* (la juge Martin est dissidente en partie et la juge Karakatsanis est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé est rétablie.

*Les* jugesMoldaver, Gascon et Rowe : Il y a accord avec la juge Martin pour dire que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l’accusé étaient admissibles comme preuve circonstancielle tant sur la question du lien de causalité que sur celle de l’élément moral requis pour un meurtre au deuxième degré. Toutefois, il y a désaccord avec la juge Martin pour ce qui est de savoir si le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. Même si le juge du procès pouvait donner une telle directive, son défaut de le faire ne constitue pas une erreur justifiant l’infirmation de sa décision. En examinant l’exposé du juge du procès au jury de façon juste et globale tout en tenant compte du contexte, il est possible de constater que les jurés étaient bien outillés pour trancher l’affaire même s’ils n’avaient pas reçu une telle directive.

Il y a accord avec l’énoncé que la juge Martin fait des principes de droit régissant l’admissibilité des éléments de preuve de conduite déshonorante et du risque que ceux‑ci causent un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. Toutefois, il y a désaccord quant à l’application qu’elle fait de ces principes aux faits de la présente affaire. Chaque cas présumé d’absence de directives équivalant à des directives erronées doit être examiné en contexte, en fonction des faits et des circonstances qui lui sont propres. Au procès, la Couronne a présenté des éléments de preuve pertinents et admissibles relatifs à la conduite déshonorante de l’accusé qui portaient sur des faits extrinsèques à l’infraction reprochée à ce dernier et qui peuvent être répartis chronologiquement en deux grandes catégories : le comportement qui a précédé la mort de la victime et celui qui l’a suivie. Ces éléments de preuve ne comportaient pas un risque si élevé de raisonnement fondé sur la propension que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le raisonnement fondé sur la propension générale.

Premièrement, le risque que le jury tienne un raisonnement fondé sur la propension générale en s’appuyant sur les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l’accusé était considérablement atténué par les directives préliminaires et les directives finales données par le juge du procès au jury, lesquelles étaient neutres, justes et équilibrées. Les directives préliminaires du juge du procès et la réponse qu’il a donnée à une question du jury ont protégé le jury contre tout raisonnement selon lequel le plaidoyer de culpabilité de l’accusé à l’égard de l’accusation d’indécence envers les restes de la victime signifiait qu’il était davantage probable que ce dernier ait commis un meurtre au deuxième degré. Par ailleurs, une lecture équitable de l’ensemble des directives finales permet de constater que le juge du procès a bien outillé le jury pour qu’il tire des inférences raisonnables de la preuve circonstancielle sans recourir à un raisonnement spécieux ou à des hypothèses.

Deuxièmement, l’avocat de la défense, qui était expérimenté et bien conscient du risque d’un raisonnement fondé sur la propension, n’a pas soulevé cette question — et il a encore moins demandé une directive restrictive — lorsqu’il a été appelé à examiner la version finale du projet de directives à présenter au jury lors de la conférence préalable à l’exposé. L’avocat de la défense était la personne la mieux placée pour décider, eu égard à la réalité concrète de l’affaire en cause, si une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale était souhaitable. Le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer à l’absence de directives restrictives peut également être interprété comme une indication que, selon lui, une telle directive n’était pas dans l’intérêt de l’accusé et qu’il s’agissait d’une décision stratégique prise de propos délibéré. Ces considérations militent fortement contre la conclusion que l’exposé au jury était insuffisant.

Plutôt que de demander une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, l’accusé a adopté la stratégie consistant à utiliser sa conduite déshonorante pour renforcer la crédibilité de sa déclaration et de sa reconstitution des faits, toutes deux disculpatoires, qui constituaient le fondement de sa défense de mort accidentelle. Le fait que la défense a délibérément adopté comme stratégie d’utiliser à son propre avantage les éléments de preuve de conduite déshonorante est un facteur important qui distingue la présente espèce d’autres affaires où la preuve relative à la conduite déshonorante ne joue aucun rôle dans la thèse de la défense et n’est guère plus qu’un terreau fertile pour le préjudice moral et le préjudice par raisonnement au sujet desquels la juge Martin exprime des craintes. Compte tenu de la stratégie adoptée par la défense, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait risqué de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de l’accusé sur la crédibilité de ce dernier, faisant ainsi voler en éclats sa défense, un risque que la défense a préféré ne pas courir. La défense a pris une décision légitime d’ordre stratégique lors du procès et elle a perdu. Elle doit assumer les conséquences de sa décision. L’accusé a joui d’un procès équitable. Les directives au jury, que le procureur de la Couronne et l’avocat de la défense ont, de toute évidence, tous les deux jugées justes et équilibrées, ont fait en sorte que les jurés étaient bien outillés pour trancher l’affaire dont ils étaient saisis et, en particulier, qu’ils étaient adéquatement protégés contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension générale. Le fait que l’exposé aurait pu être plus complet n’est pas la question. Eu égard aux circonstances de l’espèce, le principe du caractère définitif des décisions doit avoir préséance.

*La* juge Martin (dissidente en partie) : La preuve relative au comportement après le fait en l’espèce était admissible pour ce qui est d’établir le lien de causalité et l’intention, et l’exposé au jury était suffisant pour expliquer les utilisations qui pouvaient être faites de ces éléments de preuve et les risques éventuels qu’ils comportaient en général. Il y a toutefois désaccord avec les juges majoritaires lorsque ces derniers affirment que les directives au jury protégeaient suffisamment le jury contre les risques d’un raisonnement fondé sur la propension. Il aurait fallu mettre le jury en garde contre les risques précis que pose le raisonnement interdit fondé sur la propension en ce qui concerne le comportement après le fait en question, de même que d’autres éléments de preuve relatifs à la moralité, au comportement et au mode de vie de l’accusé. Le pourvoi devrait donc être accueilli en partie. Il y a lieu de confirmer la décision de la Cour d’appel annulant la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé, mais la tenue d’un nouveau procès devrait être ordonnée relativement à l’accusation de meurtre au deuxième degré.

Le comportement après le fait englobe tant ce que l’accusé a dit que ce qu’il a fait après qu’aurait été commise l’infraction reprochée dans l’acte d’accusation et il est largement tributaire du contexte et des faits. La preuve relative au comportement après le fait est circonstancielle et, comme toute autre preuve circonstancielle, elle permet au juge des faits de tirer des inférences particulières en se fondant sur les paroles ou les actes de l’intéressé. Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait permettent de tirer une foule d’inférences, mais pour pouvoir tirer de telles inférences, le décideur se fonde sur la logique, le bon sens et l’expérience. Il appartiendra au jury ou au juge de déterminer quelles inférences il est prêt à tirer et le poids qu’il leur attribue. Lorsqu’un élément de preuve est admissible à une fin, mais non à une autre, le juge des faits — le juge ou le jury — doit être conscient et respectueux des utilisations permises et non permises de cette preuve. Dans de tels cas, le juge devra donner au jury une directive pour préciser qu’un élément de preuve donné ne peut faire l’objet que d’une utilisation limitée ou qu’il n’a aucune valeur probante relativement à une question en particulier.

Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent susciter un raisonnement imprécis en raison de leur aspect temporel et encourager les décideurs à tirer de façon précipitée des conclusions discutables. Pour répondre à la crainte répandue suivant laquelle les éléments de preuve de ce type peuvent être très ambigus et induire le jury en erreur, il faut appeler le jury à prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l’accusé. Les jurés reçoivent ainsi pour directive d’éviter de commettre l’erreur consistant à conclure trop hâtivement à la culpabilité en se fondant sur la preuve relative au comportement après le fait, alors que ce comportement peut être motivé ou expliqué par une raison légitime, telles la panique, la gêne ou la crainte d’être accusé à tort. Les juges du procès devraient aussi se demander s’ils doivent adresser aux jurys d’autres directives restrictives ou mises en garde de nature particulière afin d’atténuer tout risque de raisonnement particulièrement associé au comportement après le fait en cause.

Il n’y a aucun obstacle juridique à l’utilisation d’éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer l’intention de l’accusé. La valeur probante de la preuve du comportement après le fait à l’égard du degré de culpabilité de l’accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l’ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. Les mesures qui ont été prises, le moment où elles l’ont été et le risque encouru pour les prendre peuvent tous être des facteurs à prendre en compte lorsque l’on apprécie la nature du comportement dans une situation en particulier. Enfin, dans son appréciation des gestes de l’accusé et des inférences qui peuvent être tirées du comportement après le fait au stade de l’admissibilité ou de l’absence de valeur probante, le juge du procès peut prendre en compte la disproportion entre l’explication offerte et les gestes en cause.

Reléguer les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait à un rôle de soutien ou à un rôle secondaire est une erreur, et il est aussi essentiel de conserver la distinction entre la norme minimale d’admissibilité de la preuve et la question distincte de savoir si la Couronne s’est acquittée de son fardeau ultime consistant à établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. Le critère régissant l’admissibilité de la preuve s’intéresse en premier lieu à la pertinence et à la question de savoir si la preuve tend, selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine, à rendre la thèse qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle. C’est au terme du procès, lorsqu’il a entendu toute la preuve, que le juge des faits est appelé à se prononcer sur le poids, s’il en est, de cette preuve, et qu’il décide comment elle s’insère avec le reste de la preuve, et si, vu l’ensemble de la preuve, la Couronne a fait la preuve des actes reprochés hors de tout doute raisonnable. En règle générale, l’absence d’éléments de preuve matérielle corroborante ne rend pas hypothétique l’inférence souhaitée. Si l’ensemble de la preuve satisfait au raisonnement menant à une inférence en particulier, cette inférence peut alors être tirée, qu’il y ait ou non une preuve matérielle corroborante au dossier.

Le simple fait qu’il existe deux ou plusieurs explications plausibles pour un comportement après le fait donné ne rend pas ce comportement tout aussi compatible avec ces explications au point de faire perdre sa force probante à l’inférence proposée. Le fait que diverses explications peuvent être avancées pour un comportement après le fait ne signifie pas automatiquement que ce comportement est tout aussi compatible avec la perpétration de multiples infractions; cela signifie simplement qu’il existe d’autres explications et qu’elles sont défendables. Dès lors que la preuve est plus susceptible d’étayer l’inférence souhaitée que les autres inférences, il appartient au juge des faits, après avoir tenu compte de toutes les explications avancées, de décider s’il y a lieu le cas échéant d’accepter une inférence et le poids, s’il en est, qu’il accorde à un élément de preuve circonstancielle.

En l’espèce, la nature du comportement de l’accusé (le fait qu’il a réussi à détruire le cadavre de la défunte et, du même coup, tout élément de preuve portant sur les blessures qu’elle a subies), son lien avec le dossier de la preuve (qui révèle notamment une relation de couple marquée par la discorde, des actes de violence et des menaces de suicide), et les questions soulevées au procès (la thèse de la Couronne selon laquelle l’accusé avait détruit le corps pour cacher la nature et la gravité des blessures) indiquent que la preuve était pertinente à l’égard du degré de culpabilité de l’accusé. La preuve relative au comportement après le fait tend à rendre la proposition en cause — suivant laquelle l’accusé avait l’intention d’infliger à la défunte des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non — plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans cette preuve. Il était loisible au juge du procès de déterminer que les mesures prises par l’accusé pour tenter de dissimuler et de détruire le cadavre de la défunte étaient démesurées par rapport à l’allégation qu’il s’agissait d’un décès accidentel ou à l’infraction d’homicide involontaire coupable. L’inférence pertinente, raisonnable et rationnelle que le jury pouvait tirer au sujet du degré de culpabilité de l’accusé, compte tenu de la preuve relative au comportement après le fait, est que l’accusé a dissimulé et détruit le corps de la défunte afin de dissimuler la nature et la gravité de ses blessures et le degré de force requis pour les infliger. Sa destruction de ces éléments de preuve est démesurée par rapport à l’explication d’accident qu’il a avancée et serait susceptible d’étayer l’inférence suivant laquelle l’accusé a tenté de dissimuler ces éléments de preuve et de camoufler non seulement l’existence d’un crime, mais sa gravité.

C’est au juge du procès qu’incombent en définitive la teneur, la justesse et l’équité de l’exposé qu’il présente au jury, mais tant le procureur de la Couronne que l’avocat de la défense ont l’obligation d’assister le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu’ils estiment problématiques. Il n’est pas nécessaire que l’exposé au jury respecte des formules consacrées; c’est la teneur de l’exposé qui compte. Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que l’exposé au jury en l’espèce mettait suffisamment en garde le jury contre les risques généralement associés à une preuve relative au comportement après le fait. Les directives au jury ont adéquatement fait la distinction entre l’utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention.

Cependant, la présente affaire frôlerait la limite lorsqu’il s’agit de juger si la Couronne s’est acquittée ou non du fardeau ultime qui lui incombait consistant à établir chacun des éléments constitutifs du meurtre au deuxième degré hors de tout doute raisonnable. Il n’y avait aucun élément de preuve quant à la cause du décès, hormis la déclaration de l’accusé et son comportement après le fait. Le dossier reposait sur de la preuve circonstancielle et on a demandé au jury de se livrer à un raisonnement inférentiel. Par ailleurs, la preuve permettait de tirer d’autres inférences raisonnables que le meurtre. De plus, la fine ligne séparant innocence et culpabilité est également illustrée non seulement par le fait que les juges étaient divisés sur les principales questions de droit, mais également par le fait que l’accusé a été libéré lors de l’enquête préliminaire.

En admettant la preuve contestée de comportement après le fait, le juge du procès a correctement décidé que la valeur probante de la preuve l’emportait sur ses effets préjudiciables. Toutefois, la conclusion selon laquelle la preuve était plus probante que préjudiciable ne déchargeait pas le juge de sa responsabilité de reconnaître et de traiter tout préjudice particulier fondé sur la propension de cette preuve dans son exposé au jury. Des directives claires aux jurés sur les utilisations qu’ils pouvaient — et ne pouvaient pas — faire des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante étaient essentielles. Même si la preuve était admissible pour ce qui est d’établir le lien de causalité et l’intention, elle avait tous les traits de preuve de propension qui pourrait, en l’absence de directives restrictives adéquates, importer un préjudice moral et un préjudice par raisonnement dans l’analyse du jury. Le comportement après le fait de l’accusé était susceptible de provoquer une forte réaction émotive chez les jurés. L’acte de brûler la dépouille de la défunte était moralement et viscéralement révoltant. Le caractère troublant des actes a été clairement exposé au jury. La nature de la preuve, même si celle‑ci était admissible, faisait ainsi naître un risque important que l’accusé soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, non pas parce que le jury avait conclu hors de tout doute raisonnable qu’il avait tué la défunte, mais parce que son comportement après le fait avait convaincu les jurés qu’il était le genre de personne qui tuerait. Il y avait par ailleurs le risque de préjudice par raisonnement. Alors que les jurés évaluaient la question de savoir si la preuve dans son ensemble établissait les éléments du lien de causalité et de l’intention hors de tout doute raisonnable, ils éprouvaient vraisemblablement le mélange précis de répugnance et de réprobation qui risquerait de les détourner d’une analyse rationnelle et objective de la preuve. Sans directive restrictive explicite, on ne peut s’attendre à ce que les jurés sachent que, en même temps qu’on les invite à faire preuve de bon sens, il leur est en fait interdit de se livrer à ce que plusieurs d’entre eux peuvent simplement percevoir comme une autre forme de raisonnement fondé sur le bon sens : le raisonnement fondé sur la propension. La raison pour laquelle les juges procèdent à des mises en garde contre un raisonnement fondé sur la propension est précisément parce qu’il est bien connu que cette manière de raisonner est intuitive et puissante. En l’espèce, faute de directive explicite sur la question, les jurés ne pouvaient pas avoir compris le caractère potentiellement pernicieux de la preuve fondée sur la propension et la manière dont le droit en a circonscrit l’utilisation.

Dans la présente affaire, il convient de qualifier d’erreur de droit pour l’application du sous‑al. 686(1)a)(ii) du *Code criminel* le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive sur le raisonnement fondé sur la propension. Il existe un lien indéniable entre l’allégation de verdict déraisonnable et l’existence d’une erreur de droit, parce qu’en raison de cette erreur de droit, le jury n’a pas reçu de directives appropriées et, de ce fait, il n’était pas outillé pour rendre un verdict raisonnable. Comme il s’agissait d’une erreur de droit, il serait loisible à la Couronne d’invoquer la disposition réparatrice si l’erreur en question était inoffensive ou si la preuve contre l’accusé était à ce point accablante que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité. Toutefois, l’erreur de droit en l’espèce n’était pas inoffensive. Même si l’exposé fait à un jury n’a pas à être parfait et qu’il s’agit en l’occurrence d’une seule omission dans un exposé par ailleurs étoffé, le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive au sujet du raisonnement fondé sur la propension a plutôt fait en sorte que le jury n’a pas reçu de directives appropriées lui permettant d’évaluer le principal élément de preuve présenté par la Couronne pour conclure à la culpabilité de l’accusé. De plus, la preuve n’était pas telle que le jury reconnaîtrait forcément l’accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Il était loisible au jury de conclure que la preuve n’établissait aucune culpabilité criminelle. Un verdict de non‑culpabilité, ou de culpabilité d’homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre, était aussi possible dans cette affaire. Le caractère raisonnable d’un verdict quant à l’accusation de meurtre au deuxième n’aurait pu être évalué que si les jurés savaient qu’il leur était interdit de tenir un raisonnement suivant lequel, parce qu’il a détruit le corps de la défunte comme il l’a fait, l’accusé était le type de personne qui l’aurait tuée. Les directives du juge du procès à cet égard n’étaient pas conformes aux règles de droit et la réparation à accorder n’est pas un acquittement, mais un nouveau procès.

Il y a désaccord avec les juges majoritaires lorsqu’ils affirment que le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer, au motif que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, peut raisonnablement être interprété comme une indication que l’avocat de la défense estimait que l’exposé était satisfaisant et qu’une directive restrictive ne servirait pas l’intérêt de son client. Il convient de faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu’on spécule au sujet des raisons pour lesquelles un avocat a agi d’une façon particulière au procès. Peu importe que les décisions de l’avocat de la défense fussent stratégiques ou non, la position de l’avocat sur les paramètres appropriés de l’exposé au jury, motivée par des considérations stratégiques, ne saurait modifier la loi, qui prévoit que le jury qui se livre à un raisonnement fondé sur la propension est un jury qui n’agit pas de façon judiciaire.

Enfin, le principe du caractère définitif des décisions n’entre pas en ligne de compte de la manière évoquée par les juges majoritaires. Il ne s’agit pas d’une affaire dans laquelle la défense a pris une décision légitime d’ordre stratégique et a perdu. Il s’agit plutôt d’une affaire dans laquelle, indépendamment des décisions que l’avocat de la défense a pu prendre pour des raisons d’ordre stratégique, le jury n’a pas reçu de directives appropriées et n’était donc pas en mesure de rendre un verdict raisonnable. Ce qui était en jeu n’était rien de moins que le droit de l’accusé à un procès équitable basé sur un raisonnement légitime. Lorsqu’il existe un risque que quelqu’un soit déclaré coupable injustement, le principe de l’équité du procès l’emporte sur le principe du caractère définitif, étant donné que la règle selon laquelle l’innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l’espèce, le jury a été saisi d’éléments de preuve relatifs au comportement qui étaient extrêmement préjudiciables et il n’a pas reçu de directives appropriées sur les utilisations interdites de ces éléments de preuve. Le risque que le jury se soit livré à raisonnement fondé sur la propension est bien réel et il a porté directement atteinte au droit de l’accusé d’être présumé innocent jusqu’à preuve du contraire. Dans ces conditions, le principe du caractère définitif des décisions ne saurait avoir préséance sur le droit de l’accusé à un procès équitable.

*La* juge Karakatsanis (dissidente): Il y a accord avec les principes généraux énoncés par la juge Martin en ce qui concerne l’admissibilité en preuve du comportement après le fait, mais il y a désaccord avec la juge Martin et les juges majoritaires quant à l’application de ces principes aux éléments de preuve présentés en l’espèce. La preuve présentée dans la présente affaire n’avait pas de valeur probante quant à l’intention requise pour commettre un meurtre et un verdict imposé d’acquittement aurait dû être rendu. Le pourvoi devrait être rejeté.

La preuve relative au comportement après le fait ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle, et elle peut être utilisée pour démontrer la culpabilité. Dans certaines circonstances, elle peut aussi servir pour tirer une inférence au sujet du degré de culpabilité de l’accusé, c’est‑à‑dire pour décider si l’accusé avait la *mens rea* requise pour une infraction donnée. Toutefois, la pertinence et la valeur probante de cette preuve doivent être appréciées au cas par cas. La valeur probante de la preuve relative au comportement après le fait quant à l’intention de l’accusé à l’égard d’une infraction donnée dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l’ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. La preuve satisfait à la norme de la pertinence lorsqu’elle tend d’une façon quelconque à rendre la thèse qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle. Cependant, lorsqu’un comportement donné peut s’expliquer tout autant par la perpétration de deux infractions ou plus, ou est tout aussi compatible avec deux infractions ou plus, la preuve n’a aucune valeur probante lorsqu’il s’agit de décider si l’accusé est coupable de l’une ou de l’autre des infractions. L’admissibilité des éléments de preuve quant à l’état d’esprit de l’accusé au moment de la perpétration de l’infraction dépend de la question de savoir si son comportement après le fait est susceptible d’être davantage compatible avec l’intention de commettre un meurtre qu’avec celle de commettre un homicide involontaire coupable. Il incombe au jury de décider si le comportement était ou n’était pas tout aussi compatible avec le meurtre et l’homicide involontaire coupable hors de tout doute raisonnable, dès lors que le jury peut tirer cette conclusion selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine, plutôt qu’en se fondant sur de simples hypothèses. Cependant, le juge du procès n’usurpe pas le rôle du jury lorsqu’il conclut que ce comportement ne pouvait être utile pour établir une distinction entre le meurtre au deuxième degré et l’homicide involontaire coupable et que ce comportement n’était donc pas admissible pour démontrer l’intention spécifiquement requise pour le meurtre au deuxième degré.

Dans la présente affaire, la destruction, par l’accusé, de la dépouille de la défunte n’était pas admissible en preuve pour démontrer son intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Bien que le comportement qu’a adopté l’accusé en détruisant le cadavre soit pertinent pour savoir si ce dernier a illégalement causé la mort de la défunte, et bien que ce comportement ait été admissible à cette fin, il n’est d’aucune utilité pour distinguer un homicide involontaire coupable d’un meurtre au deuxième degré. La preuve présentée en l’espèce ne fournit aucune information sur l’ampleur des blessures. À défaut de tels éléments de preuve, une inférence concernant la *mens rea* repose sur des hypothèses quant à ce que la preuve aurait pu révéler au sujet des blessures. Il n’existe aucun lien logique entre la preuve relative au comportement après le fait dans la présente affaire et l’intention requise pour le meurtre au deuxième degré qui n’existe pas également entre cette preuve et un possible homicide involontaire coupable. Il est illogique de laisser entendre qu’une personne ne se donnerait autant de mal que pour dissimuler un homicide intentionnel et non un homicide non intentionnel. De plus, les éléments de preuve concernant le mobile et l’animosité ne peuvent aider le jury à conclure qu’il est plus probable, en raison du comportement après le fait, que l’accusé ait eu l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré plutôt qu’un homicide involontaire coupable, parce que ces éléments de preuve sont compatibles tout autant avec l’une ou l’autre de ces infractions.

Il y a accord avec la juge Martin pour dire que l’absence de directives mettant le jury en garde contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension commande la tenue d’un nouveau procès en l’espèce. Comme la preuve relative au comportement après le fait était admissible pour établir l’homicide coupable, mais non pour prouver le meurtre au deuxième degré, il était nécessaire de donner au jury de solides directives au sujet des limites que comportait son utilisation. Les éléments de preuve concernant les rapports entre l’accusé et la défunte et la situation qui existait le jour de la mort de cette dernière ne constituaient pas des éléments de preuve qui auraient permis à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer l’accusé coupable de meurtre au deuxième degré.

**Jurisprudence**

Citée par le juge Moldaver

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, autorisation d’appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi; *R. c. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382; *R. c. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330; *R. c. Malik*, 2005 CanLII 15453; *R. c. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303; *R. c. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, conf. par 2013 CSC 12, [2013] 1 R.C.S. 565; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. c. St‑Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328.

Citée par la juge Martin (dissidente en partie)

*États‑Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Rowbotham*, [1994] 2 R.C.S. 463; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534; *R. c. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130; *R. c. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143; *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. W.H.*, 2013 CSC 22, [2013] 2 R.C.S. 180; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Harrison’s Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. O’Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198; *R. c. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222; *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. St‑Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *McMartin c. La Reine*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11*d*).

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, art. 182b), 235, 548(1), 686(1)a)(i), (ii), b)(iii).

**Doctrine et autres documents cités**

Paciocco, David M. « Simply Complex : Applying the Law of “Post‑Offence Conduct” Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.

Tanovich, David M. « *Angelis*: Inductive Reasoning, Post‑Offence Conduct and Intimate Femicide » (2013), 99 C.R. (6th) 338.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle‑Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Scanlan et Bourgeois), 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362, [2017] N.S.J. No. 232 (QL), 2017 CarswellNS 825 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge Martin est dissidente en partie et la juge Karakatsanis est dissidente.

Jennifer A. MacLellan, c.r., et Kenneth W. F. Fiske, c.r., pour l’appelante.

Peter Planetta, pour l’intimé.

Version française du jugement des juges Moldaver, Gascon et Rowe rendu par

1. Le juge Moldaver — J’ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Martin. Dans ses motifs, ma collègue dresse un portrait rigoureux et exhaustif des faits, et je ne vois pas la nécessité de dupliquer son travail ici.
2. De plus, je conviens avec la juge Martin, pour les motifs qu’elle a exposés, que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient admissibles comme preuve circonstancielle tant sur la question du lien de causalité que sur celle de l’élément moral requis pour un meurtre au deuxième degré. Par conséquent, je suis également d’accord avec ma collègue pour dire qu’il n’est pas nécessaire d’aborder la question du verdict imposé.
3. De l’avis de ma collègue, il était essentiel que le juge du procès donne une directive restrictive contre le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale — à savoir le raisonnement suivant lequel, parce qu’il était un individu de mauvaise moralité qui s’était comporté de façon moralement odieuse et déshonorante, M. Calnen était davantage susceptible d’avoir commis le crime qui lui était reproché. Selon elle, le défaut du juge du procès de donner une telle directive restrictive rend suspect le verdict de meurtre au deuxième degré prononcé par le jury et commande la tenue d’un nouveau procès.
4. D’entrée de jeu, j’estime qu’il convient de qualifier la présumée erreur pour laquelle ma collègue ordonnerait la tenue d’un nouveau procès de présumée erreur de droit pour l’application du sous‑al. 686(1)a)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, et non de verdict déraisonnable pour l’application du sous‑al. 686(1)a)(i). Cette distinction est importante du point de vue de la Couronne parce que, le cas échéant, si l’erreur tombe sous le coup du sous‑al. 686(1)a)(ii), la Couronne pourrait se prévaloir de la disposition réparatrice édictée au sous‑al. 686(1)b)(iii), alors qu’elle ne pourrait le faire s’il s’agissait véritablement d’un verdict déraisonnable visé au sous‑al. 686(1)a)(i). Je tiens toutefois à préciser qu’il ne s’agit pas d’un cas où la Couronne devait s’appuyer sur la disposition réparatrice parce que, comme je vais l’expliquer, il n’y avait pas d’erreur de droit qui nécessitait le recours à cette disposition.
5. Soit dit en tout respect, je ne puis souscrire à l’opinion de ma collègue quant à la question de savoir si le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. À mon avis, même si le juge du procès pouvait donner une telle directive, son défaut de le faire ne constitue pas une erreur justifiant l’infirmation de sa décision. En clair, il n’est pas question ici d’une absence de directives équivalant à des directives erronées.
6. En examinant l’exposé du juge du procès au jury de façon juste et globale tout en tenant compte du contexte, je suis convaincu que les jurés étaient bien outillés pour trancher l’affaire même s’ils n’avaient pas reçu une directive restrictive les mettant en garde contre un raisonnement fondé sur la propension générale. Et je ne suis pas le seul à le penser. Au procès, l’avocat de la défense, un juriste expérimenté, semblait être du même avis. S’il en avait été autrement, je me serais attendu à ce qu’il réclame le genre de directive restrictive qui, selon ma collègue, était à la fois évidente et essentielle, et à ce qu’il s’oppose énergiquement si le juge du procès n’avait pas accédé à sa demande. Et pourtant, comme nous le verrons, l’avocat de la défense n’a ni demandé une directive ni manifesté son opposition, même s’il était très conscient, comme le souligne ma collègue, des éléments de preuve émotifs et déshonorants sur lesquels, à son avis, le jury s’était « fort vraisemblablement » appuyé pour rendre un verdict de meurtre au deuxième degré, lequel était irrémédiablement entaché d’un préjudice moral et d’un préjudice par raisonnement : motifs de la juge Martin, par. 191.
7. En toute déférence, pour les motifs qui suivent, je ne partage pas les préoccupations exprimées par ma collègue. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen.
8. Norme de contrôle
9. Lorsqu’elle examine l’exposé qui a été donné au jury, la juridiction d’appel entreprend une démarche fonctionnelle et se demande si, globalement, l’exposé permettait au juge des faits de trancher l’affaire selon la loi et la preuve : *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 49; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32. Ainsi que le juge Bastarache l’a écrit dans l’arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 30 :

La règle cardinale veut que ce qui importe soit le message général que les termes utilisés ont transmis au jury, selon toutes probabilités, et non de savoir si le juge a employé une formule particulière. Le choix des mots et l’ordre des différents éléments relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge et dépendront des circonstances.

1. En résumé, le test applicable consiste à se demander si le jury a reçu, non pas des directives parfaites, mais des directives appropriées : *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 62. En fin de compte, la question essentielle est celle de savoir si le jury était convenablement outillé pour trancher l’affaire même s’il n’a pas reçu une directive restrictive le mettant en garde contre un raisonnement fondé sur la propension générale.
2. Analyse
3. Je souscris à l’énoncé que ma collègue fait des principes de droit régissant l’admissibilité des éléments de preuve de conduite déshonorante et du risque que ceux‑ci causent un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. En toute déférence, pour les motifs exposés plus loin, je ne suis toutefois pas d’accord avec l’application qu’elle fait de ces principes aux faits de la présente affaire.
4. Chaque cas présumé d’absence de directives équivalant à des directives erronées doit être examiné en contexte, en fonction des faits et des circonstances qui lui sont propres. Au procès, la Couronne a présenté des éléments de preuve pertinents et admissibles relatifs à la conduite déshonorante de M. Calnen qui portaient sur des faits extrinsèques à l’infraction reprochée à ce dernier. Ces éléments de preuve peuvent être répartis chronologiquement en deux grandes catégories.
5. En premier lieu, la Couronne a présenté des éléments de preuve de conduite déshonorante portant sur la période *antérieure* au décès de Mme Jordan. Suivant la preuve, M. Calnen consommait régulièrement du crack. De plus, il aurait apparemment entretenu une relation ouverte et sexuellement audacieuse avec Mme Jordan, dans le cadre de laquelle il incitait cette dernière à se prostituer dans son sous‑sol. De plus, Mme Jordan a envoyé un texto à un ami, M. Weeks, lui disant que M. Calnen l’avait [traduction] « pognée ».
6. En second lieu, la Couronne a présenté des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante de M. Calnen *après* le décès de Mme Jordan, dont certains éléments de preuve selon lesquels il avait déplacé puis brûlé le cadavre de Mme Jordan alors qu’il était sous l’emprise du crack et avait pris d’autres mesures pour tenter de camoufler son décès, notamment en mentant à la police au sujet de sa disparition.
7. Monsieur Calnen a contesté l’admissibilité d’une grande partie de cette preuve au procès et, de nouveau, en appel. L’avocat de la défense a soutenu que la déclaration que M. Calnen avait faite à la police ainsi que sa reconstitution des faits — au cours de laquelle il avait admis avoir brûlé le cadavre de Mme Jordan dans un accès de panique provoqué par la drogue et avait reconnu avoir menti à diverses personnes, dont la police — étaient involontaires et n’avaient aucune valeur probante. La défense a fait valoir que l’échange de messages textes entre Mme Jordan et M. Weeks constituait du ouï‑dire inadmissible et que cette preuve était peu fiable et ne pouvait servir à prouver le mobile. Malgré ces arguments, le juge du procès et la Cour d’appel ont déclaré admissible la majorité des éléments de preuve contestés. En outre, pour les motifs énoncés par ma collègue, je suis convaincu que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient admissibles comme preuve circonstancielle tant pour la question du lien de causalité que celle de l’élément moral du meurtre au deuxième degré.
8. Toutefois, une question demeure : les éléments de preuve pertinents et admissibles se rapportant à la conduite déshonorante comportaient‑ils un risque si élevé de raisonnement fondé sur la propension que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le raisonnement fondé sur la propension générale et que le défaut de donner une telle directive constituait une erreur justifiant l’infirmation de sa décision? Ma réponse à cette question se décline en deux parties.
9. Premièrement, le risque que le jury tienne un raisonnement fondé sur la propension générale en s’appuyant sur les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen était considérablement atténué par les directives préliminaires et les directives finales données par le juge du procès au jury, lesquelles étaient neutres, justes et équilibrées.
10. Deuxièmement, l’avocat de la défense, qui était expérimenté et bien conscient du risque d’un raisonnement fondé sur la propension, n’a pas soulevé cette question — et il a encore moins demandé une directive restrictive — lorsqu’il a été appelé à examiner la version finale du projet de directives à présenter au jury lors de la conférence préalable à l’exposé. En bref, il a entériné l’exposé du juge du procès tout en sachant pertinemment qu’il ne contenait pas le genre de directive restrictive qui, selon ma collègue, était à la fois évidente, essentielle et, qui plus est, nécessaire pour que M. Calnen soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.
11. Dans ces conditions, j’estime qu’on peut à juste titre se poser les questions suivantes : pourquoi l’avocat de la défense n’a‑t‑il pas soulevé la question du raisonnement fondé sur la propension générale devant le juge du procès et pourquoi n’a‑t‑il pas demandé que soit donnée une directive restrictive comme celle qui, selon ma collègue, était essentielle? Comme je l’explique plus loin, selon toute vraisemblance, c’est parce que l’avocat de la défense a consciemment et délibérément décidé, pour des raisons d’ordre stratégique, d’organiser les éléments de preuve de conduite déshonorante dans le but de renforcer la véracité de la déclaration extrajudiciaire et de la reconstitution des faits produites par M. Calnen et sur lesquelles sa défense reposait. Dans de telles circonstances, même s’il était loisible au juge du procès de donner une directive restrictive contre le recours au raisonnement interdit fondé sur la propension, une telle directive aurait pu ébranler la crédibilité de M. Calnen et nuire à sa défense.
12. Je vais examiner à tour de rôle chacun de ces aspects.
13. Directives neutres, justes et équilibrées sur le comportement après le fait
14. Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que les directives préliminaires que le juge du procès a données quant à l’importance du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen à l’accusation d’indécence envers les restes de Mme Jordan, ainsi que ses directives finales sur le comportement après le fait de M. Calnen, étaient neutres, justes et équilibrées. Prises globalement, les directives prémunissaient suffisamment le jury contre les risques de préjudice moral et de préjudice par raisonnement que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient susceptibles d’engendrer.

(1) Les directives préliminaires et une question du jury

1. À l’ouverture du procès, M. Calnen a reconnu sa culpabilité relativement à l’accusation d’avoir commis des actes d’indécence envers les restes de Mme Jordan en brûlant son cadavre. Dans ses directives préliminaires, le juge du procès a fait observer qu’on ne pouvait permettre que le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen quant à l’accusation d’indécence envers les restes de Mme Jordan vienne affaiblir sa présomption d’innocence, en soulignant que [traduction] « M. Calnen repart à zéro dans ce procès » et que « [c]’est au procureur de la Couronne qu’il incombe d’établir la culpabilité de M. Calnen hors de tout doute raisonnable et non à ce dernier de prouver son innocence » : d.a., vol. III, p. 683.
2. Le deuxième jour du procès, dans une note qu’ils lui ont adressée, les jurés ont demandé au juge du procès s’ils pouvaient tenir compte du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen [traduction] « soit lors de leurs discussions quotidiennes, soit pour rendre leur verdict final » : d.a., vol. III, p. 936. Le juge du procès a invité les jurés « à faire abstraction [. . .] du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen », parce qu’ils devaient disposer de « toute la preuve » avant de rendre leur décision à l’issue du procès : d.a., vol. III, p. 947‑948. La Couronne et la défense se sont dites d’accord avec la réponse du juge du procès.
3. En agissant ainsi, le juge du procès a protégé le jury contre tout raisonnement selon lequel le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen à l’égard l’accusation d’indécence envers les restes de Mme Jordan signifiait qu’il était davantage probable que ce dernier ait commis un meurtre au deuxième degré. Cette caractéristique du dossier milite contre la conclusion portant que les directives étaient insuffisantes, laquelle conclusion est renforcée au regard des directives finales du juge du procès, que je vais maintenant analyser.

(2) Les directives finales

1. Ma collègue fait observer que de nombreuses autres inférences rationnelles pouvaient être tirées de la preuve circonstancielle dans la présente affaire et qu’on a donc demandé au jury « de se livrer à un raisonnement inférentiel », augmentant ainsi le risque qu’ils tirent une inférence interdite en se livrant à un exercice tout aussi interdit de raisonnement fondé sur la propension : motifs de la juge Martin, par. 167‑174. D’ailleurs, elle va jusqu’à affirmer que c’est « fort vraisemblablement » ce qu’a fait le jury pour rendre son verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré, ce qui a entaché de façon irrémédiable le résultat : par. 191. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Une lecture équitable de l’ensemble des directives finales permet de constater que le juge du procès a bien outillé le jury pour qu’il tire des inférences raisonnables de la preuve circonstancielle sans recourir à un raisonnement spécieux ou à des hypothèses.
2. Le dossier révèle que le juge du procès était conscient de l’« important risque d’erreur de la part du jury » associé à la preuve relative au comportement après le fait et du fait que les jurés pouvaient être tentés de « conclu[re] trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l’infraction, que l’accusé est coupable » sans tenir dûment compte des autres explications : *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 23, citant *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 57. Les directives restrictives détaillées données par le juge du procès au sujet des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait et sa mise en garde quant à des inférences spéculatives fondées sur de la preuve circonstancielle sont des facteurs importants à prendre en compte lorsqu’on évalue le risque que le jury se livre à un raisonnement fondé sur la propension générale.
3. À plusieurs reprises dans ses directives, le juge du procès a mis les jurés en garde contre le risque d’un raisonnement fondé sur la propension générale. Comme je l’expliquerai en détail plus loin, le juge leur a notamment donné des directives sur les risques que comportait la preuve circonstancielle relative au comportement après le fait, sur la façon d’évaluer la preuve circonstancielle en fonction de la norme de preuve applicable en matière criminelle, sur la façon de tirer des inférences raisonnables dans une affaire fondée sur de la preuve circonstancielle, sur la thèse des parties et les inférences recherchées, ainsi que sur les principes énoncés par notre Cour dans l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.
4. Le juge du procès a expliqué aux jurés qu’ils devaient mettre les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, en particulier le fait que M. Calnen avait brûlé le cadavre de Mme Jordan, [traduction] « quelque peu en suspens jusqu’à l’étape finale consistant à rassembler tous les éléments de preuve pour vérifier s’ils établissent la culpabilité hors de tout doute raisonnable » : d.a., vol. I, p. 134 et 163‑164. Le juge a invité à plusieurs reprises les jurés à « garder l’esprit ouvert » (d.a., vol. I, p. 72, 76 et 173), à utiliser la raison, la logique, le bon sens et l’expérience, et à rendre leur verdict sans « sympathie, préjugé ou crainte » : d.a., vol. I, p. 67.
5. Le juge du procès a également expliqué la différence entre une preuve directe et une preuve circonstancielle. Il a expliqué aux jurés qu’avant de tirer une inférence sur l’état d’esprit de M. Calnen en se fondant sur une preuve circonstancielle [traduction] « vous devez examiner l’ensemble de la preuve et, si après avoir examiné tous les éléments de preuve, vous êtes convaincus que cette inférence peut légitimement être tirée, ce n’est qu’alors que vous pouvez tirer cette inférence » : d.a., vol. I, p. 140. Il a ajouté que « pour pouvoir déclarer Paul Trevor Calnen coupable sur le fondement de la preuve circonstancielle produite, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que sa culpabilité est la seule conclusion ou inférence rationnelle que l’ensemble de la preuve permet de tirer » : d.a., vol. I, p. 83. Ainsi, le juge du procès a correctement expliqué au jury que la preuve « hors de tout doute raisonnable » signifiait qu’ils ne pouvaient déclarer l’accusé coupable en s’appuyant sur une preuve circonstancielle que s’ils étaient convaincus qu’aucune inférence rationnelle n’était incompatible avec sa culpabilité.
6. À cette fin, on a répété à maintes reprises aux jurés de tenir compte des explications disculpatoires susceptibles de justifier le comportement après le fait de M. Calnen, et le juge du procès a fourni des exemples détaillés à prendre en compte. Il a évoqué les diverses inférences concurrentes que le comportement après le fait de M. Calnen permettait de tirer et il a mis ces éléments de preuve dans le contexte de la thèse des parties. Il a également précisé que le comportement après le fait n’était qu’une preuve circonstancielle — c’est‑à‑dire une preuve susceptible de donner lieu à diverses inférences raisonnables à la lumière de l’ensemble de la preuve — qui pouvait ou non être utile aux jurés. En outre — et cet aspect est crucial —, il a mis les jurés en garde contre le fait que les éléments de preuve concernant le fait que M. Calnen avait brûlé le cadavre de Mme Jordan ne pouvaient, à eux seuls, satisfaire à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable; il ne s’agissait que d’un élément de preuve circonstancielle dont ils devaient tenir compte parmi l’ensemble de la preuve.
7. De plus, en raison de la déclaration disculpatoire que M. Calnen avait faite à la police et de sa reconstitution enregistrée sur bande vidéo de la chute de Mme Jordan dans l’escalier, le juge du procès a, dans son exposé au jury, rappelé les principes énoncés dans l’arrêt *W. (D.)* non pas à une, mais bien à deux reprises.
8. Dans ce contexte, je n’ai aucune difficulté à conclure que le jury comprenait bien les questions de droit en litige en l’espèce, le rapport entre ces questions et la preuve, de même que les diverses inférences concurrentes que la preuve leur permettait de tirer. Le jury aurait examiné les diverses explications concurrentes du comportement après le fait de M. Calnen et aurait tiré des inférences raisonnables de l’ensemble de la preuve.
9. Bien que ma collègue souligne que le juge du procès a exprimé son intention d’aborder la question du préjudice associé au comportement après le fait de M. Calnen dans son exposé au jury, l’analyse qui précède révèle que c’est effectivement ce qu’il a fait : voir les motifs de la juge Martin, par. 201‑203. Qui plus est, il a manifestement abordé cette question d’une manière jugée satisfaisante par l’avocat de la défense, qui ne s’y est pas opposé. Comme je l’explique plus loin, ce défaut de s’opposer s’inscrivait selon toute vraisemblance dans le cadre d’une stratégie de la défense visant à utiliser la conduite déshonorante de M. Calnen à son propre avantage tout en évitant une directive sur la crédibilité de M. Calnen qui était susceptible de lui nuire. Je vais maintenant me pencher sur ces deux facteurs, à savoir le défaut de s’opposer et la stratégie de la défense. Chacun a joué un rôle déterminant dans ma conclusion qu’une directive restrictive contre le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale n’était pas nécessaire en l’espèce.
10. Examen de l’exposé au jury et le fait de ne pas s’y opposer au motif qu’une directive restrictive était nécessaire
11. Comme ma collègue le fait remarquer, les parties étaient conscientes de la question du raisonnement fondé sur la propension générale au procès. D’ailleurs, l’avocat de la défense a soulevé cette question à trois reprises en demandant l’exclusion de divers éléments de preuve. Et pourtant, lorsque l’occasion lui a été offerte d’examiner l’exposé lors de la conférence préalable à l’exposé, il a choisi de ne pas soulever la question du raisonnement fondé sur la propension générale et, a fortiori, il n’a pas demandé une directive restrictive à ce sujet.
12. L’avocat de la défense a soulevé pour la première fois la question du préjudice moral au cours d’un voir‑direqui portait sur l’admissibilité de la déclaration faite par M. Calnen à la police et de sa reconstitution du crime. La défense soutenait que le comportement après le fait de M. Calnen [traduction] « le présent[e] sous un jour peu flatteur » : d.a., vol. III, p. 704. Dans les motifs qu’il a énoncés pour justifier sa décision d’admettre certaines parties de la déclaration de M. Calnen et l’intégralité de la reconstitution, le juge du procès a fait observer qu’il solliciterait l’avis des avocats lors de la conférence préalable à l’exposé afin de pouvoir rédiger des directives finales appropriées quant à la bonne façon d’utiliser le comportement après le fait.
13. La question a été soulevée une deuxième fois lors de l’interrogatoire direct de M. Weeks par la Couronne, lorsque la défense s’est opposée au témoignage prévu suivant lequel M. Calnen avait expulsé de force une femme de chez lui. Le juge du procès a convenu que le témoignage proposé n’était pas admissible en raison du risque de raisonnement fondé sur la propension, et le jury ne l’a pas entendu.
14. Le sujet a refait surface une troisième fois lorsque la défense a fait valoir que le message texte dans lequel Mme Jordan racontait à M. Weeks que M. Calnen l’avait [traduction] « pognée » était inadmissible puisqu’il comportait un risque de raisonnement fondé sur la propension. La Couronne soutenait que cet élément de preuve était admissible pour démontrer l’animosité ainsi que l’état d’esprit de Mme Jordan. Le juge du procès a admis tous les messages texte de Mme Jordan et a donné, au cours du procès, une directive sur le ouï‑dire qui a été approuvée par la Couronne et par la défense. Dans cette directive, le juge du procès a rappelé au jury d’examiner attentivement les messages textes et de se demander si M. Weeks avait pu se méprendre quant à leur signification.
15. Dans ce contexte, le fait que l’avocat de la défense n’a pas soulevé la question du risque d’un raisonnement fondé sur la propension générale lors de la conférence préalable à l’exposé ne saurait être attribué au fait qu’il ait simplement pu oublier de le faire. Au contraire, cette question était bien présente dans son esprit, comme le démontre le fait qu’elle a été soulevée à trois reprises. L’avocat était la personne la mieux placée pour décider, eu égard à la réalité concrète de l’affaire en cause, si une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale était souhaitable. Or, il n’a pas demandé au juge de donner une telle directive et il n’a formulé qu’une seule objection à l’exposé final, soit que le comportement après le fait de M. Calnen ne permettait pas d’établir l’élément moral du meurtre au deuxième degré.
16. À mon humble avis, le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer à l’absence de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale comme celle qui, selon ma collègue, est essentielle, nous éclaire non seulement sur [traduction] « le caractère satisfaisant dans l’ensemble des directives au jury sur cette question », mais également « sur la gravité d’omissions éventuelles, aux yeux de l’avocat de la défense ». Ce défaut peut également être interprété comme une indication que, selon l’avocat de la défense, une telle directive n’était pas dans l’intérêt de son client : *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1, par. 86, cité et approuvé par le juge Rothstein dans l’arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 66; voir également *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, par. 98‑99, le juge Cromwell (plus tard juge de notre Cour). Comme le juge Bastarache l’a expliqué dans l’arrêt *Daley*, par. 58 :

. . . on attend des avocats qu’ils assistent le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu’ils estiment problématiques. Bien qu’elle ne soit pas déterminante, l’omission d’un avocat de formuler une objection est prise en compte en appel. L’absence de plainte contre l’aspect de l’exposé invoqué plus tard comme moyen d’appel peut être significative quant à la gravité de l’irrégularité reprochée. Voir *Jacquard*, par. 38 : « À mon avis, l’omission de l’avocat de la défense de s’opposer à l’exposé est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée. »

(Voir également l’arrêt *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, p. 343‑344, dans lequel le juge Dickson (plus tard juge en chef) écrivait : « Bien que ce ne soit pas concluant, il n’est pas sans importance de remarquer que l’avocat de l’accusé n’a fait aucun commentaire, à la fin de l’exposé, sur l’omission du juge du procès d’attirer l’attention du jury sur les témoignages . . . »)

1. De même, dans l’arrêt *R. c. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, par. 96, autorisation d’appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi, le juge Doherty a souligné que le fait pour les avocats d’avoir examiné et approuvé l’exposé au jury est un facteur important à prendre en compte pour juger si le jury a reçu les directives appropriées :

[traduction] L’obligation qu’ont les avocats d’aider le tribunal à s’acquitter de son devoir de donner des directives appropriées au jury dont le juge Fish parle dans l’arrêt *R. c. Khela*, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 49, 238 C.C.C. (3d) 489, tire encore plus à conséquence lorsque l’avocat a reçu une copie intégrale des directives proposées, qu’il a eu amplement l’occasion de les examiner et qu’il a pu s’entretenir longuement à ce sujet avec le juge du procès avant le procès. Dans ces conditions, la position que l’avocat a adoptée au procès revêt une grande importance lorsque vient le temps d’évaluer des critiques, formulées pour la première fois en appel, quant au fait que des éléments essentiels pour la défense n’ont pas été adéquatement abordés par la juge du procès dans ses directives. [Je souligne.]

1. Enfin, au par. 89 de l’arrêt *R. c. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382, où l’on reprochait au juge du procès de ne pas avoir suffisamment passé en revue la preuve à l’intention des jurés, le juge Strathy a souligné que le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer à l’exposé était un facteur à considérer pour décider du caractère suffisant de l’exposé, ajoutant qu’[traduction] « il se peut que l’avocat ait décidé, pour des raisons d’ordre stratégique, de ne pas demander d’autres directives par crainte que cette demande n’incite le juge à revenir sur des éléments de preuve susceptibles de nuire à son client ».
2. Sur la foi de ces principes, dans les conditions de l’espèce, le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer, au motif que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, peut raisonnablement être interprété comme une indication que la défense estimait que l’exposé était satisfaisant et qu’une directive restrictive ne servirait pas l’intérêt de son client. En effet, le dossier en l’espèce appuie fortement la conclusion portant que, selon toute vraisemblance, le silence de l’avocat de la défense à ce propos n’était pas le fruit du hasard : il s’agissait plutôt d’une décision stratégique prise de propos délibéré.
3. Indices de l’existence d’une décision stratégique
4. Les éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante extrinsèque de M. Calnen étaient pertinents et admissibles. Si la défense avait réclamé une directive restrictive, celle‑ci aurait comporté trois éléments principaux : *R. c. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1, par. 53. Premièrement, elle aurait énoncé les éléments de preuve de conduite déshonorante extrinsèque. Deuxièmement, elle aurait expliqué en quoi consistait l’utilisation *interdite* de ces éléments de preuve, en l’occurrence, le fait de tirer une inférence à partir d’un raisonnement fondé sur la propension générale. Troisièmement — et cela est important —, elle aurait également précisé les utilisations *permises* de ces éléments de preuve, ce qui, en l’espèce, aurait englobé la possibilité d’évaluer la crédibilité de M. Calnen et, par extension, de décider si l’on pouvait ajouter foi à sa déclaration faite à la police ainsi qu’à sa reconstitution des faits.
5. Comme je vais l’expliquer plus en détail, compte tenu de la thèse de chacune des parties et de leur utilisation respective de la preuve, toute directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait fort bien pu jouer contre M. Calnen. Cette considération milite fortement contre la conclusion que l’exposé au jury était insuffisant.
   * + 1. Thèse des parties
6. Il est essentiel de bien comprendre la thèse de la défense et celle de la Couronne pour juger si la défense a vraisemblablement pris la décision stratégique de ne pas réclamer de directive restrictive. Lorsque, comme en l’espèce, il s’agit de savoir si le juge du procès a commis une erreur justifiant l’infirmation de sa décision en ne donnant pas de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, il y a deux principes qui jouent un rôle essentiel. Tout d’abord, la Couronne n’est pas habilitée à « alléger la charge qui lui incombe » en stigmatisant l’accusé : *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2. R.C.S. 908, par. 72. Par conséquent, le fait pour la Couronne d’invoquer le raisonnement fondé sur la propension générale constituerait un facteur important en appel : voir, p. ex., *R. c. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74, par. 85. En second lieu, le tribunal devrait vérifier si l’accusé a cherché à tirer profit des éléments de preuve concernant sa conduite déshonorante en l’intégrant manifestement à sa thèse : voir, p. ex., *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278, par. 27.
   1. Thèse de la Couronne
7. La thèse de la Couronne est la suivante. Monsieur Calnen et Mme Jordan entretenaient une relation sérieuse qui a pris fin de façon abrupte et violente lorsque Mme Jordan a annoncé à M. Calnen qu’elle le quittait finalement et qu’elle a tenté de lui dérober des objets de valeur. Dans un accès de colère, M. Calnen l’a tuée. Il a d’abord essayé de faire croire qu’elle avait simplement pris la fuite. La police a alors ouvert une enquête pour homicide, faisant ainsi monter les enjeux. Monsieur Calnen a alors pris la décision calculée de brûler le cadavre de Mme Jordan, détruisant ainsi la seule preuve susceptible d’établir la cause de son décès. La version des faits donnée par M. Calnen quant au décès accidentel de Mme Jordan à la suite de sa chute dans l’escalier n’était pas crédible, selon la Couronne. Monsieur Calnen a menti à la police, de même qu’aux amis et à la famille de Mme Jordan à la suite de la disparition de cette dernière, prétendant qu’il ignorait où elle se trouvait. Il a tenté d’étayer sa version des faits en envoyant un message texte trompeur à M. Weeks à partir du téléphone cellulaire de Mme Jordan. Il a également minimisé l’importance de sa relation avec Mme Jordan.

b) Thèse de la défense

1. La thèse de la défense est que le récit de M. Calnen quant à la chute accidentelle de Mme Jordan dans l’escalier est digne de foi. La défense d’accident invoquée par M. Calnen dépend de la véracité de sa déclaration à la police et de sa reconstitution des faits enregistrée sur bande vidéo. La défense a mis en lumière de la preuve matérielle tendant à corroborer la version des faits de M. Calnen, notamment les mesures qu’il a prises pour brûler le cadavre de Mme Jordan. La question cruciale sur laquelle le jury devait s’attarder était celle de savoir ce qui avait motivé M. Calnen à agir ainsi.
2. Selon la défense, M. Calnen entretenait une relation ouverte avec Mme Jordan. Il n’était ni jaloux ni possessif. Madame Jordan était en colère, elle s’était montrée violente verbalement et avait manifesté de l’animosité envers lui. En revanche, M. Calnen était davantage triste que furieux d’apprendre qu’elle voulait le quitter. Elle l’a pourchassé dans la maison, a lancé une bouteille de boisson gazeuse dans sa direction, puis a essayé de le frapper et, dans son élan, elle a perdu l’équilibre et est tombée dans l’escalier. Sous l’effet du crack qu’il avait consommé, M. Calnen a dès le départ commis l’erreur de déplacer le corps, déclenchant ainsi une série d’événements au cours desquels il a pris des mesures de plus en plus désespérées pour camoufler le décès de Mme Jordan. Il a d’abord menti à la mère de Mme Jordan et aux autorités parce qu’il pensait que personne ne croirait à la thèse de l’accident. Chacune des mesures suivantes était alimentée par d’autres consommations de crack et par sa panique croissante devant ses tentatives infructueuses pour dissimuler puis détruire le corps de la victime.

(2) Utilisation de la preuve par les parties

1. Comme je l’ai déjà expliqué, la défense a essayé d’étayer la déclaration de M. Calnen à la police et sa reconstitution des faits en organisant les éléments de preuve de conduite déshonorante de façon à aider M. Calnen. La consommation de crack par ce dernier explique ses décisions irrationnelles de déplacer et, ensuite, de brûler le cadavre de Mme Jordan. Sa relation ouverte et sexuellement audacieuse avec Mme Jordan démontrait qu’il n’était ni possessif ni jaloux en dépit de la décision de Mme Jordan de le quitter. La preuve matérielle tendant à démontrer qu’il avait brûlé le cadavre de Mme Jordan corrobore les explications qu’il a données à la police dans sa déclaration et sa reconstitution des faits.
2. La Couronne a, pour sa part, insisté sur la pertinence limitée des tentatives faites par M. Calnen pour brûler le cadavre de Mme Jordan et sur les éléments de preuve circonstancielle indiquant une rupture tumultueuse.
   1. Cadavre de Mme Jordan brûlé par M. Calnen
3. Rien dans le dossier ne laisse entendre que la défense a présenté de demande pour dissocier l’accusation d’indécence envers des restes humains de l’acte d’accusation afin de faciliter le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen. Il semblerait donc que la défense ait décidé, pour des raisons stratégiques, que les jurés *devaient* être mis au courant que M. Calnen assumait la responsabilité d’avoir brûlé le cadavre de Mme Jordan.
4. La défense d’accident de M. Calnen dépendait de la véracité de sa déclaration disculpatoire. La défense a fait valoir que la volonté de M. Calnen d’assumer la responsabilité de ses actes ajoutait à la crédibilité de cette déclaration. La défense savait que la thèse de la Couronne reposait essentiellement sur le fait que M. Calnen avait brûlé le cadavre de Mme Jordan, et sur des éléments de preuve tendant à démontrer son animosité envers elle. La défense a méthodiquement mis en évidence les éléments de preuve matérielle, y compris les mesures prises par M. Calnen pour brûler le cadavre de Mme Jordan, afin de corroborer sa version des faits.
5. Pour sa part, la Couronne n’a pas invité le jury à se livrer à un raisonnement fondé sur la propension en s’appuyant sur le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen. Au contraire, le procureur de la Couronne a exhorté le jury à faire abstraction du plaidoyer de culpabilité et à ne pas en tenir compte relativement à l’accusation de meurtre, soulignant qu’[traduction] « il est important que vous ne vous serviez pas du fait qu’il a plaidé coupable à un chef d’accusation pour l’appliquer à la présente [accusation de meurtre]. Il demeure innocent de cette accusation tant que nous n’avons pas complètement prouvé qu’il en est coupable » : d.a., vol. III, p. 2191.
6. La série d’inférences que la Couronne a exhorté le jury à tirer est simple : M. Calnen a pris une série de risques extrêmes et calculés pour éliminer toute preuve permettant de savoir comment Mme Jordan était décédée et il a agi de la sorte parce que la cause du décès aurait révélé qu’il l’avait assassinée.

b) Consommation de crack

1. La thèse de la Couronne repose sur l’idée que M. Calnen a agi de façon calculée et rationnelle, soupesant froidement les risques de chacune de ses tentatives de dissimulation et de destruction des éléments de preuve. La Couronne a minimisé la consommation de drogues de M. Calnen, invoquant l’observation de M. Weeks selon laquelle M. Calnen gérait bien les effets du crack.
2. En revanche, la défense a tenté de dépeindre M. Calnen comme un grand consommateur de crack incapable de prendre des décisions rationnelles.
3. En somme, la défense a cherché à amplifier sa consommation de drogues, alors que la Couronne a affirmé qu’elle était sans importance.

c) Relation ouverte et travail sexuel de Mme Jordan

1. La Couronne a tenté de prouver que M. Calnen était très attaché à Mme Jordan et qu’il ne pouvait supporter l’idée qu’elle le quitte. La Couronne a fait valoir que la déclaration que M. Calnen avait faite à la police suivant laquelle lui et Mme Jordan n’entretenaient pas vraiment une relation — [traduction] « le sexe est bon » et « ce n’est qu’une prostituée » — était une tentative peu sincère de prendre ses distances par rapport à sa disparition : d.a., vol. III, p. 2220.
2. En revanche, selon la défense, M. Calnen et Mme Jordan avaient une relation ouverte et sexuellement audacieuse incompatible avec tout sentiment de possessivité, de jalousie ou d’animosité. La défense a insisté sur le caractère non conventionnel de leur relation, tandis que la Couronne a minimisé ces éléments de preuve.

d) Message texte de Mme Jordan : « il m’a pognée »

1. Comme je l’ai déjà expliqué, Mme Jordan a envoyé à M. Weeks un message texte dans lequel elle lui racontait que M. Calnen l’avait [traduction] « pognée ». Toutefois, nul n’a donné à penser, pendant le procès, qu’elle avait révélé quelque acte de violence que ce soit à sa mère ou d’autres amis. Au contraire, sa mère tenait M. Calnen en haute estime, le percevant comme [traduction] « un homme stable », qui avait « une bonne influence » : d.a., vol. III, p. 1327. Monsieur Calnen et Mme Jordan passaient souvent la nuit chez les parents de cette dernière. Le juge du procès a, tant au cours du procès que dans ses directives finales, donné des directives restrictives dans lesquelles il invitait les jurés à se demander si M. Weeks avait mal interprété les messages textes de Mme Jordan, lesquels constituaient du ouï‑dire.
2. Dans sa plaidoirie finale, la Couronne n’a fait aucune allusion au message texte dans lequel Mme Jordan racontait que M. Calnen l’avait [traduction] « pognée » et n’a pas présenté d’argument fondé sur la propension. La défense a soutenu que Mme Jordan avait manipulé les émotions de M. Weeks avec ce message texte pour qu’il l’aide à dérober des biens à M. Calnen et à déménager de son sous‑sol. Ce point était très important dans le contre‑interrogatoire de M. Weeks. Selon M. Weeks, lors de ses visites à leur domicile, il n’avait jamais été témoin de scènes de violence ou de jalousie entre M. Calnen et Mme Jordan.

(3) Considérations stratégiques

1. Compte tenu de l’utilisation de la preuve par les parties, il y a deux considérations qui ont joué dans le pari que semble avoir pris la défense.
2. Premièrement, la défense a utilisé la preuve de conduite déshonorante — la consommation de crack par M. Calnen, la nature de sa relation ouverte avec Mme Jordan et les éléments de preuve matérielle corroborant le fait qu’il avait brûlé le cadavre de Mme Jordan — pour renforcer la véracité de sa déclaration disculpatoire et de sa reconstitution : voir, p. ex., *Smith*, par. 27‑29.
3. Deuxièmement, la défense aurait su qu’une directive restrictive interdisant le raisonnement fondé sur la propension générale risquait de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de M. Calnen sur sa crédibilité. Il était loisible à l’avocat de la défense, dans le cadre des décisions stratégiques qu’il pouvait prendre, de tenter d’éviter que le juge donne une telle directive, afin de renforcer la version des faits de M. Calnen. L’absence de la directive restrictive proposée signifiait, en fait, que l’exposé n’indiquait aucunement au jury que la conduite déshonorante de M. Calnen pouvait être utilisée pour miner sa crédibilité et, par extension, pour attaquer la véracité de sa déclaration disculpatoire et de sa reconstitution des faits, et ce, malgré le fait, comme je vais l’expliquer, qu’il aurait été loisible au jury d’utiliser à ces fins les éléments de preuve en question.
4. Comme les juges majoritaires de la Cour d’appel l’ont souligné, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient admissibles quant à la question de sa crédibilité. Les éléments de preuve de la conduite déshonorante extrinsèque qui sont par ailleurs pertinents et admissibles relativement à une question en litige peuvent être utilisés pour évaluer la crédibilité générale de l’accusé. Dans l’arrêt *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 70, le juge Cory a dissipé tout doute quant à cette proposition sensée :

Il serait artificiel et inutilement compliqué d’exiger des membres d’un jury qu’ils compartimentent davantage leur pensée. Cela va de soi que la preuve de mauvaise moralité peut nuire à la crédibilité de l’accusé et que le jury peut l’utiliser comme facteur pour déterminer si l’accusé est susceptible de dire la vérité. Ce n’est pas la même chose que de supposer que l’accusé est coupable parce qu’il est une mauvaise personne ou peut avoir une propension à commettre le genre de crime qui lui est reproché.

(Voir également *R. c. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330, par. 70.[[1]](#footnote-1))

1. Ce principe général vaut aussi pour la conduite déshonorante après le fait : *Jaw*, par. 39. Si le juge du procès avait donné la directive restrictive que ma collègue qualifie d’essentielle, l’exposé au jury aurait nécessairement compris une directive qui aurait nui à la crédibilité de M. Calnen en raison de la preuve de sa conduite déshonorante, ce qui aurait pu ébranler le fondement de sa défense, qui dépendait de l’appréciation par le jury de la véracité de sa déclaration à la police et de sa reconstitution des faits enregistrée sur bande vidéo. À cet égard, même si ma collègue est d’avis qu’une telle directive aurait été discrétionnaire, je ne partage pas son opinion, parce que j’estime que le procureur de la Couronne aurait sans aucun doute insisté pour qu’une directive de la sorte soit donnée de manière à égaliser les chances de part et d’autre.
2. Dans le même ordre d’idées, ma collègue souligne que le procureur de la Couronne aurait pu demander en tout temps une telle directive sur la crédibilité et qu’il a manifestement décidé de ne pas le faire : voir motifs de la juge Martin, par. 209. Toutefois, même si le procureur de la Couronne a de toute évidence jugé juste et équilibré l’exposé du juge du procès, il n’en demeure pas moins que rien ne permet de présumer qu’il aurait eu la même opinion si l’exposé avait compris une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. Si une telle directive avait été incorporée à l’exposé, il va de soi que le procureur de la Couronne aurait insisté auprès du juge pour qu’il donne également une directive sur la crédibilité, qui aurait été indissociable de la directive restrictive relative au raisonnement fondé sur la propension générale. En l’absence de cette dernière directive, il n’est pas surprenant que la Couronne n’ait pas vu la nécessité d’insister auprès du juge pour qu’il donne la première.

(4) Conclusion sur les indices de l’existence d’une décision stratégique

1. Vu l’ensemble des circonstances de l’espèce, y compris le fait que l’avocat de la défense n’a pas demandé au juge du procès de donner une directive restrictive, et compte tenu de l’absence de toute suggestion que l’avocat de la défense était inefficace, et encore moins incompétent, le dossier appuie fortement la conclusion selon laquelle l’avocat de la défense a décidé, pour des raisons stratégiques, d’éviter de mettre en évidence les éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante de l’accusé, ce qui milite fortement contre la conclusion portant que l’exposé au jury était insuffisant : voir, p. ex., *R. c. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303, par. 37; *R. c. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, par. 57‑59, conf. pour d’autres motifs par 2013 CSC 12, [2013] 1 R.C.S. 565. De plus, il n’appartient pas à notre Cour de se prononcer sur le bien‑fondé de la décision stratégique de l’avocat de la défense, d’autant plus que M. Calnen ne prétend pas que l’avocat qui le représentait au procès ne l’a pas bien défendu : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 33‑35.

III. Résumé et conclusion

1. Comme je l’ai expliqué, M. Calnen n’a pas demandé, au procès, de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. Il a plutôt adopté la stratégie consistant à utiliser sa conduite déshonorante pour renforcer la crédibilité de sa déclaration et de sa reconstitution des faits, lesquelles constituaient le fondement de sa défense de mort accidentelle. Le fait que la défense a délibérément adopté comme stratégie d’utiliser à son propre avantage les éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante de M. Calnen est un facteur important qui distingue la présente espèce d’autres affaires où la preuve relative à la conduite déshonorante ne joue aucun rôle dans la thèse de la défense et n’est guère plus qu’un terreau fertile pour le préjudice moral et le préjudice par raisonnement au sujet desquels ma collègue a exprimé ses craintes. Compte tenu de la stratégie adoptée par la défense, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait risqué de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de M. Calnen sur la crédibilité de ce dernier, faisant ainsi voler en éclats sa défense, un risque que la défense a préféré ne pas courir.
2. Malgré le rejet de cette thèse par ma collègue, je ne vois, en toute déférence, aucune autre explication raisonnable au fait que l’avocat de la défense n’a pas réclamé le genre de directive restrictive qui, selon ma collègue, était à la fois évidente, essentielle et, qui plus est, nécessaire pour que M. Calnen soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.
3. Notre Cour a déclaré que le principe du caractère définitif des décisions est « essentie[l] à l’intégrité du processus en matière criminelle » : *G.D.B.*,par. 19, citant *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), p. 411, le juge Doherty; *R. c. St‑Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 130. Elle a également déclaré, comme ma collègue le souligne avec raison, que le critère de la diligence raisonnable concernant l’admission de nouveaux éléments de preuve en appel, qui vise à faire respecter ce principe du caractère définitif des décisions, « ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d’entraîner une erreur judiciaire » : *G.D.B*., par. 19. Mais dans le cas qui nous occupe, il n’y a, à mon humble avis, tout simplement aucune raison de conclure que l’application du principe du caractère définitif des décisions est susceptible d’entraîner une erreur judiciaire. Selon moi, la défense a pris une décision légitime d’ordre stratégique lors du procès et elle a perdu. En toute déférence, elle doit assumer les conséquences de sa décision. Monsieur Calnen a joui d’un procès équitable. Les directives au jury, que le procureur de la Couronne et l’avocat de la défense ont, de toute évidence, tous les deux jugées justes et équilibrées, ont fait en sorte que les jurés étaient bien outillés pour trancher l’affaire dont ils étaient saisis et, en particulier, qu’ils étaient adéquatement protégés contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension générale. Le fait que l’exposé aurait pu être plus complet n’est pas la question. Eu égard aux circonstances de l’espèce, j’estime que le principe du caractère définitif des décisions doit avoir préséance.
4. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi de la Couronne et de rétablir la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen.

Version française des motifs rendus par

1. La juge Martin (dissidente en partie) — Le présent pourvoi concerne les inférences que certains éléments de preuve relatifs au comportement après le fait permettent logiquement — et juridiquement — de tirer. Est‑il loisible au jury d’inférer que l’accusé avait l’intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré des mesures successives prises par ce dernier en vue de réduire un corps humain en cendres? À mon avis, vu les faits de l’espèce, la réponse à cette question est affirmative.
2. Les faits
3. Paul Trevor Calnen a été accusé de meurtre au deuxième degré et d’indécence envers des restes humains relativement au décès de sa compagne, Reita Louise Jordan. Il a subi son procès devant juge et jury. À l’ouverture du procès, il a plaidé coupable à l’accusation d’indécence. Le jury l’a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré.
4. Alors âgés respectivement de 50 et de 35 ans, M. Calnen et Mme Jordan étaient en couple depuis environ deux ans et vivaient ensemble dans la maison de M. Calnen à Hammonds Plains, en Nouvelle‑Écosse. On a signalé la disparition de Mme Jordan le 28 mars 2013. Après avoir été contactée par la mère et la sœur de Mme Jordan, la police a ouvert une enquête concernant une personne disparue. Monsieur Calnen a été interrogé pour la première fois le 5 avril 2013; il a déclaré à la police avoir vu Mme Jordan pour la dernière fois lorsqu’il avait quitté leur domicile pour aller travailler le matin du 18 mars 2013.
5. Le temps passait et la police ne trouvait aucune trace de MmeJordan. L’enquête concernant la disparition de MmeJordan est donc devenue une enquête sur un homicide.
6. Soupçonnant M. Calnen de meurtre, la police l’a arrêté le 17 juin 2013. Vers la fin de son interrogatoire, le 18 juin, les policiers ont fait entrer la mère de Mme Jordan dans la pièce où se déroulait l’interrogatoire. Elle a pris M. Calnen dans ses bras et l’a supplié de lui donner des renseignements sur sa fille. Monsieur Calnen s’est mis à parler. Il a raconté de quelle manière Mme Jordan était morte, et a expliqué ce qu’il avait fait de son corps juste après son décès et dans les jours qui ont suivi. Sa déclaration à la police était entièrement disculpatoire en ce qui a trait à l’accusation de meurtre au deuxième degré : il prétendait que la mort de Mme Jordan était accidentelle et qu’il n’avait employé aucune force ayant mené ou contribué à la mort.
7. Relatant les circonstances entourant la mort de MmeJordan, M. Calnen a affirmé que cette dernière était décédée le 18 mars, en sa présence, dans la maison où ils vivaient ensemble. Il a expliqué que, lorsqu’il est rentré chez lui après le travail ce jour‑là, Mme Jordan avait fait ses valises et les avait déposées devant la porte d’entrée et qu’elle s’apprêtait à partir. Madame Jordan lui avait posé des questions sur ses contacts avec une autre femme et ils se sont disputés. Monsieur Calnen s’était rendu compte qu’elle lui avait pris son ordinateur portable et sa bague en or, et [traduction] « ça [l’avait] comme vraiment frustré » : d.a., vol. II, p. 695. Toutefois, il a par la suite affirmé ne pas avoir été au courant des divers messages textes que MmeJordan avait échangés avec un de ses amis, M. Wade Weeks, et dans lesquels ils avaient projeté de voler le véhicule de M. Calnen et d’autres biens.
8. Aux dires de M. Calnen, Mme Jordan avait exigé qu’il lui appelle un taxi et qu’il lui donne de l’argent. Elle était devenue physiquement agressive et avait menacé de saccager la maison. Elle avait donné des coups de pied dans des meubles et lui avait lancé une bouteille de boisson gazeuse qu’il a évitée.
9. Monsieur Calnen a raconté à la police qu’il s’était ensuite dirigé vers la porte d’entrée et que Mme Jordan l’avait suivi. Alors qu’elle tournait le dos à l’escalier, Mme Jordan avait essayé de lui assener un coup de poing. Il avait esquivé le coup et, dans son élan, elle était tombée dans l’escalier. Il avait tenté en vain de la réanimer. Selon lui, elle avait dû se heurter la tête, et il a affirmé ne pas avoir vu de sang s’écouler de la tête. De plus, le 18 juin, il a reconstitué pour les policiers la scène qui, selon ses dires, s’était déroulée dans le domicile.
10. Monsieur Calnen a dit avoir paniqué. Il avait consommé du crack en rentrant à la maison, et il en avait consommé de nouveau après le décès de MmeJordan. Il avait hissé le corps jusqu’en haut de l’escalier. Il a expliqué qu’il avait alors enveloppé le corps de MmeJordan dans une couverture et qu’il l’avait déposé avec ses effets personnels dans son camion. Il avait roulé pendant un certain temps, d’abord en ville, puis jusqu’à Peggy’s Cove, et il avait finalement caché le corps près d’un chemin forestier dans un bois situé près d’Ingramport. Il avait fouillé les sacs de MmeJordan pour s’assurer qu’ils ne contenaient rien d’autre lui appartenant. Ensuite, le jour même ou le lendemain, il avait brûlé les effets personnels de MmeJordan, y compris son téléphone portable, à environ mille pieds du corps, sur le même chemin forestier.
11. Le lendemain, après le travail, il était retourné dans le même bois près d’Ingramport. S’étant aperçu que le coude de Mme Jordan était visible depuis le chemin forestier, il avait traîné le corps plus loin dans le bois et l’avait recouvert de branches d’épinette. Il avait récupéré les objets métalliques qui n’avaient pas brûlé, comme ses boucles d’oreilles, son flacon de parfum et les pièces de son téléphone portable, et il les avait [traduction] « jetés n’importe où » un peu plus loin dans le bois : d.a., vol. II, p. 717.
12. Le 11 avril, la police a informé M. Calnen que l’enquête concernant une personne disparue était devenue une enquête sur un homicide. Monsieur Calnen a expliqué que, le 12 avril, il avait acheté de la drogue, avait récupéré la dépouille de MmeJordan sur le premier chemin forestier et l’avait transportée dans son camion jusqu’à un autre chemin forestier éloigné situé dans Pleasant Valley. Son camion s’était embourbé et il avait dû demander de l’assistance routière. Il avait alors emprunté un troisième chemin forestier où il avait ramassé des branches et des arbres, fait un grand feu et brûlé les restes de Mme Jordan. Au même moment, la police lui avait téléphoné pour lui demander une rencontre. Monsieur Calnen avait répondu qu’il était ailleurs en train d’accomplir des travaux de plomberie. Il avait alors éteint le feu et placé le reste du corps de Mme Jordan — son torse — dans un sac en toile. Il avait ensuite conduit jusqu’à chez lui avec ce sac en toile dans le compartiment arrière fermé de son camion.
13. Le 13 avril, M. Calnen a rencontré des policiers chez lui, où ces derniers ont exécuté un mandat de perquisition. Plus tard, il a déclaré que le torse de MmeJordan se trouvait dans son camion lorsqu’il avait rencontré les policiers chez lui. Ce jour‑là, les policiers ont pris de nombreuses photographies de la maison. Ils ont fouillé toutes les chambres, une à une, et cherché des taches de sang au moyen d’une lumière blanche et d’un laser médicolégal. Un policier a témoigné que, au terme d’une fouille exhaustive, le domicile n’avait rien révélé ayant une valeur médicolégale. Il a toutefois indiqué avoir trouvé une substance collante sur le téléviseur et le plancher qui n’était pas du sang.
14. Plus tard, le 14 ou le 19 avril en soirée, M. Calnen a achevé de brûler les restes de MmeJordan dans le foyer situé derrière sa maison. Il a mis les cendres dans un seau, a conduit jusqu’à un lac situé près du chalet de la famille Jordan et a déposé les cendres près du rocher de plongée. Le lendemain soir, M. Calnen est sorti avec les parties du cadavre que le feu n’avait pas consumées et, au moyen d’un bateau, il a jeté les restes dans ce même lac. Il a expliqué aux policiers qu’il avait déposé les restes dans le lac parce que c’est ce que lui et Mme Jordan avaient convenu après avoir discuté de la façon dont ils souhaitaient que l’on dispose de leurs restes.
15. Monsieur Calnen a déclaré : [traduction] « . . . j’ai pris vraiment beaucoup de drogue --, mais je ne l’ai pas tuée » (d.a., vol. II, p. 703).
16. Les enquêteurs ont retrouvé l’endroit où M. Calnen a brûlé le corps, à Ingramport, ainsi que des effets personnels, notamment un cadre, un flacon de parfum, du rouge à lèvres et une boucle de ceinture, qui semblaient avoir été brûlés. Les plongeurs de la police ont également trouvé dans le lac des fragments d’os non identifiables qui semblaient aussi avoir été brûlés. Des enquêtes supplémentaires ont été menées par la suite, en juin, dans la maison où MmeJordan était décédée. Elles n’ont révélé ni trace de sang ou indice d’activités de nettoyage ni zone d’impact ou de dommage apparents dans la zone de la cage d’escalier, que ce soit sur la cloison sèche, les panneaux de plâtre ou le garde‑corps.
17. La preuve présentée au procès comprenait en outre des messages textes, qui laissaient sous‑entendre la détérioration des rapports entre M. Calnen et MmeJordan, l’existence d’allégations dans un message texte envoyé à partir du téléphone de MmeJordan au sujet du comportement violent de M. Calnen envers elle, et le projet de MmeJordan de quitter M. Calnen et de voler ses biens avec l’aide de M. Weeks. Le jour de sa mort, des messages textes indiquaient que MmeJordan et M. Calnen s’étaient querellés et que M. Calnen avait menacé de se suicider. La mère de MmeJordan a témoigné que sa fille avait voulu venir vivre chez elle avant sa mort, mais qu’il n’y avait pas assez de place pour elle.
18. Monsieur Calnen a été arrêté le 17 juin 2013 et a été accusé de meurtre au deuxième degré, en contravention de l’art. 235 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, et d’indécence envers les restes de MmeJordan, en contravention de l’al. 182b) du *Code criminel*. Au procès, il a plaidé coupable à l’accusation d’indécence envers des restes humains.
19. En ce qui concerne l’accusation de meurtre au deuxième degré, il incombait à la Couronne d’établir que M. Calnen avait causé la mort de MmeJordan, et qu’il avait l’intention de causer sa mort ou des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non. Monsieur Calnen affirme depuis le début que la Couronne n’a pas réussi à établir le lien de causalité et l’intention; il soutient essentiellement qu’il n’a pas causé la mort de Mme Jordan et qu’il n’avait pas l’intention de causer sa mort, qu’il s’agit d’un décès accidentel, et qu’on ne peut lui reprocher aucun acte illégal.
20. Aucune question d’admissibilité n’a été soulevée quant à certains aspects du comportement après le fait de M. Calnen, comme le fait qu’il n’a pas appelé les services d’urgence lorsque Mme Jordan est décédée, qu’il a dit à la police et à d’autres personnes qu’elle était encore vivante lorsqu’elle était partie de la maison et l’avait quitté, qu’il avait envoyé — après le décès de Mme Jordan — des messages textes à d’autres personnes à partir du téléphone de cette dernière leur disant qu’elle était allée en ville, qu’il avait brûlé ses effets personnels pour donner l’impression qu’elle l’avait quitté, et qu’il avait appelé un tiers après le décès de MmeJordan pour lui demander s’il était avec elle.
21. Le comportement après le fait contesté concerne les actes exécutés par M. Calnen à l’égard du corps de MmeJordan et sa destruction des éléments de preuve. L’utilisation de ce comportement après le fait est une question qui était en litige dès le début de l’affaire et qui l’est demeurée pendant tout le procès. Les avis étaient — et sont toujours — partagés quant à savoir si ce comportement après le fait peut servir comme preuve de l’intention de M. Calnen. C’est la question que nous sommes appelés à trancher.
22. Décisions des juridictions inférieures

A. Décision sur le renvoi à procès — 2014 NSPC 17

1. À la suite de l’enquête préliminaire, la juge Derrick, de la Cour provinciale, a libéré M. Calnen de l’accusation de meurtre au deuxième degré et de l’infraction incluse d’homicide involontaire coupable, au titre du par. 548(1) du *Code criminel*. Elle l’a renvoyé pour subir son procès relativement à l’accusation d’indécence. La juge Derrick a examiné l’ensemble de la preuve de la Couronne et s’est demandé s’il existait ou non « des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » : voir *États‑Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080.
2. Comme la preuve de la Couronne était de nature circonstancielle, la juge Derrick ne l’a évaluée que sommairement pour décider si elle était [traduction] « raisonnablement susceptible d’étayer les inférences que la Couronne demande au jury de tirer » : par. 15 (CanLII). À cette étape, la preuve de la Couronne était constituée d’un certain nombre d’éléments : le témoignage de trois témoins (l’enquêteur principal de l’homicide; M. Wade Weeks, un ami de la défunte; et l’enquêteur de l’identité judiciaire), de même que d’un livret de photographies prises par l’enquêteur de l’identité judiciaire, des relevés téléphoniques et la déclaration faite par M. Calnen à la police le 18 juin. La question était celle de savoir si ces éléments de preuve étaient, si on y ajoutait foi, raisonnablement de nature à étayer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable.
3. En fin de compte, la juge Derrick a estimé qu’il n’y avait pas d’éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité quant à deux éléments essentiels du meurtre au deuxième degré : le lien de causalité et l’état d’esprit requis. Cette décision reposait en grande partie sur la conclusion de la juge Derrick suivant laquelle le comportement après le fait de M. Calnen ne pouvait être utilisé pour étayer l’inférence qu’il avait l’intention de tuer MmeJordan. Citant les arrêts rendus par la Cour d’appel de l’Ontario dans les affaires *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226, et *R. c. Mujku*, 2014 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234 — mais sans avoir eu l’avantage de l’arrêt rendu par notre Cour dans l’affaire *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760 — la juge Derrick a déclaré qu’il était de jurisprudence constante que l’on ne pouvait se servir du comportement après le fait de l’accusé pour déterminer son degré de culpabilité et, plus précisément, que l’on ne pouvait s’en servir pour déterminer quel était son état d’esprit au moment de son implication dans tout acte illégal ayant causé la mort.
4. Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, la juge Derrick a conclu qu’on ne pouvait raisonnablement conclure que M. Calnen était motivé par un sentiment d’animosité envers MmeJordan ou qu’il avait l’intention de la tuer. La seule chose que la preuve était susceptible de démontrer, c’était que M. Calnen ne voulait pas que quelqu’un soupçonne que MmeJordan était morte. Affirmer qu’il avait caché la dépouille et s’en était débarrassé pour dissimuler le fait qu’il avait tué MmeJordan en commettant un acte illégal relevait de la [traduction] « pure spéculation » : par. 95.
5. Après que la juge Derrick eut libéré M. Calnen de l’accusation de meurtre et de l’accusation incluse d’homicide involontaire coupable, la Couronne a choisi de procéder par voie de mise en accusation directe.

B. Décision relative à la requête en verdict imposé d’acquittement — 2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129

1. Au procès, le juge a tenu de multiples voir‑dire sur divers aspects de la preuve, en particulier sur le comportement après le fait de M. Calnen qui est contesté. Le juge du procès a tout d’abord conclu que les déclarations que M. Calnen avait faites à la police étaient volontaires (2015 NSSC 291, 366 N.S.R. (2d) 71). Un deuxième voir‑dire concernait la question de savoir à quels extraits des interrogatoires avec les policiers le jury devait avoir accès, en tenant surtout compte du préjudice et de la valeur probante. L’avocat de la défense a également demandé l’exclusion de certaines parties de la déclaration de M. Calnen au motif qu’il s’agissait d’une mauvaise utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait. Le juge du procès a estimé que, à ce stade peu avancé de l’instance et à défaut d’avoir entendu les témoignages au procès, il admettrait en preuve la dernière partie de la déclaration ainsi que la déclaration relative à la reconstitution, tout en prévenant les avocats qu’il solliciterait leur avis relativement à l’élaboration des directives concernant le comportement après le fait (2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93).
2. La preuve de la Couronne contre M. Calnen était entièrement circonstancielle. Au procès, la preuve a été présentée par l’entremise de témoins profanes et de témoins experts. La Couronne a tenté d’établir l’animosité et le mobile de M. Calnen au moyen des messages textes envoyés par Mme Jordan. Certains messages montraient l’indifférence de cette dernière envers M. Calnen et faisaient état de ses plans de le quitter et de voler ses biens. Monsieur Wade Weeks a affirmé dans son témoignage que MmeJordan lui avait envoyé des messages textes lui racontant que M. Calnen l’avait [traduction] « pognée » et qu’elle pensait qu’elle n’était peut-être plus en sécurité : par. 27. Selon la déclaration de M. Calnen, lui et Mme Jordan s’étaient disputés le jour où elle est morte. Certains messages que M. Calnen a envoyés à Mme Jordan ont aussi été présentés en preuve, notamment des menaces de suicide. La Couronne a toutefois affirmé que c’était la preuve relative au comportement après le fait de M. Calnen qui étayait les inférences les plus solides quant à sa culpabilité.
3. À la clôture du procès, M. Calnen a présenté une requête en vue d’obtenir un verdict imposé d’acquittement. Le juge du procès a rejeté la requête, estimant qu’il y avait suffisamment de preuve pour permettre à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer M. Calnen coupable : voir *R. c. Rowbotham*, [1994] 2 R.C.S. 463. Se fondant sur l’arrêt *Rodgerson*, le juge du procès a admis en preuve le comportement après le fait comme preuve de l’intention. Il a ajouté : [traduction] « . . . je tiens en particulier compte du témoignage de Wade Weeks et de Donna Jordan, de même que des messages textes de Reita Jordan et des déclarations de M. Calnen qui ont été présentés en preuve au jury » : par. 39. Le juge du procès a conclu que l’acceptation par le jury de certains de ces éléments de preuve « suffirait amplement » à établir l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré : par. 39.
4. Le jury a reconnu M. Calnen coupable de meurtre au deuxième degré.

C. Décision de la Cour d’appel — 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362

1. Monsieur Calnen a fait valoir sept moyens d’appel. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont estimé que le juge du procès n’avait pas donné au jury des directives appropriées quant à l’utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait en rapport avec la preuve de l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Selon eux, comme il n’y avait pas d’éléments de preuve contredisant la version des faits de M. Calnen, la question à se poser était celle de savoir si, à eux seuls, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pouvaient démontrer que M. Calnen avait l’intention requise.
2. Les juges majoritaires ont conclu que, au vu des faits de l’espèce, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait n’étaient pas pertinents et n’avaient aucune valeur probante susceptible d’établir une distinction entre l’intention de commettre un meurtre plutôt qu’un homicide involontaire coupable. On aurait dû dire aux jurés que ces éléments de preuve ne pouvaient les aider à déterminer le degré de culpabilité de M. Calnen. Les juges majoritaires ont conclu qu’il aurait été plus [traduction] « sage » d’accueillir la requête en verdict imposé de la défense et de ne pas demander au jury de se prononcer sur l’accusation de meurtre au deuxième degré. La Cour d’appel a donc annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen et ordonné la tenue d’un nouveau procès à l’égard de l’accusation d’homicide involontaire coupable seulement.
3. Le juge en chef MacDonald, dissident, a estimé que le comportement après le fait pouvait être utile, non seulement pour établir la perpétration d’une infraction, mais également pour déterminer le degré de culpabilité. Dans le cas qui nous occupe, le juge du procès a compris — et expliqué — les utilisations qui pouvaient être faites de la preuve relative au comportement après le fait. Le juge en chef MacDonald a conclu qu’il y avait suffisamment d’éléments de preuve circonstancielle pour demander au jury de se prononcer sur l’accusation de meurtre au deuxième degré.
4. Questions en litige
5. La Couronne a formé le présent pourvoi. Les parties sont en désaccord relativement aux quatre questions fondamentales suivantes :

La preuve contestée de comportement après le fait était‑elle admissible pour établir l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré?

Le juge du procès aurait‑il dû accueillir la requête en verdict imposé de M. Calnen?

Le juge du procès a‑t‑il donné des directives appropriées au jury?

Le verdict du jury était‑il déraisonnable?

1. Je conclus que le juge du procès a eu raison d’admettre ces éléments de preuve relatifs au comportement après le fait et de dire au jury que ces éléments pouvaient être utilisés en preuve pour établir à la fois le lien de causalité et l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Point n’est besoin de trancher la question du verdict imposé. De plus, l’exposé au jury était suffisant pour expliquer les utilisations qui pouvaient être faites de ces éléments de preuve et les risques éventuels qu’ils comportaient en général. Toutefois, pour ce qui est des arguments des parties concernant le verdict déraisonnable, j’arrive à la conclusion qu’il aurait fallu mettre le jury en garde contre les risques précis que pose le raisonnement interdit fondé sur la propension en ce qui concerne ce comportement après le fait, de même que d’autres éléments de preuve relatifs à la moralité, au comportement et au mode de vie de M. Calnen. L’absence de directive restrictive au sujet de la question de propension constituait une erreur de droit grave commandant la tenue d’un nouveau procès.
2. La preuve contestée de comportement après le fait était‑elle admissible pour établir l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré?

A. Principes généraux

1. Le comportement après le fait englobe tant ce que l’accusé a dit que ce qu’il a fait après qu’aurait été commise l’infraction reprochée dans l’acte d’accusation. Il couvre un large éventail de scénarios possibles, et sa teneur et ses paramètres ne sont circonscrits que par les limites de l’expérience humaine. Le comportement après le fait peut également s’appliquer à tous les types d’infractions criminelles et dans différents contextes juridiques : par exemple, lorsque l’accusé plaide non coupable, qu’il reconnaît sa culpabilité en totalité ou en partie relativement à une infraction, qu’il avoue avoir commis certaines des infractions reprochées et/ou qu’il invoque une défense, une excuse ou une justification. C’est ce potentiel éventail, cette diversité et cette combinaison de variables qui sont au cœur de l’observation maintes fois répétée suivant laquelle la façon dont il convient, sur le plan juridique, d’analyser le comportement après le fait est largement tributaire du contexte et des faits.

(1) Admissibilité

1. Comme tout autre type de preuve, la preuve relative au comportement après le fait est admissible si elle est pertinente à l’égard d’une question importante en litige, si elle n’est visée par aucune autre règle d’exclusion en matière de preuve et si sa valeur probante l’emporte sur ses effets préjudiciables.
2. Pour déterminer la pertinence, il faut examiner le lien logique entre la preuve proposée et le fait qu’elle vise à établir. Le critère à respecter n’est pas exigeant; une preuve répond à la norme de la pertinence [traduction] « lorsque, selon la logique et l’expérience humaine, elle tend d’une façon quelconque à rendre la thèse qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle » : *R. c.* *White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 36, citant D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5e éd. 2008), p. 31. Autrement dit, la question à se poser est celle de savoir si l’élément de preuve accroît ou diminue la probabilité de l’existence d’un fait. Aucune « valeur probante minimale » n’est requise pour qu’un élément de preuve soit considéré comme pertinent : *R. c. Arp*,[1998] 3 R.C.S. 339, par. 38. Étant donné que l’admissibilité de la preuve relative au comportement après le fait est « [f]ondamentalement » fonction de sa pertinence, l’appréciation de la pertinence de tout élément de preuve relatif au comportement après le fait s’effectue nécessairement au cas par cas, « en fonction des faits » : *White* *(2011)*, par. 22 et 42; voir également *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 26.
3. Pour être considérée comme importante, la preuve doit se rapporter à une question *en litige*; si elle n’est pas pertinente à l’égard d’une question en litige, elle doit être soustraite à l’appréciation du jury ou le jury doit recevoir la directive qu’elle n’a aucune valeur probante : voir *White (2011)*, par. 36.
4. Les juges du procès conservent leur pouvoir discrétionnaire général d’écarter des éléments de preuve pertinents dont les effets préjudiciables l’emportent sur la valeur probante : voir *White (2011)*, par. 31. L’avocat de M. Calnen a réclamé l’exclusion des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait dans le cadre d’un voir‑dire, au motif que leurs effets préjudiciables l’emportaient sur leur valeur probante. Le juge du procès a admis en partie les déclarations faites par M. Calnen à la police et il a conclu que leur valeur probante l’emportait sur tout effet préjudiciable.
5. La preuve relative au comportement après le fait est circonstancielle. Comme toute autre preuve circonstancielle, elle permet au juge des faits de tirer des inférences particulières en se fondant sur les paroles ou les actes de l’intéressé : voir *White* *(1998)*, par. 21; *White* *(2011)*, par. 22; *Peavoy*, par. 24. Ce raisonnement par induction constitue une des pierres angulaires du droit de la preuve et on y recourt fréquemment pour tirer des inférences à partir d’éléments de preuve circonstancielle, ainsi que pour évaluer la crédibilité et déterminer la pertinence et la valeur probante d’un élément de preuve : voir D. M. Tanovich, « *Angelis* : Inductive Reasoning, Post‑Offence Conduct and Intimate Femicide » (2013), 99 C.R. (6th) 338.
6. Pour pouvoir tirer de telles inférences, le décideur se fonde sur la logique, le bon sens et l’expérience. Comme pour toute preuve circonstancielle, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait permettent de tirer une foule d’inférences. Celles‑ci [traduction] « doivent être raisonnables selon les critères de l’expérience humaine » et elles dépendent de la nature du comportement, de l’inférence que l’on cherche à tirer de ce comportement, de la thèse des parties, et de l’ensemble de la preuve : *R. c. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534, par. 77. Le fait qu’il puisse exister une gamme de conclusions potentielles ne rend pas nul le comportement après le fait : voir *R. c. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580, par. 68. Dans la plupart des cas, il appartiendra au jury ou au juge de déterminer quelles inférences il est prêt à tirer et le poids qu’il leur attribue. [traduction] « C’est au juge des faits qu’il incombe de choisir parmi les inférences raisonnables que la preuve relative au comportement après le fait permet de tirer » : *Smith*, par. 78.

(2) Formulation de l’objet de la preuve, de son utilisation prévue et des inférences proposées

1. Il est important non seulement que les avocats et les juges du procès connaissent bien les principes généraux applicables, mais aussi qu’ils définissent précisément la question, la raison et l’utilisation pour lesquelles la preuve en cause est présentée, en plus de formuler les inférences raisonnables et rationnelles qui peuvent en être tirées. Pour ce faire, l’avocat et le tribunal doivent souvent exposer expressément le raisonnement qui justifie la pertinence et l’importance de cette preuve par rapport à l’utilisation qu’on entend en faire. La preuve ne doit être utilisée que pour la fin pour laquelle elle a été admise. Lorsqu’un élément de preuve est admissible à une fin, mais non à une autre, le juge des faits — le juge ou le jury — doit être conscient et respectueux des utilisations permises et non permises de cette preuve. Dans de tels cas, le juge devra donner au jury une directive pour préciser qu’un élément de preuve donné ne peut faire l’objet que d’une utilisation limitée ou qu’il n’a aucune valeur probante relativement à une question en particulier.
2. La présente affaire montre bien que l’évaluation de l’admissibilité ne peut être dissociée de l’utilisation que l’on entend faire de la preuve et que cette appréciation n’existe pas dans l’abstrait. De toute évidence, les actes commis par M. Calnen sur le corps de Mme Jordan auraient été admissibles relativement à l’accusation d’indécence envers des restes humains s’il n’avait pas plaidé coupable à ce chef d’accusation. Il était aussi reconnu que les actes de M. Calnen étaient admissibles et pouvaient être utilisés pour réfuter l’allégation d’accident et pour établir le lien de causalité et la perpétration d’un acte illégal dans le cas de l’infraction incluse d’homicide involontaire coupable. La question de preuve litigieuse consistait à savoir si les actes accomplis par M. Calnen pour détruire le corps de Mme Jordan étaient pertinents et admissibles dans le but de démontrer son intention de commettre un meurtre au deuxième degré.
3. Bien que la détermination de l’admissibilité et l’élaboration des directives au jury doivent être axées sur l’utilisation que l’on entend faire des éléments de preuve, il importe aussi de formuler explicitement les inférences que le jury peut tirer. Dans l’arrêt *Rodgerson*, notre Cour a bien précisé que l’expertise judiciaire pouvait être nécessaire « pour présenter de façon compréhensible la preuve et les conclusions que le jury pouvait en tirer » : par. 31. La question qui se posait dans le cas qui nous occupe était donc de savoir si, selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine, il était loisible au jury, au vu des faits de l’espèce, d’inférer l’état d’esprit de M. Calnen au moment du décès de Mme Jordan à partir de ce qu’il avait fait par la suite pour détruire son corps. L’inférence sur l’intention que propose la Couronne repose sur le raisonnement suivant : s’il existait encore, le cadavre de Mme Jordan révélerait de quelle manière elle est décédée. Monsieur Calnen a pris des mesures extraordinaires pour détruire le corps de Mme Jordan. L’inférence suivant le bon sens est donc que M. Calnen a détruit le corps afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures subies par Mme Jordan et la force nécessaire pour les lui infliger, car cela aurait pu prouver son intention. Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait — soit les mesures extraordinaires prises par M. Calnen pour détruire le corps complètement — rendent la thèse selon laquelle M. Calnen avait l’intention d’infliger le type de lésions corporelles exigé dans le cas d’un meurtre au deuxième degré plus probable qu’elle ne l’aurait été sans ces éléments de preuve.

(3) Mises en garde et limites

1. Même s’il est admis en preuve dans un but particulier, le comportement après le fait est susceptible de poser certains risques de raisonnement uniques : voir D. M. Paciocco, « Simply Complex : Applying the Law of “Post‑Offence Conduct” Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Un acte commis « après le fait », et qui survient donc après les événements à l’origine de l’accusation, comporte un élément temporel qui peut rendre plus difficile la tâche consistant à tirer une inférence appropriée. Cette preuve peut aussi sembler plus probante qu’elle ne l’est en réalité; elle peut être inexacte et encourager la spéculation. Ainsi, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent susciter un raisonnement imprécis et encourager les décideurs à tirer de façon précipitée des conclusions discutables.
2. Pour répondre à la crainte répandue suivant laquelle les éléments de preuve de ce type peuvent être très ambigus et induire le jury en erreur, il faut appeler le jury à prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l’accusé. Les jurés reçoivent ainsi pour directive d’éviter de commettre l’erreur consistant à conclure trop hâtivement à la culpabilité en se fondant sur la preuve relative au comportement après le fait, alors que ce comportement peut être motivé ou expliqué par une raison légitime, telles la panique, la gêne ou la crainte d’être accusé à tort : voir *White (1998)*, par. 22; *White (2011)*, par. 23‑25; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129,p. 143.
3. Toutefois, en plus de cette directive générale, les juges du procès devraient se demander s’ils doivent adresser aux jurys d’autres directives limitatives ou mises en garde de nature particulière afin d’atténuer tout risque de raisonnement particulièrement associé au comportement après le fait en cause. Dans certains cas précis, les tribunaux ont reconnu que certains types d’éléments de preuve étaient assortis d’autres risques de raisonnement. Par exemple, des directives supplémentaires peuvent être nécessaires lorsque le comportement après le fait concerne l’attitude de l’accusé, ou les faux alibis ou mensonges qu’il avance, ou encore son silence ou son refus (ou, inversement, sa volonté) de prendre part à l’enquête : voir Paciocco. Il est nécessaire d’accorder une attention particulière aux éléments de preuve en cause, parce que toute mise en garde ou directive restrictive est également tributaire du contexte et des faits et doit être adaptée aux risques précis que pose le type particulier de comportement après le fait dont il s’agit dans un cas donné.

B. Comportement après le fait et intention

1. Contrairement à ce que les juridictions inférieures ont laissé entendre, il n’y a aucun obstacle juridique à l’utilisation d’éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer l’intention de l’accusé. La jurisprudence de notre Cour est claire sur ce point : la preuve relative au comportement après le fait de l’accusé peut être pertinente pour trancher la question de l’intention et elle peut servir à étayer une distinction entre divers degrés de culpabilité : voir *White* *(1998)*, par. 32; *White* *(2011)*, par. 42; *Rodgerson*, par. 20. En particulier, notre Cour a déclaré que « [l]a valeur probante de la preuve du comportement postérieur à l’infraction à l’égard du degré de culpabilité de l’accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l’ensemble du dossier et des questions soulevées au procès » : *White* *(2011)*, par. 42. En conséquence, il n’existe [traduction] « pas à proprement parler de règle qui déclare que le comportement postérieur à l’infraction n’est pas pertinent lorsque vient le temps de déterminer l’état d’esprit de l’auteur de l’infraction » : *R. c. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130, par. 20, le juge Doherty. Vu qu’on ne considère pas automatiquement que certains types de comportements après le fait sont toujours pertinents quant à une question particulière ou ne le sont jamais, [traduction] « nous devons tenir compte de l’ensemble des circonstances de l’affaire pour juger si le comportement postérieur à l’infraction a une valeur probante et, dans l’affirmative, quelle utilisation le jury est autorisé à en faire » : voir *R. c. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143, par. 55.
2. L’arrêt *Arcangioli* de notre Cour n’appuie pas la thèse suivant laquelle, en droit, le comportement après le fait ne peut servir à établir l’intention ou le degré de culpabilité de l’accusé d’une manière qui distingue diverses infractions. Dans cette affaire, l’accusé, qui avait fui les lieux du crime, a seulement admis avoir assené des coups de poing à la victime (voies de fait simples), mais prétendait qu’il ne l’avait pas poignardée (voies de fait graves). Dans ce contexte, la Cour a dit que, « lorsque le comportement de l’accusé peut s’expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, et que l’accusé a reconnu sa culpabilité à l’égard d’une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n’a aucune valeur probante relativement à une infraction précise » : p. 145.
3. Sur le fondement des faits propres à cette affaire, l’arrêt *Arcangioli* a simplement établi que, lorsque l’accusé a reconnu sa culpabilité, il arrive que, dans certains cas, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait ne soient pas utiles pour permettre au juge des faits de décider du degré de culpabilité de l’accusé d’une manière qui distingue deux infractions : voir p. 145‑146; *White (1998)*,par. 23; *White (2011)*, par. 41; *Angelis*, par. 53. Notre Cour a subséquemment rattaché cette conclusion à la situation où l’accusé a avoué l’*actus reus*, affirmant ce qui suit sur le recours à une directive selon laquelle un élément de preuve n’a aucune valeur probante pour établir l’intention :

Une telle directive sera très probablement justifiée lorsque, comme dans l’affaire *Arcangioli*,l’accusé avoue avoir accompli l’*actus reus*, mais nie un degré de culpabilité donné à l’égard de cet acte ou nie avoir perpétré une infraction connexe découlant du même ensemble de faits considérés. En pareil cas, la participation de l’accusé à l’acte coupable n’est pas contestée; seule l’ampleur de cette participation ou son incidence sur le plan légal doit être déterminée.

(*White (1998)*, par. 28)

1. Toutefois, le juge Rothstein a exprimé ce point de la façon suivante dans *White (2011)*, par. 37 :

L’arrêt *Arcangioli*, et l’arrêt *White (1998)* qui l’a suivi, énoncent le principe qu’une directive selon laquelle la preuve n’a « aucune valeur probante » est nécessaire lorsque le comportement de l’accusé postérieur à l’infraction peut « s’expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus (*White (1998)*, par. 28; *Arcangioli*,p. 145 et 147).

1. Certains interprètent ce passage comme signifiant que le raisonnement dans *Arcangioli* ne se limite pas aux situations où l’accusé a avoué sa culpabilité : voir Paciocco, p. 318. Je suis d’accord. Toutefois, la pertinence est directement liée aux questions soulevées au procès : *White (2011)*, par. 42. La présence d’un aveu est un facteur contextuel important, parce qu’elle établit une culpabilité de base faisant en sorte que la question juridique devient celle de savoir si la preuve relative au comportement après le fait est tout aussi compatible avec deux ou plusieurs infractions. Lorsqu’un accusé nie sa culpabilité relativement à l’infraction reprochée et à toute infraction incluse, les questions juridiques sont différentes et la comparaison s’étend pour englober d’autres inférences possibles, notamment celle voulant qu’aucune infraction n’a été commise. Cela dit, un aveu n’est pas la seule façon d’établir la culpabilité. Le passage précité de *White (2011)* traite l’étape de l’analyse où l’examen porte sur deux ou plusieurs infractions, c’est-à-dire à un point où une culpabilité de base a déjà été établie. La culpabilité est établie lorsque le juge des faits a déterminé que la présomption d’innocence a été réfutée par une preuve hors de tout doute raisonnable et que toute défense d’accident offerte a déjà été rejetée. Il devrait être indifférent que cette culpabilité découle d’un aveu ou d’une conclusion en ce sens.
2. La preuve relative au comportement après le fait n’est pas toujours ou nécessairement tout aussi compatible avec la perpétration de deux infractions, et il est loisible au juge des faits de conclure que le comportement est plus compatible avec la perpétration d’une infraction plutôt que l’autre : voir *White* *(1998)*, par. 27. La clé consiste donc à déterminer ce qu’il faut entendre par « s’expliquer tout autant par » ou « est tout aussi compatible ». Notre Cour n’a jamais affirmé que chaque fois que plusieurs explications possibles d’un comportement sont avancées, elles deviennent « tout aussi probables les unes que les autres » et que les éléments de preuve en question perdent d’autant leur pertinence (au motif qu’ils ne rendent pas un fait plus ou moins vraisemblable). L’existence d’explications subsidiaires du comportement de l’accusé ne signifie pas que certains éléments de preuve ne sont plus pertinents. Le comportement global et le contexte doivent être tels qu’il n’est pas possible de choisir entre les inférences possibles en fonction du bon sens, de l’expérience et de la logique. Il s’agit d’une norme composée dans laquelle les trois considérations interagissent et où une d’elles peut revêtir davantage d’importance dans un cas particulier. Par exemple, lorsqu’hypothétiquement il pourrait s’agir d’une infraction ou d’une autre, le bon sens et l’expérience pourraient étayer une inférence plus que l’autre. La logique pure n’est pas la seule considération, ni même la principale. Toute détermination préliminaire de la pertinence doit également respecter le principe selon lequel il incombe normalement au juge des faits de décider quelle inférence est acceptée et quel poids doit lui être attribué, et, « [d]ans la plupart des cas, le juge du procès qui s’immisce dans ce processus usurpe le rôle de juge des faits exclusivement dévolu au jury » : *White (1998)*, par. 27.
3. Un facteur clé dans l’appréciation de la valeur probante est la nature particulière du comportement. Dans l’arrêt *Arcangioli*, où la seule question à trancher était de savoir si la fuite de l’accusé rendait plus probable la perpétration de voies de fait simples ou celle de voies de fait graves, le comportement de cet accusé avait été de nature singulière, relativement simple, et il s’était produit sur une courte période. En revanche, la nature du comportement de M. Calnen est très différente. Les actes commis par M. Calnen se sont étalés sur plusieurs jours; il a pris une série de mesures risquées pour parvenir à détruire totalement la preuve, et il n’a commencé à brûler le corps de Mme Jordan qu’après avoir appris que l’enquête concernant la disparation de Mme Jordan était devenue une enquête sur un homicide. Il existe de nombreuses façons possibles d’altérer, de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve, allant de la tentative de nettoyer une surface en l’essuyant jusqu’à l’élimination complète de la preuve. Les mesures qui ont été prises, le moment où elles l’ont été et le risque encouru pour les prendre peuvent tous être des facteurs à prendre en compte lorsque l’on apprécie la nature du comportement dans une situation en particulier.
4. La relation entre l’explication fournie par l’accusé de ses gestes et les gestes réellement posés par l’accusé peut également aider à trancher la question de savoir si l’inférence est raisonnable et rationnelle selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine. Dans l’arrêt *White* *(1998)*, para. 32, la Cour a déclaré ce qui suit :

Il est possible d’imaginer des cas dans lesquels la preuve relative au comportement de l’accusé après l’infraction pourrait logiquement étayer une distinction entre deux degrés de culpabilité à l’égard d’un même acte, ou entre deux infractions découlant d’un même ensemble de faits. À titre d’exemple, lorsque la fuite ou la dissimulation est démesurée par rapport au degré de culpabilité reconnu par l’accusé, on pourrait conclure que la preuve est plus compatible avec la perpétration de l’infraction reprochée.

Dans son appréciation des gestes de l’accusé et des inférences qui peuvent être tirées du comportement après le fait au stade de l’admissibilité ou de l’absence de valeur probante, le juge du procès peut prendre en compte la disproportion entre l’explication offerte et les gestes en cause.

Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent être admissibles pour établir l’intention

1. Dans l’arrêt *Rodgerson*, notre Cour a examiné la mesure dans laquelle des éléments de preuve portant sur la dissimulation et la destruction d’éléments de preuve avaient une valeur probante quant à l’intention de l’accusé. Dans cette affaire, l’accusé affirmait qu’il avait agi en état de légitime défense lorsqu’il avait causé la mort de la victime. Il affirmait que la victime l’avait attaqué avec un couteau et qu’ils en étaient venus aux coups. Il avait exercé une pression sur le visage de la victime avec son bras jusqu’à ce qu’elle semble perdre connaissance et il s’était lui aussi évanoui peu de temps après. À son réveil le lendemain matin, il s’est rendu compte qu’elle était morte. L’accusé a ensuite traîné le corps de la défunte jusqu’à la cour arrière, où il lui a retiré ses vêtements et ses bijoux; il a déposé son corps dans une tombe peu profonde, a versé du javellisant sur le corps et a rempli la tombe de terre. Il s’est débarrassé de divers objets, y compris le matelas et le tapis maculés de sang et s’est servi de javellisant pour nettoyer la maison.
2. La question en litige dans cette affaire était celle de savoir si les éléments de preuve portant sur la dissimulation du corps de la victime par l’accusé et les tentatives faites par ce dernier pour nettoyer les lieux étaient pertinents quant à son intention au moment de la mort de la victime. La Cour a conclu que ces actes présentaient un intérêt pour ce qui est d’établir l’intention de l’accusé. Voici ce qu’elle a déclaré :

Il est relativement aisé de comprendre de quelle façon les efforts déployés par M. Rodgerson pour dissimuler le corps et nettoyer les lieux pouvaient étayer l’inférence qu’il a agi de façon illégale. Le jury aurait raisonnablement pu conclure qu’il tentait de dissimuler les preuves d’un crime qu’il avait commis — soit celui d’avoir causé illégalement la mort de Mme Young. Toutefois, ces efforts pouvaient également permettre de conclure aussi que M. Rodgerson tentait non seulement de cacher le fait qu’un crime avait été commis, mais aussi de cacher la gravité de ce crime. En d’autres mots, le jury aurait raisonnablement pu conclure que M. Rodgerson cherchait à dissimuler le corps de Mme Young et à nettoyer les lieux de son décès afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures subies par Mme Young et le degré de force requis pour les lui infliger. Comme indiqué précédemment, plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible de conclure qu’il avait l’intention de tuer Mme Young ou de lui causer des lésions corporelles qu’il savait de nature à causer la mort. Ce n’est pas la seule conclusion qui pouvait se dégager de la dissimulation et du nettoyage, mais c’est une conclusion que le jury pouvait tirer. [Italique omis; par. 20.]

1. Les inférences qui pouvaient être tirées dans l’affaire *Rodgerson* sont pratiquement identiques à celles qu’avance la Couronne en l’espèce. La Couronne a plaidé que les efforts extraordinaires qu’avait déployés M. Calnen pour détruire le corps permettaient également d’inférer qu’il cherchait non seulement à dissimuler toute preuve du crime qu’il avait commis, mais aussi à camoufler la gravité de ce crime, parce que la nature et la gravité des blessures étaient telles qu’elles permettraient en outre d’inférer que la personne qui les lui avait infligées avait l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Cette conclusion est le résultat d’inférences fondées sur le bon sens. Premièrement, que la nature de certaines blessures puissent les rendre pertinentes quant à l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré : par exemple, une blessure au couteau portée au cœur. Et deuxièmement, que plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible d’inférer que M. Calnen avait l’intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.
2. La défense a soutenu — et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accepté — que le raisonnement suivi dans l’arrêt *Rodgerson* ne tenait pas en l’espèce parce que, dans cette affaire, des éléments de preuve matérielle et médicolégale avaient été présentés pour démontrer la nature et la gravité des blessures subies par la défunte. La défense a fait valoir que, faute d’éléments de preuve matérielle semblables portant sur la cause du décès ou la nature et la gravité des blessures de Mme Jordan, l’utilisation du comportement après le fait comme preuve de l’intention n’était que spéculation formulée sous forme d’inférence. En l’absence d’éléments de preuve sur la nature des blessures subies par Mme Jordan, ce raisonnement ne reposait sur aucune base. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont examiné les autres éléments de preuve présentés au procès pour décider s’il existait un lien logique suffisant entre ce comportement et l’intention de M. Calnen. Concluant à l’absence d’autres éléments de preuve de ce genre, les juges majoritaires ont statué que l’inférence recherchée au sujet de l’intention relevait simplement de la spéculation. Ils ont déclaré ce qui suit :

[traduction] Je voudrais élargir mon analyse pour englober d’autres affaires pour expliquer pourquoi, à mon sens, le comportement après le fait a, dans certains cas, une valeur probante quant à la question de l’intention, alors que, dans d’autres, il n’en a pas. Pour ce faire, je tiens compte du fait que le dossier porté en appel est quelque peu inusité. Hormis la déclaration que l’appelant a faite à la police et sa reconstitution des événements, la seule preuve dont nous disposons est une preuve circonstancielle fondée sur des messages textes en provenance et à destination du téléphone de Mme Jordan et sur le comportement de l’appelant après le fait, de sorte que le tribunal est directement saisi de la question des limites de l’utilisation du comportement après le fait pour prouver à la fois le lien de causalité et l’intention. Dans d’autres affaires où le comportement après le fait a été utilisé pour prouver l’intention, il existait d’autres éléments de preuve dont le tribunal pouvait tenir compte. [par. 56]

1. À mon avis, cette supposée distinction n’est pas convaincante. Premièrement, le présent pourvoi n’oblige pas la Cour à trancher la question de savoir si les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, *à eux seuls*, peuvent être utilisés pour inférer l’intention. Il ne s’agit pas d’une affaire où la seule preuve présentée par la Couronne était la preuve contestée de comportement après le fait. Il y avait d’autres éléments de preuve à considérer en l’espèce. De fait, le paragraphe précité énumère certains autres éléments de preuve présentés au jury : des messages textes en provenance et à destination du téléphone de Mme Jordan, la déclaration de M. Calnen à la police et sa reconstitution des événements. Il y avait aussi la preuve non contestée de comportement après le fait, les photographies de la maison et de la cage d’escalier, les mesures de la cage d’escalier, le vol par Mme Jordan de la bague et de l’ordinateur portable de M. Calnen, et le témoignage du policier affirmant qu’aucune preuve médicolégale n’avait été trouvée dans la maison (notamment l’absence d’indices de nettoyage et de dommages matériels à la cage d’escalier, aux murs ou aux garde‑corps).
2. Deuxièmement, rien de ce que notre Cour a dit dans l’arrêt *Rodgerson* ne permet de penser qu’une inférence d’intention dépend de l’existence d’autres éléments de preuve matérielle ou médicolégale tendant à démontrer la nature et la gravité des blessures subies par la victime. Ces autres éléments de preuve peuvent renforcer l’inférence d’intention, comme ce fut le cas dans l’arrêt *Rodgerson*, mais cet arrêt ne laisse pas entendre que les éléments de preuve matérielle qui existaient dans cette affaire étaient une condition préalable qui devait nécessairement être remplie pour qu’une inférence sur l’intention puisse être tirée. Le raisonnement qui a été suivi par la Cour dans l’arrêt *Rodgerson* et qui établissait un lien entre la destruction des éléments de preuve et l’intention de commettre un meurtre ne découlait pas de l’existence d’autres éléments de preuve corroborante ou contradictoire pas plus qu’il n’était fondé sur de tels éléments de preuve. Il n’existe aucune règle de droit qui exige que l’on établisse d’abord qu’une infraction a été commise avant que le juge des faits puisse utiliser des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer l’intention de l’accusé; les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait ne sont pas de simples éléments de preuve complémentaires.
3. L’idée que la valeur probante d’un comportement après le fait particulier puisse être évaluée à la lumière de l’ensemble du dossier est simple : il faut tenir compte du contexte pour décider si une inférence est raisonnable et rationnelle. Il ne s’ensuit pas pour autant qu’on ne puisse pas tirer d’inférence raisonnable et rationnelle du comportement après le fait s’il n’existe pas d’autres éléments de preuve directs qui confirment ou corroborent cette inférence dans un sens ou dans l’autre. Il se peut que d’autres éléments de preuve étayent une inférence particulière (comme le fait qu’un cadavre démontre que certaines blessures ont été subies), mais il ne s’agit pas d’une condition préalable qui doit être remplie dès lors que le bon sens, la logique et l’expérience humaine permettent de tirer cette inférence. La thèse suivant laquelle il est nécessaire de présenter d’autres éléments de preuve directs au sujet de la nature et de la gravité des blessures subies par la victime avant de pouvoir tirer une conclusion ne trouve aucun appui dans la jurisprudence et ne peut être conciliée avec les pratiques et principes généraux qui régissent les décisions en matière d’admissibilité. Il faut tenir compte du contexte pour évaluer le comportement après le fait. Son importance peut être renforcée ou affaiblie par la présence ou l’absence d’autres éléments de preuve, mais il ne s’agit pas d’un type de preuve secondaire.
4. Non seulement fait‑on erreur en reléguant les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait à un rôle de soutien ou à un rôle secondaire, mais il est aussi essentiel de conserver la distinction entre la norme minimale d’admissibilité de la preuve et la question distincte de savoir si la Couronne s’est acquittée de son fardeau ultime consistant à établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. Le critère régissant l’admissibilité de la preuve s’intéresse en premier lieu à la pertinence, à savoir si la preuve tend, selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine, à rendre la thèse qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle. La preuve relative au comportement après le fait, lorsqu’elle est admise, vient simplement étoffer la thèse de la Couronne ou celle de la défense. C’est au terme du procès, lorsqu’il a entendu toute la preuve, que le juge des faits est appelé à se prononcer sur le poids, s’il en est, de cette preuve, et qu’il décide comment elle s’insère avec le reste de la preuve, et si, vu l’ensemble de la preuve, la Couronne a fait la preuve des actes reprochés hors de tout doute raisonnable. Si l’on confond ces critères, les personnes chargées de la tâche difficile d’apprécier la preuve et de se prononcer sur l’innocence ou la culpabilité d’un accusé pourraient être privées d’éléments de preuve pertinents.
5. De plus, en règle générale, l’absence d’éléments de preuve matérielle corroborante ne rend pas hypothétique l’inférence souhaitée. Conclure autrement reviendrait à restreindre indûment la portée de la preuve relative au comportement après le fait dans certains cas, et à rendre impossibles à prouver les situations dans lesquelles l’accusé a réussi à détruire le corps de la victime. Comme dans toutes les affaires où entre en jeu la preuve relative au comportement après le fait, la force de l’inférence sera déterminée par la nature du comportement, l’inférence que l’on cherche à tirer de ce comportement, la thèse des parties, et l’ensemble de la preuve : *Smith*, par. 77. Si l’ensemble de la preuve satisfait au raisonnement menant à une inférence en particulier, cette inférence peut alors être tirée, qu’il y ait ou non une preuve matérielle corroborante au dossier.
6. D’autres décisions ont reconnu que l’absence de cadavre n’empêche pas de tirer d’inférence au sujet de l’intention. Ainsi, dans l’affaire *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103, la Cour d’appel de l’Ontario s’est penchée sur la pertinence des éléments de preuve portant sur des actes après le fait visant à dissimuler de la preuve relativement à l’intention de l’accusé. Dans cette affaire, l’accusé avait admis avoir incinéré le corps de sa femme. Il prétendait que sa femme était morte à la suite d’une altercation au cours de laquelle elle lui avait assené des coups de poing et des coups de pied. Il affirmait qu’il l’avait poussée, qu’elle était tombée dans l’escalier, s’était cogné la tête et était morte. Il a déclaré qu’après avoir incinéré le corps de sa femme dans la cour arrière de leur maison, il avait répandu ses cendres dans la rivière. Il avait plus tard admis qu’il avait en fait jeté ses cendres dans un fossé. Après avoir fouillé le fossé, les policiers ont découvert les cendres, les os et les dents de la victime, ainsi qu’une carpette provenant du véhicule de l’accusé. De plus, une analyse médicolégale de la maison avait révélé que des efforts énergiques avaient été déployés pour effacer les traces et les éclaboussures de sang.
7. La Cour d’appel de l’Ontario a conclu que le comportement après le fait de l’accusé pouvait être admis comme preuve de son intention de commettre un meurtre. La cour a reconnu que [traduction] « [l]a valeur probante de ces éléments de preuve dépend des conclusions raisonnables que le juge des faits peut en tirer lorsqu’il tient compte de l’ensemble de la preuve et des questions soulevées au procès » : par. 85. Selon le bon sens et l’expérience humaine, lorsqu’on tient compte de l’ensemble du contexte de la preuve, certains comportements après le fait peuvent être « raisonnablement susceptibles » de permettre de tirer une inférence quant à l’état d’esprit de l’accusé au moment des faits : par. 85. Voici comment la cour a décrit le caractère raisonnable de l’inférence tirée dans cette affaire :

[traduction] Le juge du procès a conclu que le comportement de l’appelant entre le moment où il avait tué sa femme dimanche soir et celui de son arrestation quelque quatre jours plus tard concordait avec l’attitude d’une personne ayant infligé intentionnellement des blessures graves à sa femme et qui s’était ensuite donné beaucoup de mal pour essayer de camoufler ce qu’il avait fait et pour trouver une explication de la disparition de sa femme qui tendrait à l’innocenter. Par exemple, la conclusion du juge du procès selon laquelle l’incinération du corps de son épouse par l’appelant, qui avait duré plusieurs heures et provoqué une forte odeur nauséabonde, était une tentative calculée et risquée de s’assurer que la police serait incapable de déterminer la cause du décès de Mme Teske et la nature exacte de ses blessures. La preuve de ces faits aurait pu contribuer grandement à aider le juge à établir si l’appelant avait agi avec l’intention requise pour l’application du sous‑al. 229a)(ii) lorsqu’il avait causé le décès de son épouse. Selon le bon sens, il est raisonnable d’inférer que quelqu’un qui détruit le cadavre d’une personne après avoir causé la mort de cette personne le fait parce qu’il sait que la victime a subi des blessures qui sont incompatibles avec une cause non intentionnelle de décès.

L’appelant s’est livré à une vaste opération de camouflage du meurtre de sa femme. Au vu de ces éléments de preuve, le juge du procès a conclu que l’appelant avait tout fait pour dissimuler la mort de son épouse parce qu’il avait délibérément infligé des lésions corporelles graves susceptibles de causer la mort. Je pense que cette inférence était éminemment raisonnable. Mais ce qui importe plus encore, dès lors que l’on reconnaît que cette inférence pouvait être tirée, c’est qu’il appartenait au juge des faits de décider si elle devait être tirée : *R. c. Trochym* [(2005), 186 C.C.C. (3d) 417], par. 25. [par. 86‑87]

1. Il n’existe donc pas de règle de droit interdisant catégoriquement d’utiliser la preuve relative au comportement après le fait pour inférer l’intention de l’accusé. La jurisprudence est claire : les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent être pertinents lorsque vient le temps de trancher la question de l’intention. De plus, contrairement à ce que prétend l’avocat de la défense, selon la jurisprudence, la pertinence du comportement après le fait en ce qui a trait à l’intention ne dépend pas de l’existence d’autres éléments de preuve (comme la présence d’un cadavre).
2. Il vaut la peine de répéter que l’appréciation de la pertinence de tout élément de preuve relatif au comportement après le fait s’effectue aux cas par cas « en fonction des faits » : *White (2011)*, par 42. En conséquence, le passage précité du jugement *Teske* — où le tribunal affirme que [traduction] « [s]elon le bon sens, il est raisonnable d’inférer que quelqu’un qui détruit le cadavre d’une personne après avoir causé la mort de cette personne le fait parce qu’il sait que la victime a subi des blessures qui sont incompatibles avec une cause non intentionnelle de décès » — doit être lu comme se rapportant aux faits de cette affaire : par. 86. Il n’est peut-être pas toujours raisonnable d’inférer qu’une personne qui détruit le corps de quelqu’un après avoir causé sa mort l’a fait pour dissimuler la nature et la gravité des blessures. Le caractère raisonnable de cette thèse dépendra du dossier dans son ensemble et des questions soulevées au procès.
3. En gardant ces principes à l’esprit, j’aborde maintenant la pertinence et l’admissibilité des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait au vu des faits de l’espèce.

C. Admissibilité de la preuve

1. Il reste à juger si, selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine, le comportement après le fait de M. Calnen tend à rendre la proposition de la Couronne — suivant laquelle M. Calnen avait l’intention de causer à MmeJordan des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non — plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans cette preuve. À mon avis, les faits de l’espèce permettent de tirer, relativement au comportement après le fait de M. Calnen, des inférences comme celles qui sont permises par l’arrêt *Rodgerson*.
2. Rappelons que si la juge d’un procès conclut qu’un élément de preuve n’est pas pertinent à l’égard d’une question en litige (c.‑à‑d. s’il est incapable de rendre la thèse pour laquelle il a été présenté plus vraisemblable qu’elle ne le serait en l’absence de cette preuve), il lui incombe d’exclure la preuve, ou, si celle‑ci est déjà admissible à une autre fin, de donner une directive restrictive ou une directive indiquant qu’elle n’a aucune valeur probante. Toutefois, si la preuve est jugée pertinente (c.‑à‑d. qu’elle tend d’une façon quelconque à rendre la thèse plus vraisemblable), il appartiendra au juge des faits de décider du poids à lui attribuer.
3. La défense soutenait que, comme on pouvait avancer plusieurs raisons pour expliquer le comportement de M. Calnen, toute inférence sur son intention était dépourvue de force probante et de pertinence. Le comportement de M. Calnen peut s’expliquer de multiples façons, notamment par le fait que ce dernier a paniqué et qu’il tenait à ce que personne ne sache que Mme Jordan était décédée, qu’il a essayé de dissimuler le fait que sa mort n’était pas accidentelle, mais qu’elle avait bien été causée par lui ou qu’il voulait dissimuler les blessures qui révélaient qu’il *avait l’intention* de causer la mort de Mme Jordan.
4. Cependant, le simple fait qu’il existe deux ou plusieurs explications *plausibles* pour un comportement après le fait donné ne rend pas ce comportement *tout aussi compatible* avec ces explications au point de faire perdre sa force probante à l’inférence proposée. De plus, le fait que diverses explications peuvent être avancées pour un comportement après le fait ne signifie pas automatiquement que ce comportement est tout aussi compatible avec la perpétration de multiples infractions; cela signifie simplement qu’il existe d’autres explications et qu’elles sont défendables.
5. La réponse à la question de savoir s’il est permis de tirer une inférence donnée dépend de ce qui est raisonnable et rationnel, selon la logique, l’expérience humaine et le bon sens. C’est cette combinaison de facteurs qui permet de juger si la preuve contestée rend la proposition avancée plus ou moins vraisemblable. On ne peut faire échec à cette évaluation en se contentant d’énumérer d’autres explications possibles. Dès lors que la preuve est plus susceptible d’étayer l’inférence souhaitée que les autres inférences, il appartient au juge des faits, après avoir tenu compte de toutes les explications avancées, de décider s’il y a lieu le cas échéant d’accepter une inférence et le poids, s’il en est, qu’il accorde à un élément de preuve circonstancielle.
6. L’opération consistant à tirer une inférence est tributaire des faits. Cependant, la solidité du lien inférentiel entre la preuve en question et le fait que l’on cherche à établir est souvent évaluée en fonction de facteurs tels que la nature des actes qui ont été accomplis et le moment où ils l’ont été, ainsi que les risques que comporte ce type de comportement. Dans le cas qui nous occupe, M. Calnen a d’abord caché le corps de Mme Jordan dans un endroit éloigné. Après avoir appris que l’enquête concernant la disparation de Mme Jordan était devenue une enquête sur un homicide, il a entrepris une série de démarches afin de détruire complètement le cadavre en le réduisant en cendres et en fragments. Il a récupéré le corps qu’il avait laissé dans le bois et qui avait été exposé et soumis aux intempéries. Il a amené le cadavre à un autre endroit où il a allumé un feu et a brûlé le corps. Il a rapporté le torse chez lui et a continué à le brûler dans sa cour arrière jusqu’à ce qu’il ne reste plus que des restes non identifiables. Il s’est déplacé avec les restes en question à deux reprises puis a fini par les jeter dans un lac. Ce comportement impliquait la prise de mesures risquées, systématiques et successives échelonnées sur une longue période.
7. Le jour où Mme Jordan est décédée, elle et M. Calnen s’étaient querellés. Monsieur Calnen a menacé de se suicider, manifestant un état de détresse émotive. Monsieur Calnen était la seule personne présente lorsque Mme Jordan est décédée. Les messages textes que ce sont échangés Mme Jordan et M. Weeks au cours des semaines qui ont précédé le décès de Mme Jordan révèlent que cette dernière et M. Calnen entretenaient une relation conjugale tumultueuse, voire violente, et qu’elle tirait à sa fin. Madame Jordan ne se sentait pas en sécurité et voulait retourner vivre chez sa mère. Elle s’apprêtait à quitter leur demeure avec certains biens de monsieur.
8. À mon avis, la nature du comportement de M. Calnen (le fait qu’il a réussi à détruire le cadavre de Mme Jordan et, du même coup, tout élément de preuve portant sur les blessures qu’elle a subies), son lien avec le dossier de la preuve (qui révèle notamment une relation de couple marquée par la discorde, des actes de violence et des menaces de suicide), et les questions soulevées au procès (la thèse de la Couronne selon laquelle M. Calnen avait détruit le corps pour cacher la nature et la gravité des blessures) indiquent que la preuve était pertinente à l’égard du degré de culpabilité de M. Calnen. Autrement dit, la preuve relative au comportement après le fait tend à rendre la proposition de la Couronne — suivant laquelle M. Calnen avait l’intention de causer à MmeJordan des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non — plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans cette preuve. Les efforts soutenus qu’a déployés M. Calnen pendant plusieurs jours pour détruire le cadavre de Mme Jordan renforcent l’inférence selon laquelle il tentait de supprimer toute capacité de déterminer la cause du décès de Mme Jordan ainsi que la nature et la gravité de ses blessures.
9. En outre, rappelons que la proportionnalité est l’un des éléments possibles du « caractère raisonnable » d’une inférence : *White (1998)*, par. 32. Il était loisible au juge du procès, dans l’exercice de son rôle de gardien, de déterminer que les mesures prises par M. Calnen pour tenter de dissimuler et de détruire le cadavre de Mme Jordan étaient démesurées par rapport à l’allégation qu’il s’agissait d’un décès accidentel ou à l’infraction d’homicide involontaire coupable. D’ailleurs, le juge en chef MacDonald a tenu compte des mesures extrêmes qu’a prises M. Calnen pour détruire le cadavre de Mme Jordan afin d’inférer que la nature des blessures infligées au corps de Mme Jordan révélerait que M. Calnen avait l’intention de tuer Mme Jordan (meurtre au deuxième degré) et non seulement qu’il l’avait effectivement tuée en commettant un acte illégal (homicide involontaire coupable).
10. Pour terminer, l’inférence pertinente, raisonnable et rationnelle que le jury pouvait tirer au sujet du degré de culpabilité de M. Calnen, compte tenu de la preuve contestée de comportement après le fait, est semblable à celle dont il était question dans l’arrêt *Rodgerson* : M. Calnen a dissimulé et détruit le corps de Mme Jordan « afin de dissimuler la nature et la gravité de ses blessures et le degré de force requis pour les infliger » : par. 27; voir également *Teske*, par. 86-87. La dépouille de Mme Jordan aurait fourni des éléments de preuve sur la manière dont elle était décédée. Si M. Calnen n’avait pas détruit le corps de Mme Jordan, ces éléments de preuve auraient pu établir la cause de sa mort et être pertinents relativement à son intention de la tuer. L’inférence fondée sur le bon sens est qu’il a pris ces mesures pour dissimuler la preuve de ce qu’il avait fait. Sa destruction de ces éléments de preuve est démesurée par rapport à l’explication qu’il a avancée et serait susceptible d’étayer l’inférence suivant laquelle M. Calnen a tenté de dissimuler ces éléments de preuve et de camoufler non seulement l’existence d’un crime, mais sa gravité.
11. Le juge du procès aurait‑il dû accueillir la requête en verdict imposé de la défense?
12. L’avocat de la défense a souligné que, si le comportement après le fait était admissible en preuve au sujet de la question de l’intention de M. Calnen relativement à un meurtre au deuxième degré, il y aurait eu suffisamment d’éléments de preuve pour résister à la requête en verdict imposé. Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’examiner cette question.
13. Le juge du procès a‑t‑il donné des directives appropriées au jury?
14. La critique de M. Calnen sur la suffisance de l’exposé au jury portait principalement sur la question de savoir si le comportement après le fait avait été soumis de façon appropriée au jury au regard de la question de l’intention et si une directive restrictive quant à l’absence de valeur probante était nécessaire. Vu les conclusions auxquelles je suis déjà arrivée, il ne reste que deux arguments à examiner parmi ceux qu’avait soulevés la défense relativement aux directives. Premièrement, l’exposé au jury a‑t‑il fait la distinction entre l’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention? Deuxièmement, les directives circonscrivaient‑elles suffisamment la manière dont cette preuve relative au comportement après le fait pouvait être utilisée pour inférer l’intention?
    1. L’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait au regard du lien de causalité et de l’intention
15. La juridiction de contrôle examine l’exposé au jury au complet : voir *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 14 et 20; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32. Dans chaque cas, le jury doit avoir reçu des directives non pas parfaites, mais appropriées : voir *Jacquard*, par. 2. Les directives que le juge du procès donne aux jurés doivent être suffisantes pour leur permettre de comprendre les « questions soulevées, le droit relatif à l’accusation à laquelle l’accusé fait face et les éléments de preuve dont ils devraient tenir compte pour trancher les questions » : *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 163.
16. À mon avis, les directives ont adéquatement fait la distinction entre l’utilisation de ces éléments de preuve selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention. Le juge du procès a donné deux directives au sujet de la preuve relative au comportement après le fait : la première concernait le lien de causalité et la seconde, l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré. Certains principes et explications ont été répétés dans les deux parties des directives.
17. Pour ce qui est du lien de causalité, le juge du procès a énoncé l’inférence que la Couronne demandait de tirer, soit que les actes en question constituaient une preuve du fait que M. Calnen savait qu’il avait commis un crime. Le juge du procès a également exposé les autres inférences possibles et informé les jurés qu’ils n’étaient pas tenus de tirer l’inférence demandée par la Couronne. Le juge du procès a fait savoir aux jurés que [traduction] « [c]e que fait une personne après qu’un crime a été commis peut vous aider à juger si c’est cette personne qui en est l’auteur. Cela peut vous aider, mais pas toujours » : d.a., vol. I, p. 133. Le jury a été informé que, de façon générale, la preuve relative au comportement après le fait peut étayer une inférence de culpabilité, mais que « le comportement peut être celui d’une personne innocente qui veut simplement éviter d’être mêlée à une enquête de la police ou à une situation embarrassante pour elle‑même ou pour d’autres, ou encore celui d’une personne qui est anxieuse et confuse » : p. 133. Plus précisément, les jurés ont été informés en ces termes :

[traduction] La preuve du fait qu’une personne a brûlé le corps d’une autre personne décédée peut montrer qu’elle a agi d’une manière qui, selon l’expérience humaine et la logique, est compatible avec le comportement d’une personne ayant commis un acte répréhensible et incompatible avec celui d’une personne qui n’a rien fait de mal. Il se peut aussi qu’une personne brûle un corps pour une raison qui n’a rien à voir avec la perpétration d’un acte illicite. [p. 133]

1. De plus, le juge du procès a demandé aux jurés de se pencher sur la question du poids à attribuer à cette preuve circonstancielle, ainsi qu’à l’ensemble des autres éléments de preuve, et de faire cette appréciation à l’issue de leurs délibérations. Il a aussi prévenu expressément les jurés de ne pas tirer une conclusion de façon précipée et il les a en outre mis en garde que la preuve relative au comportement après le fait n’établirait pas, à elle seule, la culpabilité de M. Calnen hors de tout doute raisonnable :

[traduction] Rappelez‑vous que toute inférence que vous pourriez tirer selon laquelle l’accusé a brûlé le corps de Reita Jordan pour éviter les conséquences n’est pas suffisante en soi pour établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. Elle constitue simplement un autre élément de preuve circonstancielle dont vous pourrez tenir compte pour rendre votre décision finale. [p. 134]

1. La deuxième directive sur la preuve relative au comportement après le fait a été donnée dans l’exposé du juge du procès sur l’intention relative au meurtre au deuxième degré. Le juge a introduit son exposé sur l’intention en ces termes : [traduction] « Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que ce qui est arrivé à Reita Jordan n’était pas un accident, vous devez passer à la question suivante : Paul Trevor Calnen avait‑il [. . .] l’état d’esprit requis pour commettre un meurtre? » (p. 160). Le juge du procès a ensuite expliqué aux jurés comment déterminer l’état d’esprit de M. Calnen au moment du meurtre, c’est‑à‑dire en examinant « ses paroles et ses gestes au moment du décès de Reita Jordan, ainsi qu’avant et après » : p. 161. Le juge du procès a répété ses directives précédentes au sujet de la preuve relative au comportement après le fait. Il a ensuite expressément donné d’autres directives qui signalaient clairement aux jurés qu’ils devaient prendre en compte la preuve relative au comportement après le fait en rapport avec l’intention différemment et de façon distincte de la question du lien de causalité :

[traduction] À cet égard, vous pouvez tenir compte de la preuve du fait que M. Calnen a brûlé le corps de Reita Jordan pour décider s’il avait l’intention de la tuer ou de lui causer de graves lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort. Sur ce point, vous devrez examiner la preuve d’une façon différente de celle que j’ai déjà expliquée. Vous pouvez conclure que M. Calnen a cherché à brûler le corps de Mme Jordan afin de dissimuler la preuve. Vous pouvez en arriver à cette conclusion, mais pas forcément. C’est une décision qui vous appartient. Cependant, si vous en arrivez à cette conclusion, vous pourrez en tenir compte au même titre que tous les autres éléments de preuve pertinents pour décider si Paul Trevor Calnen avait l’intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

Rappelez‑vous, comme je l’ai déjà mentionné, que la conscience d’avoir commis un acte répréhensible n’est pas la seule raison qui inciterait une personne à brûler un corps. Le fait que M. Calnen a brûlé et dissimulé le corps constitue un comportement après le fait qui peut vous aider à déterminer sa culpabilité ou son innocence, mais pas nécessairement. Cette preuve peut vous aider à déterminer l’intention, mais pas forcément. Si vous en arrivez, à la lumière de l’ensemble de la preuve, à la conclusion que l’accusé est coupable, ce comportement après le fait peut vous aide — peut vous aider, mais pas forcément, à juger s’il s’agissait d’un meurtre ou d’un homicide involontaire coupable. [p. 164‑165]

1. Les directives du juge du procès sur la preuve relative au comportement après le fait en lien avec l’intention ont été formulées à l’intérieur de ses directives sur le meurtre au deuxième degré, et il a expressément affirmé que son exposé sur la preuve relative au comportement après le fait était livré dans un but différent de celui de son exposé précédent sur le lien de causalité. Les jurés auraient su qu’on leur demandait d’examiner la preuve dans le but nouveau et distinct de l’intention. À mon avis, cette structure claire et ces directives appropriées expliquaient adéquatement les différentes utilisations de cette preuve, selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention.
   1. Les directives circonscrivaient suffisamment les aspects de la preuve relative au comportement après le fait qui pouvaient être utilisés pour inférer l’intention
2. La défense a en outre soutenu que les directives concernant l’intention n’étaient ni claires ni suffisantes, parce que le juge aurait dû établir un lien explicite entre la preuve relative au comportement après le fait et la nature et la gravité des blessures que Mme Jordan aurait pu avoir subies : voir *Rodgerson*, par. 28. La défense a fait valoir que la mention, par le juge du procès, de l’intention de [traduction] « dissimuler la preuve » était trop générale pour être utile.
3. En fait, au cours des rencontres préalables à l’exposé au jury tenues avec l’avocat de la défense et la Couronne, la Couronne a demandé — et le juge du procès a initialement proposé — des directives dont la formulation suivait celle de l’arrêt *Rodgerson* : [traduction] « Vous pouvez conclure que M. Calnen a tenté de brûler le corps de Mme Jordan afin de dissimuler la nature des blessures et le degré de force requis pour les infliger » (d.a., vol. III, p. 2151‑2152). En réponse, l’avocat de la défense s’est opposé à cette formulation et a fait valoir que l’utilisation de mots plus précis semblables à ceux qui avaient été employés dans l’affaire *Rodgerson* équivalait à « demander aux jurés de formuler des hypothèses » : p. 2152. Donnant suite à la suggestion de l’avocat de la défense, le juge a alors modifié l’exposé pour qu’il soit ainsi libellé : « . . . vous pouvez conclure que M. Calnen a tenté de brûler le corps de Mme Jordan afin de dissimuler la preuve . . . » (p. 2154). En conséquence, la formulation retenue par le juge du procès, à savoir « dissimuler la preuve », a été élaborée en réponse à une demande de l’avocat de la défense.
4. C’est au juge du procès qu’incombent en définitive la teneur, la justesse et l’équité de l’exposé qu’il présente au jury : voir *Jaw*, par. 44; *Jacquard*, par. 37; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 49. Tant le procureur de la Couronne que l’avocat de la défense ont l’obligation « [d’assister] le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu’ils estiment problématiques » : *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58. En l’espèce, nous présumons que les suggestions de l’avocat de la défense sont données en exécution de cette obligation et pour aider le juge à faire en sorte que les jurés aient « une compréhension suffisante des faits relatifs aux questions pertinentes » : *Jacquard*, par. 14. En l’espèce, cet objectif a été atteint. La demande de l’avocat d’abréger la directive et de la rendre plus générale ne prêtait nullement à confusion ni n’a entraîné un traitement inéquitable. Dans la plupart des cas, une explication plus précise et une description explicite des inférences possibles vont vraisemblablement guider davantage les jurés. Néanmoins, le traitement particulier de la question est suffisant en l’espèce. Les jurés savaient qu’ils devaient se prononcer sur l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré et le juge a décrit de façon claire les exigences relatives à cette intention. De plus, il a mentionné expressément aux jurés qu’ils devraient examiner le comportement après le fait d’une façon différente selon qu’il s’agissait de l’intention ou du lien de causalité et que cette preuve pourrait leur être utile, mais pas forcément. Le juge du procès a mentionné les inférences concurrentes que le jury pourrait tirer de la preuve relative au comportement après le fait et il a demandé aux jurés de ne tirer leur conclusion définitive au sujet de cette preuve qu’une fois [traduction] « qu’ils auraient réuni tous les éléments de preuve » : d.a., vol. I, p. 134.
5. Selon l’arrêt *Daley*,par. 58, l’exposé au jury doit en outre être interprété en fonction des arguments invoqués par les parties. La Couronne a fait le lien entre l’intention et la dissimulation de la preuve au cours de sa plaidoirie finale. Elle a soutenu que M. Calnen aurait brûlé le corps de Mme Jordan afin que la police ne puisse voir les blessures qu’il avait infligées à la victime. Le juge du procès a également fait allusion à ce lien lorsqu’il a commenté la thèse de la Couronne et a expliqué la pertinence que la Couronne demandait au jury de tirer de la preuve, à savoir que M. Calnen avait l’intention de tuer Mme Jordan ou de lui causer des lésions corporelles graves qu’il savait être de nature à causer sa mort.
6. Il n’est pas nécessaire que l’exposé au jury respecte des formules consacrées; c’est la teneur de l’exposé qui compte : voir *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 48. Dans la présente affaire, le juge du procès a explicitement fait le lien entre la destruction du corps de Mme Jordan et la dissimulation d’*éléments* *de* *preuve*. Le juge du procès a « l’obligation générale d’informer le jury des éléments de preuve pertinents et de l’aider à établir les liens nécessaires entre ces éléments de preuve et les questions dont le jury doit tenir compte pour parvenir à un verdict » : *Rodgerson*, par. 30. Cependant, « [l]’abondance des détails requis varie en fonction du contexte » : par. 30. Mises en contexte, les précisions données en l’espèce étaient suffisantes pour guider les jurés au sujet de l’inférence qu’ils pouvaient tirer quant à l’intention de M. Calnen.
   1. Conclusion sur le comportement après le fait et l’intention
7. La preuve relative au comportement après le fait était pertinente à l’égard d’une question importante en litige — l’intention de M. Calnen — et était donc admissible. Les directives au jury faisaient adéquatement la distinction entre l’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention, et elles circonscrivaient suffisamment comment cette preuve relative au comportement après le fait pouvait être utilisée pour inférer l’intention.
8. Verdict déraisonnable
   1. Introduction
9. Vu mes conclusions sur les questions précédentes, je dois maintenant me demander si le verdict du jury était déraisonnable. On entend par verdict déraisonnable, ou verdict qui ne peut s’appuyer sur la preuve, celui « [qu]’un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire n’aurait pu raisonnablement [. . .] rendre » : *R. c. W.H*., 2013 CSC 22, [2013] 2 R.C.S. 180, par. 26; voir également *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36. Dans l’arrêt *W.H*., notre Cour explique comment un tribunal d’appel s’y prend pour vérifier si un verdict est raisonnable. Non seulement le tribunal doit‑il se demander s’il existe des éléments de preuve qui, s’il leur est ajouté foi, étayent la déclaration de culpabilité, mais il doit également examiner, analyser et apprécier la preuve et se demander, à la lumière de l’expérience judiciaire, si « l’appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury » : *W.H.*, par. 28 (soulignement omis), citant *Biniaris*, par. 39. Ainsi :

. . . pour déterminer si le verdict est de ceux qu’un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d’une manière judiciaire aurait raisonnablement pu rendre, le tribunal d’appel doit se demander non seulement si le verdict s’appuie sur des éléments de preuve, mais également si la conclusion du jury ne va pas à l’encontre de l’ensemble de l’expérience judiciaire : *Biniaris*, par. 40.

(*W.H.*, par. 28)

1. Le caractère raisonnable du verdict rendu en l’espèce par le jury était directement en cause tant devant la Cour d’appel que devant notre Cour. Même si l’un des moyens d’appel invoqués par M. Calnen devant la Cour d’appel était que le verdict du jury était déraisonnable, les juges majoritaires de la Cour d’appel n’ont pas eu à se pencher sur les arguments de la défense concernant le verdict déraisonnable en raison de leurs autres conclusions. Toutefois, le juge en chef MacDonald, dissident, a estimé que le verdict rendu par le jury était raisonnable. Devant notre Cour, la Couronne a souligné le silence des juges majoritaires sur la question du verdict déraisonnable et a soutenu l’opinion du juge en chef MacDonald suivant laquelle le verdict était raisonnable : m.a., par. 130‑144. La défense a soutenu que le verdict n’était pas étayé par la preuve et qu’il était déraisonnable : m.i., par. 115.
2. Devant notre Cour, la défense a continué de faire valoir comme principal argument que la preuve relative au comportement après le fait n’était pas admissible pour prouver l’intention. Cependant, elle a également soutenu que la présente affaire reposait sur de la preuve circonstancielle et que la preuve n’était pas compatible *uniquement*avec la culpabilité de M. Calnen, parce qu’elle permettait de tirer de nombreuses autres inférences rationnelles. En particulier, la défense a fait valoir ce qui suit :

[traduction] Même si [les inférences] étaient raisonnables, le poids de l’expérience judiciaire commanderait de conclure qu’elles ne sont pas susceptibles d’étayer une conclusion valide hors de tout doute raisonnable. Les jurés n’auraient pas pu agir raisonnablement et de façon judiciaire en rendant leur verdict. Ils auraient facilement pu être indûment révoltés par le caractère déplorable de la preuve relative au comportement après le fait de l’intimé.

(m.i., par. 114)

1. La défense soutient que, comme les jurés auraient pu être indûment révoltés, le verdict était déraisonnable et que M. Calnen devrait être acquitté. En réponse à cet argument, j’accepte que, compte tenu de l’exposé au jury dans son ensemble, il y avait un risque réel que les jurés aient pu être révoltés par le caractère déplorable du comportement de M. Calnen. Toutefois, le fait d’accepter cet argument m’amène à un résultat et à une réparation différents.
2. Lorsqu’un tribunal contrôle le caractère raisonnable d’un verdict, il part du principe que le jury a reçu des directives appropriées. Lorsqu’on aborde la question du préjudice associé à ce type de preuve, la question préalable qui s’impose logiquement avant l’étape de l’examen du caractère raisonnable est celle de savoir pourquoi les jurés auraient pu être indûment révoltés alors qu’il est clair que la loi ne permet pas aux jurés de fonder leur raisonnement sur la conduite déshonorante ou la propension de l’accusé.
3. Le jury ne peut agir judiciairement que s’il est bien informé des règles de droit régissant ses délibérations. Dans la présente affaire, les jurés devaient savoir que la loi leur interdisait de se livrer à un raisonnement interdit fondé sur la propension, mais ils n’ont reçu aucune directive restrictive sur la façon dont ils devaient réfléchir au préjudice évident associé au comportement après le fait de M. Calnen qui est contesté. Le juge du procès ne leur a jamais dit de ne pas combler les lacunes de la preuve en tirant des inférences en fonction du type de personne que les actions de M. Calnen pouvaient laisser penser qu’il était. Dans le cas qui nous occupe, l’argument de la défense au sujet du verdict déraisonnable repose sur une lacune dans l’exposé du juge au jury et en fait la preuve. La question de savoir si les jurés ont reçu les directives appropriées au sujet du préjudice associé au comportement après le fait découle directement de la question de savoir si le verdict était raisonnable ou non. En l’espèce, comme les jurés n’ont pas reçu de directives appropriées sur la façon d’agir de manière raisonnable et judiciaire, j’estime que la meilleure réparation ne consiste pas à ordonner un acquittement fondé sur un verdict déraisonnable, mais plutôt à conclure que l’exposé au jury est entaché d’une erreur qui justifie la tenue d’un nouveau procès.
4. Dans la prochaine section, j’expliquerai d’abord pourquoi il était nécessaire, dans les circonstances, de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension en raison de la conduite déshonorante de l’accusé et en quoi le défaut de le faire constitue une erreur de droit grave justifiant la tenue d’un nouveau procès. Je répondrai ensuite à trois observations formulées par les juges majoritaires. Je tiens à préciser que, premièrement, on ne peut ignorer les graves manquements à l’équité procédurale dont est entaché l’exposé au jury en raison du fait que l’avocat de la défense n’a pas expressément demandé de directive restrictive sur les risques d’un raisonnement fondé sur la propension lors de la conférence préalable à l’exposé. Deuxièmement, je ne suis pas d’accord avec l’affirmation selon laquelle l’avocat de la défense a choisi, pour des raisons d’ordre stratégique, de ne pas demander de directives restrictives sur le raisonnement fondé sur la propension et que, pour cette raison, aucune réparation ne devrait être accordée du fait de cette omission. Troisièmement, bien que le principe du caractère définitif des décisions soit d’une importance fondamentale dans les procédures en matière criminelle, il doit être mis en balance avec l’intérêt tout aussi fondamental de la société à un procès juste.
   1. Une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension était nécessaire pour veiller à ce que le jury ait reçu des directives appropriées
      * 1. Une affaire difficile, voire limite
5. Pour pouvoir déclarer M. Calnen coupable de meurtre au deuxième degré, le jury devait être convaincu, hors de tout doute raisonnable, (1) que M. Calnen avait causé la mort de Mme Jordan en commettant un acte illégal et (2) que M. Calnen avait l’intention de causer la mort de Mme Jordan, ou qu’il avait l’intention de lui causer des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non. La norme de preuve en matière criminelle exigeait des jurés qu’ils soient « sûrs » que M. Calnen a commis un meurtre au degré, et non seulement qu’ils estiment que ce dernier était probablement ou vraisemblablement coupable[[2]](#footnote-2).
6. L’ensemble de l’expérience judiciaire laisserait entendre que la présente affaire frôlerait la limite lorsqu’il s’agit de juger si la Couronne s’est acquittée ou non du fardeau ultime qui lui incombait consistant à établir chacun des éléments constitutifs du meurtre au deuxième degré hors de tout doute raisonnable : voir *W.H*., par. 26; voir également *Yebes*, p. 185; *Biniaris*, par. 36; et m.i., par. 111. Il faut se rappeler que, quelle qu’ait pu être la cause du décès de Mme Jordan, elle n’a laissé aucune preuve de nettoyage ou de dommage dans la maison, et M. Calnen a détruit l’information qui aurait pu être recueillie d’un examen de la dépouille de Mme Jordan. Il n’y avait donc aucun élément de preuve quant à la cause du décès, hormis la déclaration de M. Calnen et son comportement après le fait. Le dossier reposait sur de la preuve circonstancielle et on a demandé au jury de se livrer à un raisonnement inférentiel. Comme ma collègue la juge Karakatsanis l’explique, la preuve permettait de tirer d’autres inférences raisonnables que le meurtre. De plus, la fine ligne séparant innocence et culpabilité est également illustrée non seulement par le fait que les juges étaient divisés sur les principales questions de droit, mais également par le fait que M. Calnen a été libéré lors de l’enquête préliminaire.
7. Pour que le caractère raisonnable du verdict puisse être contrôlé, il est tout d’abord nécessaire que les jurés aient reçu des directives appropriées. J’ai déjà statué que le juge du procès avait correctement traité les risques généraux associés au comportement après le fait en précisant comment celui‑ci pouvait inciter à la spéculation et à un raisonnement imprécis. Le juge du procès a aussi porté d’autres inférences et explications possibles à l’attention des jurés pour éviter qu’ils ne tirent de façon précipitée une conclusion en particulier : voir *White (1998)*; *White (2011)*. Toutefois, un examen de l’exposé révèle que les jurés n’ont jamais été informés des risques particuliers de combler les lacunes, de tirer des inférences ou d’arriver à des conclusions sur le fondement de la propension ou de la moralité de M. Calnen. Sans directive de la sorte, les jurés se seraient sentis libres de combler les lacunes ou de tirer des inférences à partir du comportement après le fait déshonorant de M. Calnen et d’utiliser à tort ces éléments de preuve pour les aider à rendre un verdict de culpabilité pour meurtre au deuxième degré.

(2) Raisonnement fondé sur la propension

1. Le caractère pernicieux de la preuve de propension est bien connu et la gestion de ses risques est une préoccupation des tribunaux depuis au moins le dix‑septième siècle : *Harrison’s Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833 (Old Bailey (London)), p. 864, cité dans *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 32. Dans l’arrêt *Handy*, par. 139, notre Cour a tracé les limites de la preuve de mauvaise moralité et de ses « effets pernicieux » (par. 138), susceptibles de causer un préjudice moral :

On mentionne souvent que le « préjudice » dans ce contexte n’est pas le risque de déclaration de culpabilité. Le préjudice réside davantage dans le risque de procès diffus et de déclaration de culpabilité *injustifiée*. Le raisonnement interdit est l’inférence de culpabilité à partir d’une prédisposition ou propension *générale*. La preuve, si on y ajoute foi, démontre que l’accusé a des tendances déshonorantes. En définitive, le verdict peut être fondé sur un préjudice plutôt que sur une preuve, compromettant ainsi la présomption d’innocence consacrée à l’art. 7 et à l’al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [En italique dans l’original; par. 139.]

1. Il existe aussi la possibilité de préjudice par raisonnement, qui empêche les membres du jury de bien se concentrer sur l’accusation elle‑même : *Handy*, par. 144‑145. Le détournement d’attention du jury peut se produire de différentes façons. Dans l’arrêt *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), la juge McLachlin (plus tard juge en chef du Canada) (dans des motifs dissidents adoptés dans l’arrêt *Handy*, par. 145) a fait remarquer, à la p. 399, que la preuve de faits similaires peut éveiller [traduction] « dans l’esprit des jurés des sentiments de répugnance et de réprobation qui risqueraient bien de les détourner de l’analyse rationnelle et objective sur laquelle devrait reposer le processus criminel ».
2. Bien que les énoncés de principe de la Cour concernant la preuve de mauvaise moralité s’appliquent souvent dans le contexte de la preuve de faits similaires, les dangers posés par le raisonnement fondé sur la propension peut survenir dans toute affaire où la Couronne tente d’introduire une conduite déshonorante de la part de l’accusé qui peut compromettre la capacité du jury de faire une analyse objective : *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, p. 735.

(3) Analyse

1. En admettant la preuve contestée de comportement après le fait, le juge du procès a décidé que la valeur probante de la preuve l’emportait sur ses effets préjudiciables. Cette décision était correcte. Toutefois, la conclusion selon laquelle la preuve était plus probante que préjudiciable ne déchargeait pas le juge de sa responsabilité de reconnaître et de traiter tout préjudice particulier fondé sur la propension de cette preuve dans son exposé au jury. Des directives claires aux jurés sur les utilisations qu’ils pouvaient — et ne pouvaient pas — faire des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante étaient essentielles :

Il incombe aux juges du procès de donner aux jurés des directives appropriées quant à l’utilisation qu’ils peuvent faire de la preuve qui est fortement préjudiciable à l’accusé sur le plan de sa moralité. [. . .] Étant donné que ces témoignages pourraient avoir un effet fortement préjudiciable sur le jury qui pourrait alors prononcer un verdict de culpabilité pour le motif que l’accusé est le genre de mauvaise personne susceptible de commettre les infractions en cause, il était essentiel de donner au jury des directives claires quant à l’utilisation qu’il pouvait faire de cette preuve. Plus précisément, le juge était tenu, dans ses directives, d’expliquer clairement aux jurés qu’ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de l’appelant que celui‑ci était coupable parce qu’il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause.

(*B. (F.F.)*, p. 733‑734)

1. Un raisonnement que le jury aurait pu suivre en l’espèce aurait été que M. Calnen a détruit la dépouille de Mme Jordan dans le but de détruire de la preuve tendant à montrer qu’il a causé sa mort par suite d’un acte illégal. Le jury pouvait également déduire que la destruction totale de la dépouille de Mme Jordan par M. Calnen, sur une période de plusieurs jours et à de nombreux endroits, pouvait également étayer l’inférence qu’il n’agissait pas simplement pour dissimuler un crime qu’il avait commis, mais aussi pour cacher la gravité de ce crime. Toutefois, il n’était pas loisible au jury de déduire que, parce que M. Calnen avait déplacé et brûlé le cadavre d’un être humain, il était le genre de personne qui tuerait, et donc qu’il a effectivement tué Mme Jordan. Pourtant, le risque que le jury se livre précisément à ce type de raisonnement était très réel en l’espèce. En conséquence, même si la preuve était admissible pour ce qui est d’établir le lien de causalité et l’intention, elle avait tous les traits de preuve de propension qui pourrait, en l’absence de directives restrictives adéquates, importer un préjudice moral et un préjudice par raisonnement dans l’analyse du jury.
2. Je m’explique. Le comportement après le fait de M. Calnen était susceptible de provoquer une forte réaction émotive chez les jurés. L’acte de brûler la dépouille de Mme Jordan était moralement et viscéralement révoltant. Dans les jugements rendus par les juridictions inférieures, les actes posés ont, à plusieurs reprises, été qualifiés de diverses façons : [traduction] « horribles » (terme employé quatre fois dans les seuls motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel); « extrêmes »; « choquants »; « désespérés »; « obsessifs »; et « extraordinaires ». Le caractère troublant des actes a été clairement exposé au jury. Dans son exposé final au jury, le procureur de la Couronne a longuement décrit la conduite de M. Calnen et l’a associée directement à sa demande aux jurés de conclure que M. Calnen avait l’intention de tuer Mme Jordan. La nature de la preuve, même si celle‑ci était admissible, faisait ainsi naître un risque important que M. Calnen soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, non pas parce que le jury avait conclu hors de tout doute raisonnable qu’il avait tué Mme Jordan, mais parce que son comportement après le fait avait convaincu les jurés qu’il était le genre de personne qui tuerait : voir *Handy*, par. 31‑36; *B. (F.F.)*, p. 734. Il y avait par ailleurs le risque de préjudice par raisonnement. Alors que les jurés évaluaient la question de savoir si la preuve dans son ensemble établissait les éléments du lien de causalité et de l’intention hors de tout doute raisonnable, ils éprouvaient vraisemblablement le mélange précis de [traduction] « répugnance et de réprobation » qui risquerait de les détourner d’une analyse rationnelle et objective de la preuve.
3. De plus, M. Calnen était un consommateur régulier de drogues illicites. Il a affirmé aux policiers qu’il avait rencontré Mme Jordan la première fois lorsqu’il avait retenu ses services comme travailleuse du sexe. Monsieur Calnen avait annoncé les services sexuels de Mme Jordan dans le journal. Dans son témoignage, M. Weeks a affirmé qu’il avait eu une relation sexuelle à trois avec M. Calnen et Mme Jordan. La consommation de drogues illicites, l’embauche et la promotion de travailleuses du sexe et l’aventurisme sexuel sont fréquemment l’objet de censure sociale. Pris ensemble, ces faits étaient susceptibles de faire en sorte que les jurés se soient formé une image mentale d’un homme dont la boussole morale était à ce point déréglée qu’il était tout à fait capable de commettre un meurtre. Ceci constituait une autre forme de preuve de propension générale ou de mauvaise moralité qui obligeait le juge du procès à expliquer le droit pour veiller à ce que cette preuve ne vicie pas le raisonnement du jury. Autrement dit, il existait un risque que le jury puisse, en partie du moins, déclarer l’accusé coupable en raison de sa « mauvaise personnalité » : *Handy*, par. 31.
4. La nature préjudiciable du comportement après le fait est une question qui a été soulevée tout au long du procès. Par exemple, lors du premier voir‑dire, l’avocat de la défense a fait valoir que l’admission des déclarations de M. Calnen aurait un [traduction] « énorme effet préjudiciable sur le jury » (d.a., vol. II, p. 22) et que ces déclarations invitaient les jurés « à tirer une inférence interdite » (d.a., vol. III, p. 585). Lors de la tenue du deuxième voir‑dire, le 2 novembre 2015, la défense a soutenu que la déclaration de M. Calnen n’était pas admissible étant donné que « son effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante » : d.a., vol. II, p. 66. Dans sa plaidoirie orale, la défense a affirmé, au sujet de la déclaration, qu’elle « est préjudiciable parce qu’elle le présente sous un jour peu flatteur en raison de ce qu’il a fait par la suite . . . » (d.a., vol. III, p. 704). La défense a de nouveau soulevé le caractère préjudiciable de la preuve relative au comportement après le fait dans sa requête en verdict imposé. C’est ici que l’avocat de la défense a évoqué pour la première fois la possibilité d’un verdict déraisonnable causé par un raisonnement fondé sur la propension, en faisant valoir ce qui suit : [traduction] « Comme le tribunal l’a fait observer dans la décision *Beals* [2011 NSCA 42, 302 N.S.R. (2d) 358], le risque de condamnation injustifiée peut être pris en compte. Les faits de l’espèce permettent de penser qu’il y a une forte possibilité qu’un verdict déraisonnable soit rendu en raison du caractère incendiaire des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait » (d.a., vol. II, p. 180). L’avocat a ajouté ce qui suit dans sa plaidoirie orale :

[traduction] . . . lorsqu’on essaie -- lorsque la Couronne essaie de prouver l’accusation en se fondant exclusivement sur un élément de preuve qui, comme vous le savez, a toujours été traité avec prudence par les tribunaux, on court un risque réel, si le jury en est saisi, de se retrouver avec une condamnation injustifiée [. . .]. Ce problème est bien réel en l’espèce. Et, comme je l’ai expliqué dans mon mémoire on ne peut faire abstraction du fait qu’en l’espèce — la preuve relative au comportement après le fait est incendiaire et qu’elle risque d’être utilisée de façon excessive. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 2040‑2041)

Il ressort donc du dossier que l’avocat de la défense a soulevé à plusieurs reprises le caractère préjudiciable de cette preuve.

1. Le juge du procès était lui aussi conscient de ces préoccupations. Après le deuxième voir‑dire, au terme duquel il a admis en preuve certains passages des déclarations de M. Calnen, le juge du procès a souligné qu’il solliciterait l’assistance des avocats pour formuler l’exposé concernant la preuve relative au comportement après le fait : 2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93, par. 42. De plus, dans sa décision rejetant la requête en verdict imposé de la défense, le juge du procès a affirmé : [traduction] « Tout risque de préjudice peut être évité par une directive appropriée sur la bonne façon d’utiliser cette preuve » (2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129, par. 42).
2. Par ailleurs, les juges majoritaires de la Cour d’appel, au premier paragraphe de leurs motifs, comprenaient eux aussi l’effet éventuel des émotions :

[traduction] Il est courant que les juges du procès disent aux jurys que les affaires doivent être jugées sur le fondement de la preuve légalement admissible et non de l’émotion. Les gestes posés par l’appelant en l’espèce, c’est‑à‑dire avoir brûlé à maintes reprises le corps de Reita Louise Jordan après son décès, provoqueraient une vive réaction émotive chez la plupart des gens. Il est absolument essentiel que le juge du procès dans ce cas prescrive précisément toute restriction touchant l’utilisation de cette preuve dans son rapport avec la question de la preuve de l’intention de commettre un meurtre.

Même si cette affirmation portait sur un autre sujet, je suis également d’avis que cette preuve provoquerait une vive réaction émotive chez la plupart des gens et qu’il est absolument essentiel que le juge du procès prescrive précisément toute restriction touchant l’utilisation de cette preuve. Selon moi, cette obligation consiste à donner des restrictions tant en ce qui concerne les risques généraux de tout comportement après le fait que les risques de propension propres à cette preuve particulière.

1. À l’instar des juges majoritaires, j’estime que l’exposé au jury mettait suffisamment en garde le jury contre les risques généralement associés à une preuve relative au comportement après le fait. Toutefois, dans ses directives générales sur la preuve relative au comportement après le fait, le juge du procès n’a pas adéquatement traité des risques du raisonnement fondé sur la propension ni de son incidence éventuelle sur le raisonnement et les conclusions ultimes du jury. Il y a une différence entre une directive sur la propension et une directive visant à traiter d’éléments de preuve relatifs au comportement après le fait. Il s’agit de directives distinctes portant sur des processus de réflexion distincts. En outre, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait ne sont pas tous préjudiciables. Les actes qui peuvent être qualifiés de comportements après le fait vont du refus de répondre à des policiers qui frappent à la porte au fait de réduire un cadavre en cendres. Bien que tous les comportements après le fait exigent des directives générales comme celles que le juge du procès a données en l’espèce, dans certains cas, des directives restrictives plus précises sont nécessaires pour tenir compte d’autres risques de raisonnement associés à la preuve.
2. En l’espèce, il existait un risque de raisonnement plus élevé que les risques qui sont généralement associés aux éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, à savoir le risque que les actes de M. Calnen étaient si répugnants sur le plan moral que ce dernier soit condamné en raison de sa mauvaise personnalité. Ainsi le juge du procès était‑il tenu « d’expliquer clairement aux jurés qu’ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de [l’accusé] que celui‑ci était coupable parce qu’il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause » (*B. (F.F.)*, p. 734), ce qu’il n’a pas fait. L’exposé au jury était muet quant aux risques précis d’un raisonnement fondé sur la propension que suscitait le fait de demander aux jurés d’évaluer des éléments de preuve dont on admettait qu’ils étaient [traduction] « horribles », « extrêmes », « troublants » et susceptibles « de détourner l’attention ». Par conséquent, bien que, dans ses directives, le juge du procès ait suffisamment prévenu les jurés d’éviter de conclure trop rapidement à la culpabilité en se fondant uniquement sur les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, ces directives n’ont pas outillé les jurés pour composer avec le mélange de répulsion et de répugnance que ces éléments de preuve particuliers ont suscité.
3. Les remarques introductives faites par le juge du procès au sujet du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen à l’égard de l’accusation d’indécence ne constituaient pas non plus une directive suffisante pour mettre le jury en garde contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension. La directive donnée au jury de faire abstraction du plaidoyer de culpabilité était certes utile, mais comme le jury a par la suite entendu, pendant plusieurs jours, des témoignages détaillant les agissements de M. Calnen à l’égard de restes humains, ces remarques introductives auraient dû s’accompagner d’autres directives portant précisément sur la propension. Le jury n’a reçu aucune directive de la sorte.
4. Si le procès s’était déroulé devant un juge seul, ce dernier aurait su efficacement gérer le risque que représente le raisonnement fondé sur la propension. On peut s’attendre à ce que les juges du procès se mettent eux‑mêmes en garde contre le caractère préjudiciable du raisonnement fondé sur la propension parce qu’ils « sont censés connaître le droit qu’ils appliquent tous les jours » : *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 54; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 47.
5. Toutefois, un jury a besoin de directives. Les jurés ne sont pas présumés connaître le droit et il revient ultimement au juge du procès de s’assurer de la teneur, de la justesse et de l’équité de l’exposé au jury : voir *Jaw*, par. 44; *Jacquard*, par. 37; *Khela*, par. 49. Pour conférer adéquatement à notre système de justice la « saine mesure de bon sens » qui fait des jurés une partie si précieuse du processus judiciaire, les jurés doivent d’abord être outillés des bonnes règles de droit : *R. c.* *Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692. Les directives au jury font en sorte que le mode de raisonnement admissible a été adéquatement expliqué aux jurés et que ces derniers ont reçu les mises en garde et les directives restrictives nécessaires sur les utilisations qu’ils peuvent faire de certains éléments de preuve. Outillés de directives claires sur le plan du droit, les jurys peuvent rendre des verdicts valables, légitimes et raisonnables.
6. Bien que la Couronne n’ait pas fait valoir la question de la propension au procès, elle a effectivement demandé aux jurés de faire preuve de bon sens. Elle a d’ailleurs repris cet argument dans le cadre du présent pourvoi devant notre Cour : m.a., par. 114. Sans directive restrictive explicite, on ne peut s’attendre à ce que les jurés sachent que, en même temps qu’on les invite à faire preuve de bon sens, il leur est en fait interdit de se livrer à ce que plusieurs d’entre eux peuvent simplement percevoir comme une autre forme de raisonnement fondé sur le bon sens : le raisonnement fondé sur la propension. La raison pour laquelle les juges procèdent à des mises en garde contre un raisonnement fondé sur la propension est précisément parce qu’il est bien connu que cette manière de raisonner est intuitive et puissante. En l’espèce, faute de directive explicite sur la question, les jurés ne pouvaient pas avoir compris le caractère potentiellement pernicieux de la preuve fondée sur la propension et la manière dont le droit en a circonscrit l’utilisation.
7. En conséquence, nous nous retrouvons dans une situation où le jury (1) devait s’appuyer sur une preuve qui comportait un risque reconnu et précis de préjudice, (2) n’était pas outillé d’une directive restrictive sur la façon d’éviter les pièges d’un raisonnement préjudiciable fondé sur la propension ou la mauvaise moralitéet (3) s’est fort vraisemblablement appuyé sur cette preuve pour rendre son verdict de culpabilité. Tous les juges saisis de ce dossier ont reconnu le caractère fort émotif de la preuve. Même si la preuve était admissible, son admission nécessitait une directive juridique claire pour veiller ce que le jury se serve de la preuve correctement, tant en général que de façon particulière. Dans de telles circonstances, le défaut de donner une directive sur ce point capital a fait en sorte que le jury n’a pas reçu des directives appropriées sur le plan juridique.
   1. Réparation
8. Dans le cas qui nous occupe, le défaut du juge du procès de mettre en garde les jurés contre un raisonnement fondé sur la propension n’a pas été invoqué à titre de moyen d’appel distinct. Le préjudice associé à ce type de preuve faisait toutefois partie de l’argumentaire de la défense sur le verdict déraisonnable et il a été invoqué tout au long de l’appel relativement à d’autres questions de droit.
9. Compte tenu de la façon dont l’instance s’est déroulée, le fait que la défense ne s’est pas opposée au préjudice associé à cette preuve au motif que l’exposé au jury comportait de ce fait une lacune ne tire pas à conséquence. Il ne s’agissait nullement d’une nouvelle question au sens que notre Cour a donné à ce terme dans l’arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 30 : voir également *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, par. 39. Cette question ne constitue pas « un nouveau fondement sur lequel on pourrait s’appuyer [. . .] pour conclure que la décision frappée d’appel est erronée », parce qu’elle n’est pas « véritablement nouvell[e] » : *Mian*, par. 30. L’argument de l’intimé quant au caractère déraisonnable du verdict repose plutôt sur le caractère préjudiciable de la preuve et sur l’incapacité du jury à en tenir compte. Le préjudice causé par cette preuve n’est donc pas « différen[t] [. . .] sur les plans juridique et factuel » du moyen tiré du verdict déraisonnable par la défense : par. 30. Au contraire, ce préjudice résulte carrément de la preuve et des arguments présentés devant notre Cour, et « découl[e] des questions formulées par les parties » : par. 30.
10. Bien que l’argument de verdict déraisonnable que formule la défense repose sur le caractère préjudiciable de la preuve, j’estime qu’il convient de qualifier d’erreur de droit pour l’application du sous‑al. 686(1)a)(ii) du *Code criminel* le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive sur le raisonnement fondé sur la propension. Le contrôle du caractère raisonnable d’un verdict par un tribunal d’appel « suppose que l’accusé a subi un procès régulier fondé sur une preuve qui était légalement admissible et qui était assortie de directives correctes en droit » : *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 915. Dans l’affaire qui nous occupe, il existe un lien indéniable entre l’allégation de verdict déraisonnable et l’existence d’une erreur de droit, parce qu’en raison de cette erreur de droit, le jury n’a pas reçu de directives appropriées et, de ce fait, il n’était pas outillé pour rendre un verdict raisonnable.
11. Comme il s’agissait d’une erreur de droit, il serait loisible à la Couronne d’invoquer la disposition réparatrice si l’erreur en question était inoffensive ou si la preuve contre M. Calnen était à ce point accablante que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité : *R. c. O’Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485, par. 34; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26‑31; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 48 et 54; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34‑36. J’estime toutefois que, dans le cas qui nous occupe, l’erreur de droit n’était pas inoffensive. Même si l’exposé fait à un jury n’a pas à être parfait et qu’il s’agit en l’espèce d’une seule omission dans un exposé par ailleurs étoffé, le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive au sujet du raisonnement fondé sur la propension a plutôt fait en sorte que le jury n’a pas reçu de directives appropriées lui permettant d’évaluer le principal élément de preuve présenté par la Couronne pour conclure à la culpabilité de l’accusé. En définitive, d’importants risques liés au raisonnement n’ont pas été abordés et l’incidence potentielle de cette erreur est suffisamment grave pour justifier un nouveau procès.
12. De plus, la preuve n’était pas telle que le jury reconnaîtrait forcément l’accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Il était loisible au jury de conclure que la preuve n’établissait aucune culpabilité criminelle. Le jury aurait aussi pu conclure que la preuve permettait de conclure à une implication illicite de M. Calnen dans la mort de MmeJordan et qu’il avait causé sa mort. Il n’était pas inévitable qu’un jury ayant reçu des directives appropriées soit allé encore plus loin dans son raisonnement inférentiel et ait conclu que la Couronne avait prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Calnen avait causé intentionnellement la mort de Mme Jordan. Un verdict de non‑culpabilité, ou de culpabilité d’homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre, était aussi possible dans cette affaire.
13. J’arrive à la conclusion que le jury n’a pas reçu des directives appropriées et qu’il existe des éléments de preuve légalement admissibles qui pourraient raisonnablement justifier une déclaration de culpabilité. Le caractère raisonnable d’un verdict quant à l’accusation de meurtre au deuxième n’aurait pu être évalué que si les jurés savaient qu’il leur était interdit de tenir un raisonnement suivant lequel, parce qu’il a détruit le corps de Mme Jordan comme il l’a fait, M. Calnen était le type de personne qui l’aurait tuée. À mon avis, les directives du juge du procès à cet égard n’étaient pas conformes aux règles de droit et la réparation à accorder n’est pas un acquittement, mais un nouveau procès.

D. Autres questions

1. Dans la présente section, je vais répondre à certaines questions soulevées par les juges majoritaires dans leurs motifs de jugement. De façon générale, je dirais qu’il aurait été préférable que la défense demande, lors de la conférence préalable à l’exposé au jury, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension et qu’elle invoque le défaut du juge du procès de donner des directives mettant le jury en garde contre un raisonnement fondé sur la propension ou la mauvaise personnalité comme un moyen d’appel distinct, plutôt que de le soulever dans le cadre de son argument sur le verdict déraisonnable. Souhaitons par ailleurs que les avocats suivent ces consignes à l’avenir lorsque le comportement après le fait en cause comporte des risques particuliers liés au raisonnement, comme ceux associés au raisonnement fondé sur la propension; on s’attend d’ailleurs qu’ils agissent ainsi. J’estime toutefois qu’en l’espèce, l’accent devrait être mis sur l’équité globale du procès et non sur le caractère définitif des décisions, et qu’on doit s’assurer que le jury n’a pas dévié de sa route lorsqu’il a été invité à se pencher sur diverses inférences tirées progressivement à partir de preuve circonstancielle.
   * + 1. Il appartient au juge du procès de s’assurer que son exposé au jury est suffisant
2. Les juges majoritaires estiment que « le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer, au motif que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, peut raisonnablement être interprété comme une indication que la défense estimait que l’exposé était satisfaisant et qu’une directive restrictive ne servirait pas l’intérêt de son client » : par. 41. En toute déférence, vu les faits de l’espèce, je ne partage pas cet avis.
3. Bien qu’il ne soit pas déterminant, le défaut de l’avocat de s’opposer à l’exposé au jury constitue un facteur qui mérite d’être considéré : *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, p. 343‑344; *Jacquard*, par. 37‑38; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1319‑1320; *Arcangioli*, p. 143; *Van*, par. 43; *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581, par. 51. Le facteur déterminant est le contexte, non seulement le contexte entourant l’exposé au jury, mais celui entourant l’ensemble du procès : « . . . nous ne devons pas dissocier l’exposé du juge au jury du contexte plus général du procès » (*Jacquard*, par. 33; voir également *Araya*, par. 52).
4. Le défaut de l’avocat de s’opposer doit donc être évalué à la lumière de l’exposé au jury et du procès dans leur ensemble, au même titre que d’autres facteurs, comme le fait de savoir si les parties et le juge du procès étaient conscients de l’enjeu tout au long du procès — et, le cas échéant, la mesure dans laquelle ils l’étaient —, ainsi que l’importance de l’enjeu pour la défense de l’accusé. Le contexte du procès en cause montre que l’avocat de la défense était constamment préoccupé par la question du préjudice fondé sur la propension qui est associé à la preuve contestée de comportement après le fait et que le juge du procès avait l’intention de tenir compte de ce préjudice dans son exposé au jury. Le cas qui nous intéresse diffère de celui dans l’arrêt *Jacquard*, où « l’[accusé] n’a[vait] pas soulevé expressément la question de la “préméditation et [du] propos délibéré” comme une question en litige au procès » : par. 33. De même, la présente affaire peut être distinguée de celle dans *Thériault*, puisque contrairement à cet arrêt, le défaut du juge du procès de donner des directives en l’espèce portait sur de la preuve qui constituait le fondement des questions centrales du lien de causalité et de l’intention : voir p. 342‑344. En l’espèce, le défaut de s’opposer de l’avocat est supplanté par le fait pour lui d’avoir mentionné de façon expresse et répétée la nature incendiaire de la preuve tout au long du procès, ainsi que par l’importance de la question de la propension pour la défense de M. Calnen.
5. Ultimement, « l’exposé au jury est la responsabilité du juge du procès et non de l’avocat de la défense » : *Jacquard*, par. 37; voir également *Jaw*, par. 44; *Khela*, par. 49. Ainsi, même lorsque les deux parties sont d’accord pour dire que l’exposé au jury était suffisant, il appartient au juge du procès, en tant que juge du droit et garant de l’équité du procès, de décider de sa teneur. Dans l’arrêt *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198, par. 27, la juge Charron a énoncé comme suit ce principe :

Les discussions entre les avocats et le juge du procès au sujet de la teneur de l’exposé au jury peuvent s’avérer extrêmement utiles pour rédiger des directives au jury approprié et elles devraient, pour cette raison, être encouragées. Il n’en demeure pas moins que c’est au juge du procès qu’il incombe d’instruire le jury sur toutes les questions de droit pertinentes que soulève la preuve. Dans certains cas, ces directives ne s’accordent ni avec la thèse défendue par le procureur du ministère public ni avec celle de l’avocat de la défense.

(Voir également *B. (F.F.)*, p. 735‑736; *R. c. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222, par. 95.)

1. Bien que l’obligation d’assister le juge relativement à l’exposé au jury incombe à tous les avocats concernés (*Daley*, par. 58), il appartenait ultimement au juge du procès de donner au jury des directives sur les questions de droit pertinentes pour que le jury puisse rendre un verdict légitime, de contrôler tout préjudice associé au raisonnement fondé sur la propension et de veiller à ce que M. Calnen jouisse d’un procès équitable. Puisque la défense a constamment évoqué le risque de préjudice associé au comportement après le fait de M. Calnen et que le juge du procès a reconnu la nécessité de tenir compte du préjudice dans son exposé aux jurés, il revenait donc au juge du procès de faire un examen plus poussé de la question du raisonnement fondé sur la propension au moment de formuler son exposé. Dans ces conditions, le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer revêt une importance limitée : « . . . c’est au juge du procès qu’il incombe d’examiner l’admissibilité de tous les éléments de preuve et de donner au jury des directives appropriées : l’absence d’observation ou d’objection de la part de l’avocat de l’accusé n’a pas pour effet de supprimer cette obligation » (*B. (F.F.)*, p. 735‑736).
2. En outre, le fait de ne pas soulever une question ne saurait empêcher un tribunal d’ordonner la tenue d’un nouveau procès dès lors que l’erreur commise par le juge du procès est susceptible de causer une erreur judiciaire : *Chambers*, p. 1319‑1320.

(2) Rien ne permet d’affirmer que l’avocat de la défense a pris une décision stratégique

1. Les juges majoritaires, au par. 18, affirment également que « selon toute vraisemblance, c’est parce que l’avocat de la défense a consciemment et délibérément décidé, pour des raisons d’ordre stratégique, d’organiser les éléments de preuve de conduite déshonorante dans le but de renforcer la véracité de la déclaration extrajudiciaire et de la reconstitution des faits produites par M. Calnen et sur lesquelles sa défense reposait » et, au par. 68, que « [c]ompte tenu de la stratégie adoptée par la défense, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait risqué de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de M. Calnen sur la crédibilité de ce dernier, faisant ainsi voler en éclats sa défense, un risque que la défense a préféré ne pas courir. »
2. Je ne partage pas cette opinion, et ce, pour trois raisons. Premièrement, il convient de faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu’on spécule au sujet des raisons pour lesquelles un avocat a agi d’une façon particulière au procès. D’ordinaire, les tribunaux ne disposent pas de tous les renseignements leur permettant de savoir ce qui se passe dans les coulisses, et le fait de conclure qu’il s’agissait d’une décision consciente et délibérée d’ordre stratégique a souvent des conséquences juridiques importantes pour l’accusé.
3. Il ne s’agit pas d’un cas où la preuve de mauvaise moralité a été surtout présentée par la défense pour des raisons d’ordre stratégique qui lui sont propres; il ne s’agit pas non plus d’une affaire dans laquelle l’avocat de la défense a expressément renoncé aux droits de l’accusé de réclamer une directive restrictive sur la propension : *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, par. 98; *R. c.* *Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327, par. 26‑27. Il ne faut pas oublier que la principale question au procès était l’admissibilité et l’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait par rapport à l’intention. Dans le feu de l’action lors de procès en matière criminelle, quand l’affrontement porte principalement sur une question ou un domaine, il n’est pas rare que des arguments subsidiaires, aussi bons soient‑ils, échappent à la vigilance du tribunal. Il arrive parfois qu’on ne se rende compte que plus tard que d’autres façons de faire existent.
4. Ce que nous savons, c’est que l’avocat de la défense n’a pas demandé de directive restrictive portant sur le raisonnement fondé sur la propension. La Couronne, qui exerce une fonction quasi judiciaire et à qui incombe l’obligation reconnue de contribuer à la formulation d’un exposé au jury approprié, n’en a pas non plus demandé. Le juge du procès a reconnu que le préjudice était une question à aborder ultérieurement dans l’exposé au jury, mais il ne l’a pas soulevée de nouveau lors de la conférence préalable à l’exposé. Si le juge du procès avait expressément envisagé la possibilité d’ajouter une directive restrictive lors de la conférence préalable à l’exposé comme moyen d’éviter le préjudice engendré par le comportement après le fait, et que l’avocat de la défense avait écarté cette possibilité, il existerait alors des raisons factuelles de croire que l’avocat de la défense avait pris une décision délibérée motivée par des raisons stratégiques. Toutefois, à défaut d’autres renseignements, le fait pour la défense, la Couronne et le juge du procès de ne pas avoir envisagé le préjudice associé au comportement après le fait pourrait tout aussi bien s’expliquer par l’oubli, la fatigue ou le fait qu’ils ont accordé de l’importance à d’autres facteurs.
5. Deuxièmement, si l’on doit imputer une stratégie à un avocat, il doit être évident qu’il s’agit d’une stratégie, mais aussi que cette stratégie est cohérente et solide. La stratégie qu’exposent les juges majoritaires est problématique, non seulement du fait qu’elle comporte un raisonnement complexe, mais également parce que chaque étape de ce raisonnement est affaiblie par d’autres facteurs. Comme les juges majoritaires le soulignent avec raison (au par. 64) : « [c]ela va de soi que la preuve de mauvaise moralité peut nuire à la crédibilité de l’accusé et que le jury peut l’utiliser comme facteur pour déterminer si l’accusé est susceptible de dire la vérité » (*R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 70; voir également *White* *(1998)*, par. 26). Par conséquent, il était toujours loisible au juge du procès d’expliquer aux jurés qu’ils pouvaient utiliser le comportement après le fait de M. Calnen pour évaluer sa crédibilité : *Jaw*, par. 39. Il était également loisible à la Couronne de demander une telle directive à tout moment; elle n’avait pas à attendre que la défense demande au juge de donner une directive restrictive sur la propension pour demander elle‑même une directive sur la crédibilité concernant l’un ou l’autre des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante. On ne peut donc pas affirmer que la Couronne « aurait sans aucun doute insisté pour qu’une directive de la sorte soit donnée », comme l’affirment les juges majoritaires, parce que la Couronne avait déjà eu la possibilité de le faire et s’en était abstenue : par. 65. L’idée suivant laquelle la défense n’a pas demandé de directive restrictive sur la propension pour éviter une directive sur la crédibilité alors que cette dernière était indépendante de toute directive restrictive sur la propension n’est pas logique. En fait, une telle directive aurait pu être demandée en tout temps.
6. De plus, même si la Couronne avait insisté pour qu’une directive additionnelle soit donnée sur la question de crédibilité, les juges majoritaires surestiment le tort qu’une telle directive aurait causé à la défense de M. Calnen. La véracité de la déclaration du 18 juin de M. Calnen était déjà en cause au procès. Même si la défense de M. Calnen reposait sur une grande partie des éléments de preuve de sa conduite déshonorante présentée à l’appui de sa déclaration disculpatoire, la véracité de cette déclaration était déjà mise en doute par d’autres éléments de preuve, à savoir la contradiction entre les déclarations faites à la police par M. Calnen le 5 avril et le 18 juin, et les témoignages de Wade Weeks, de Krista Andrews, de Donna Jordan et de M. Calnen lui‑même suivant lesquels ce dernier avait menti à plusieurs reprises à la police ainsi qu’à la famille et aux amis de Mme Jordan au sujet de la disparition de Mme Jordan et de son implication dans le décès de cette dernière. Dans son exposé final, le procureur de la Couronne a attaqué à fond la crédibilité de M. Calnen. Comme la crédibilité de M. Calnen était déjà l’avant‑plan, ce dernier aurait eu plus à gagner et peu à perdre à obtenir du juge du procès qu’il donne une directive sur la propension, même si cela signifiait qu’il donne également une autre directive sur la crédibilité.
7. Il n’y a donc aucun lien ou compromis inhérents entre le fait de demander une directive restrictive sur la propension et le fait que le juge du procès donne des directives sur la crédibilité. Par ailleurs, même si c’était le cas, la crédibilité de M. Calnen était déjà une question tellement centrale qu’il est illogique de penser que son avocat se serait abstenu de demander une directive sur la propension dans le but d’éviter une discussion sur la crédibilité de M. Calnen. La stratégie que l’on impute à l’avocat de la défense repose à mon avis sur une conception dichotomique de l’utilisation de la déclaration de M. Calnen alors qu’en réalité, l’avocat de la défense aurait pu à la fois demander au jury d’utiliser cette déclaration pour corroborer sa version des faits et réclamer une directive restrictive pour empêcher le jury de se livrer à un raisonnement fondé sur la propension. Il n’y a aucune raison de croire que la thèse de la défense en l’espèce et la formulation d’une directive restrictive sur la propension auraient été incompatibles. Au contraire, il était dans l’intérêt de M. Calnen de se prémunir contre une éventuelle condamnation injustifiée fondée sur un raisonnement interdit fondé sur la propension. La formulation de directives restrictives sur la propension aurait aidé en ce sens.
8. Troisièmement, en tout état de cause, peu importe que les décisions de l’avocat de la défense fussent stratégiques ou non, [traduction] « la position de l’avocat sur les paramètres appropriés de l’exposé au jury, motivée par des considérations stratégiques, ne saurait modifier la loi » : *MacLeod*, par. 94. Le jury qui se livre à un raisonnement fondé sur la propension est un jury qui n’agit pas de façon judiciaire.

(3) Le principe du caractère définitif des décisions n’a pas préséance sur le droit de l’accusé à un procès équitable

1. Les juges majoritaires, au par. 70, affirment que les directives au jury « protég[eaient adéquatement les jurés] contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension générale », de sorte que le principe du caractère définitif des décisions devrait avoir préséance.
2. À mon humble avis, et comme je l’ai déjà expliqué, l’exposé au jury ne protégeait pas adéquatement contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension. On ne trouve rien dans l’exposé qui aurait expliqué aux jurés qu’ils ne pouvaient conclure que, parce qu’il s’était comporté de façon déshonorante, M. Calnen était davantage susceptible d’avoir tué Mme Jordan. Dans la mesure où les juges majoritaires estiment que le jury a été mis au courant des risques particuliers que comportait ce type de raisonnement interdit, je ne puis, en toute déférence, souscrire à leur conclusion.
3. Le principe du caractère définitif des décisions n’entre donc pas en ligne de compte de la manière évoquée par les juges majoritaires. Il ne s’agit pas d’une affaire dans laquelle la défense a « pris une décision légitime d’ordre stratégique lors du procès et [. . .] a perdu » : par. 70. Il s’agit plutôt d’une affaire dans laquelle, *indépendamment des décisions que l’avocat de la défense a pu prendre pour des raisons d’ordre stratégique*, le jury n’a pas reçu de directives appropriées et n’était donc pas en mesure de rendre un verdict raisonnable. Ce qui était en jeu n’était rien de moins que le droit de M. Calnen à un procès équitable basé sur un raisonnement légitime.
4. Dans l’arrêt *R. c. G.D.B*., 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, le juge Major nuance son analyse de l’importance du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires dans le contexte du critère de la diligence raisonnable en ce qui a trait aux éléments de preuve nouveaux, en déclarant que « [c]e critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d’entraîner une erreur judiciaire » : par. 19. Ainsi, « malgré l’importance de ces valeurs [le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires], notre Cour a également précisé que le critère de la diligence raisonnable ne devait pas être appliqué de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles » : *R. c. St‑Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 131, mentionnant *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, mentionnant *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, p. 493.
5. En réalité, notre Cour a rarement appliqué de façon rigide le principe du caractère définitif. Le système de justice pénale repose plutôt sur deux principes d’égale importance qui doivent être mis en balance : le principe du caractère définitif et le principe de l’équité du procès : voir, p. ex., *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, par. 29. Lorsqu’il existe un risque que quelqu’un soit déclaré coupable injustement, le principe de l’équité du procès l’emporte sur le principe du caractère définitif, étant donné que notre Cour « a constamment affirmé que la règle selon laquelle l’innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte* » : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 24. Une majorité de notre Cour a en outre déclaré dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 89, que « notre système de justice a toujours considéré que le risque de déclarer coupable un innocent est au cœur des principes de justice fondamentale ».
6. Le risque d’une condamnation reposant sur un raisonnement fondé sur la propension est le risque que cette condamnation soit injustifiée, ce qui compromettrait la présomption d’innocence consacrée à l’art. 7 et à l’al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* : *Handy*, par. 139. En l’espèce, le jury a été saisi d’éléments de preuve relatifs au comportement après le fait qui étaient extrêmement préjudiciables et il n’a pas reçu de directives appropriées sur les utilisations interdites de ces éléments de preuve. Le risque que le jury se soit livré à raisonnement fondé sur la propension est bien réel et il a porté directement atteinte au droit de M. Calnen d’être présumé innocent jusqu’à preuve du contraire. Dans ces conditions, le principe du caractère définitif des décisions ne saurait avoir préséance sur le droit de l’accusé à un procès équitable.

E. Conclusion sur le verdict déraisonnable

1. L’argument de M. Calnen suivant lequel le verdict était déraisonnable parce que le jury pouvait facilement être révolté montre que le jury n’a pas reçu de directives appropriées en ce qui concerne le préjudice découlant de ce comportement après le fait et les risques particuliers d’un raisonnement interdit fondé sur la propension. Le jury n’était par conséquent pas outillé pour rendre un verdict raisonnable, car les directives qu’il avait reçues étaient entachées d’une erreur de droit. Dans ces conditions, la meilleure solution ne consiste pas à ordonner l’acquittement, mais plutôt la tenue d’un nouveau procès.
2. Dispositif
3. Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi de la Couronne en partie. Je conviens avec la Cour d’appel que la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen devrait être annulée. Toutefois la tenue d’un nouveau procès devrait être ordonnée relativement à l’accusation de meurtre au deuxième degré.

Version française des motifs rendus par

1. La juge Karakatsanis (dissidente) — J’ai pris connaissance des motifs de mes collègues, les juges Moldaver et Martin. Je souscris aux principes généraux énoncés par la juge Martin en ce qui concerne l’admissibilité en preuve du comportement après le fait, mais j’arrive à une conclusion différente de celles de mes deux collègues quant à l’application de ces principes aux éléments de preuve présentés en l’espèce. À mon avis, la destruction, par l’accusé, de la dépouille de la victime n’était pas admissible en preuve pour démontrer son intention de commettre un meurtre au deuxième degré.
2. Bien que le comportement qu’a adopté M. Calnen en détruisant le cadavre soit pertinent pour savoir si ce dernier a illégalement causé la mort de Mme Jordan, et bien que ce comportement ait été admissible à cette fin, il n’est d’aucune utilité pour distinguer un homicide involontaire coupable d’un meurtre au deuxième degré. Dans la mesure où le jury a conclu que l’accusé avait illégalement causé la mort de la victime, la destruction du corps par l’accusé ne pouvait qu’être *tout aussi* compatible avec ces deux infractions.
3. Je tiens à ajouter ce qui suit. Je suis d’accord avec la juge Martin pour dire que l’absence de directives mettant le jury en garde contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension commande la tenue d’un nouveau procès. Toutefois, puisqu’à mon avis la preuve présentée en l’espèce n’avait pas de valeur probante quant à l’intention requise pour commettre un meurtre et qu’un verdict imposé d’acquittement aurait dû être rendu, je confirmerais la décision des juges majoritaires de la Cour d’appel (2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362), qui ordonnait la tenue d’un nouveau procès à l’égard de l’accusation d’homicide involontaire coupable seulement.

I

1. Ma collègue la juge Martin relate en détail les faits de la présente affaire. Monsieur Calnen a affirmé à la police que la mort de Mme Jordan était accidentelle : ils se sont querellés parce qu’elle avait décidé de le quitter et qu’elle partait avec quelques‑uns de ses effets personnels; elle est devenue violente et a tenté de le frapper; dans son élan, elle est tombée dans l’escalier.
2. La Couronne a relevé certains éléments de preuve tendant à démontrer l’existence d’une relation difficile teintée de violence familiale ([traduction] « [y] m’a pognée pis je pense pas que je suis en sécurité ici »); les menaces de M. Calnen qu’il allait se suicider si Mme Jordan le quittait (« Je peux pas le laisser y veut se tuer y veut pas que je parte y va vraiment mal »); le projet de Mme Jordan et de son ami de dérober des effets personnels à M. Calnen; la tension accrue entre M. Calnen et Mme Jordan le jour du décès de cette dernière (« OK là ça chie solide pour moi »); et l’état d’esprit de M. Calnen lorsqu’il s’est aperçu que Mme Jordan avait fait ses bagages et qu’elle lui avait pris son ordinateur portable et sa bague en or (il a témoigné que « ça [l’avait] comme vraiment frustré »).
3. Dans les jours qui ont suivi la mort de Mme Jordan, l’accusé a déployé beaucoup d’efforts pour détruire le corps de la victime : il a tenté à plusieurs reprises de cacher son corps avant de finir par le brûler par deux fois et de déposer les restes dans un lac. Selon la thèse de la Couronne, ce comportement après le fait prouvait non seulement que M. Calnen avait illégalement causé la mort de Mme Jordan, mais aussi qu’il avait l’intention de la tuer.
4. Les mesures prises par un accusé après qu’un crime a été commis peuvent être pertinentes et admissibles pour prouver sa culpabilité. Souvent, la pertinence de ce type de preuve est largement tributaire des faits. Quelles inférences le jury avait‑il le droit de tirer des mesures prises par l’accusé pour détruire le corps de la victime en l’espèce?
5. Nul ne conteste que le comportement après le fait de M. Calnen puisse étayer l’inférence selon laquelle il était impliqué dans la mort illégale de Mme Jordan. Le jury avait le droit de rejeter la description de l’accident faite par l’accusé et de plutôt inférer des mesures prises par ce dernier qu’il avait commis un acte illégal ayant entraîné la mort et qu’il voulait éviter de se faire prendre relativement à cet acte illégal. Cette preuve est pertinente et admissible pour démontrer une conscience de culpabilité.
6. Toutefois, la preuve que l’accusé a brûlé le corps de la victime permet‑elle de démontrer non seulement que la personne décédée a été victime d’un crime, mais aussi d’établir le degré de culpabilité associé au crime ayant entraîné sa mort? Cette preuve était‑elle pertinente pour établir l’intention spécifiquement requise pour commettre un meurtre au deuxième degré? Voilà la question précise que soulève la présente affaire.

II

1. L’*actus reus*, tant pour le meurtre que pour l’homicide involontaire coupable, exige la preuve de l’acte d’avoir causé la mort. La *mens rea* requise pour le meurtre au deuxième degré exige que l’accusé *ait eu l’intention* soit de causer la mort, soit d’infliger des lésions corporelles dont il savait qu’elles étaient de nature à causer la mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non. L’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal requiert une faute qui reste en deçà de l’intention de tuer. Plus précisément, la *mens rea* requise en cas d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal est établie si toute personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l’accusé se serait rendu compte que l’acte dangereux de l’accusé avait pour conséquence prévisible de causer des lésions corporelles à autrui (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 44‑45). Eu égard aux circonstances de l’espèce, « l’acte dangereux de l’accusé » serait une infraction fondée sur des voies de fait.
2. Le comportement après le fait de l’accusé nous permet‑il d’établir une distinction entre la *mens rea* requise pour le meurtre au deuxième degré et la *mens rea* exigée en cas d’homicide involontaire coupable?

III

1. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, la preuve relative au comportement après le fait ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle, et elle peut être utilisée pour démontrer la culpabilité (par. 21). Dans certaines circonstances, elle peut aussi servir pour tirer une inférence au sujet du degré de culpabilité de l’accusé, c’est‑à‑dire pour décider si l’accusé avait la *mens rea* requise pour une infraction donnée. Toutefois, la pertinence et la valeur probante de cette preuve doivent être appréciées au cas par cas. La valeur probante de la preuve relative au comportement après le fait quant à l’intention de l’accusé à l’égard d’une infraction donnée « dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l’ensemble du dossier et des questions soulevées au procès » (*R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 42, le juge Rothstein). La preuve satisfait à la norme de la pertinence [traduction] « lorsque, selon la logique et l’expérience humaine, elle tend d’une façon quelconque à rendre la thèse qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle » (*White* *(2011)*, par. 36, citant D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5e éd. 2008), p. 31). Cependant, lorsqu’un comportement donné peut « s’expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus, la preuve n’a aucune valeur probante lorsqu’il s’agit de décider si l’accusé est coupable de l’une ou de l’autre des infractions (*White* *(2011)*, par. 37, citant *White* *(1998)*, par. 28; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 145 et 147).
2. Je suis d’accord avec la Couronne lorsqu’elle affirme que la simple existence d’autres explications *plausibles* du comportement de l’accusé ne signifie pas que ces explications sont tout aussi compatibles. L’admissibilité des éléments de preuve quant à l’état d’esprit de l’accusé au moment de la perpétration de l’infraction dépend de la question de savoir si son comportement après le fait est *susceptible* d’être davantage compatible avec l’intention de commettre un meurtre qu’avec celle de commettre un homicide involontaire coupable. Comme ma collègue le souligne, pour être déclaré non admissible, « [l]e comportement global et le contexte doivent être tels qu’il n’est pas possible de choisir entre les inférences possibles en fonction du bon sens, de l’expérience et de la logique » (motifs de la juge Martin, par. 124 (je souligne)). Il incombe au jury de décider si le comportement *était* ou *n’était pas* tout aussi compatible avec le meurtre et l’homicide involontaire coupable hors de tout doute raisonnable, dès lors que le jury peut tirer cette conclusion selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine, plutôt qu’en se fondant sur de simples hypothèses. Cependant, le juge du procès n’usurpe pas le rôle du jury lorsqu’il conclut que ce comportement ne pouvait être utile pour établir une distinction entre le meurtre au deuxième degré et l’homicide involontaire coupable et que ce comportement n’était donc pas admissible pour démontrer l’intention spécifiquement requise pour le meurtre au deuxième degré.
3. Voici comment la Couronne formule l’inférence logique recherchée. La dépouille aurait fourni des preuves des blessures subies par la victime, ainsi que du degré de force requis pour les lui infliger. Plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible d’inférer l’intention de tuer (*R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 20). Comme l’accusé s’est donné tout ce mal pour détruire le corps de Mme Jordan, il était loisible au jury — en présence de certains éléments de preuve tendant à établir le mobile et l’animosité — d’inférer que l’accusé avait détruit la dépouille dans le but de dissimuler les éléments de preuve des blessures qui auraient démontré sa culpabilité quant à l’infraction de meurtre plutôt qu’à l’égard de celle d’homicide involontaire coupable.
4. Cette inférence repose entièrement sur l’hypothèse que l’accusé a détruit le cadavre parce que celui‑ci aurait pu fournir des preuves de blessures qui étaient davantage compatibles avec un meurtre qu’avec un homicide involontaire coupable. Selon la logique et l’expérience humaine, j’accepte que, si le corps n’avait pas été détruit, il aurait pu révéler que la victime avait subi des blessures si extrêmes et violentes que l’intention de commettre un meurtre aurait été plus probable que celle de commettre un homicide involontaire coupable. Toutefois, le cadavre aurait tout aussi pu fournir des preuves de blessures qui étaient davantage compatibles avec un homicide involontaire coupable qu’avec un meurtre. Le contexte factuel doit, d’une quelconque façon, permettre d’inférer que l’accusé a détruit le corps pour dissimuler des éléments de preuve selon lesquels il avait l’intention de causer la mort de Mme Jordan; sinon, cette inférence repose entièrement sur des hypothèses.
5. L’absence de la moindre preuve sur la nature des blessures distingue les faits de la présente affaire de celles comme *Rodgerson* ou *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103 (C.A. Ont.). Dans l’affaire *Teske*, [traduction] « on avait déployé beaucoup d’efforts pour nettoyer le domicile et éliminer toute trace de sang ou d’éclaboussure » (par. 14). L’expert de la Couronne avait expliqué dans son témoignage que les éclaboussures de sang indiquaient un certain nombre d’impacts à vitesse (au moins) moyenne, ainsi que d’autres éléments de preuve indiquant que la victime s’était longuement débattue (par. 16). De même, dans l’affaire *Rodgerson*, l’interprétation que la Couronne avait donnée de la preuve était qu’elle « révélait une altercation physique plus prolongée et violente que ce que M. Rodgerson avait laissé entendre dans sa version des faits. Il était loisible au jury de considérer que la dissimulation et le nettoyage postérieurs à l’infraction constituaient des éléments de preuve qui tendaient à confirmer cette interprétation » (par. 21). Dans ces affaires, la preuve appuyait des conclusions factuelles concernant l’ampleur des blessures, et c’est en raison de ces conclusions factuelles que le jury a pu tirer une inférence établissant un lien entre le comportement après le fait et la *mens rea* requise dans le cas d’un meurtre. En revanche, la preuve présentée en l’espèce ne fournit aucune information sur l’ampleur des blessures : il n’y a pas la moindre preuve concernant des éclaboussures de sang, une tentative de nettoyage de la scène de crime ou tout autre élément de preuve concernant « une altercation physique plus prolongée et violente ». De tels éléments de preuve auraient pu laisser sous‑entendre des blessures permettant davantage de conclure à l’intention de commettre un meurtre qu’à celle de perpétrer un homicide involontaire coupable. À défaut de tels éléments de preuve, on nous demande de faire reposer une inférence concernant la *mens rea* sur des hypothèses quant à ce que la preuve *aurait pu* révéler au sujet des blessures.
6. Par ailleurs, je n’accepte pas l’argument de la Couronne selon lequel, en toute logique, le comportement qu’a adopté l’accusé en détruisant le corps de la victime était démesuré, s’agissant d’un homicide involontaire coupable. La Couronne affirme que le caractère extrême des efforts déployés par l’accusé pour détruire cette preuve — efforts qui se sont échelonnés sur une certaine période et qui comportaient d’importants risques — était démesuré par rapport à la thèse de l’accident ou de celle d’une infraction moindre comme l’homicide involontaire coupable, et que ces éléments de preuve ne sont donc compatibles qu’avec un meurtre au deuxième degré.
7. La juge qui a présidé l’enquête préliminaire a conclu que la preuve permettait seulement d’inférer que M. Calnen ne voulait pas qu’on soupçonne que Mme Jordan était morte, ajoutant qu’affirmer qu’il avait caché la dépouille et s’en était débarrassé pour dissimuler le fait qu’il avait tué Mme Jordan en commettant un acte illégal [traduction] « relevait de la pure spéculation » (2014 NSPC 17, par. 94‑95 (CanLII)). Toutefois, devant notre Cour, nul n’a contesté que le comportement après le fait était admissible pour soutenir l’inférence qu’un acte illégal est survenu. Le fait que le comportement adopté était extrême, qu’il s’est échelonné sur une certaine période et qu’il comportait des risques pouvait logiquement être considéré comme démesuré par rapport à un accident, et il est susceptible d’étayer l’inférence que l’accusé voulait détruire toute preuve tendant à démontrer qu’il était criminellement impliqué dans la mort de Mme Jordan, malgré le témoignage de l’accusé portant que sa grande consommation de crack avait influencé son comportement excessif après le fait. Monsieur Calnen a tenté de faire croire que Mme Jordan l’avait quitté et avait quitté leur domicile, mais qu’elle était toujours en vie. Suivant la logique et le bon sens, il était possible pour le jury d’inférer qu’une personne pouvait décider de détruire les éléments de preuve d’un homicide coupable — un crime grave assorti de lourdes conséquences pénales — et prendre des mesures extrêmes pour détruire ces éléments de preuve. Mais étant donné que l’homicide involontaire coupable et le meurtre au deuxième degré sont tous deux des crimes graves, il est difficile de comprendre comment, logiquement, les mesures que M. Calnen a prises pour détruire le cadavre pourraient aider le jury à établir une distinction entre la *mens rea* requise pour un homicide involontaire coupable et celle exigée dans le cas d’un meurtre au deuxième degré. Il est illogique de laisser entendre qu’une personne ne se donnerait autant de mal que pour dissimuler un homicide intentionnel et non un homicide non intentionnel.
8. Enfin, je n’accepte pas que les éléments de preuve concernant la nature de la relation entre la victime et l’accusé ou la situation qui existait le jour du crime — qui, selon la Couronne, démontrent à la fois le mobile et l’animosité — viennent renforcer l’importance du comportement après le fait ou rendent celui‑ci pertinent lorsqu’il s’agit d’établir le degré de culpabilité.
9. La Couronne soutient — et la juge Martin accepte — que les éléments de preuve portant sur [traduction] « la détérioration des rapports entre [M. Calnen et Mme Jordan] et la gamme d’émotions ressenties par M. Calnen le jour de la mort de Mme Jordan » étayent l’inférence que M. Calnen avait l’intention requise pour commettre un meurtre, ce qui permet par conséquent d’inférer que son comportement après le fait démontre qu’il avait l’intention de commettre un meurtre (m.a., par. 61).
10. À mon avis, les éléments de preuve concernant le mobile et l’animosité ne peuvent aider le jury à conclure qu’il est plus probable, en raison du comportement après le fait, que l’accusé ait eu l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré plutôt qu’un homicide involontaire coupable, parce que ces éléments de preuve sont compatibles tout autant avec l’une ou l’autre de ces infractions. La preuve n’est pas suffisante pour tirer la distinction entre l’intention de causer des lésions tout en étant indifférent que la mort s’ensuive (la *mens rea* requise pour un meurtre au deuxième degré) et l’intention de commettre des voies de fait qui, selon ce qu’une personne raisonnable pouvait prévoir, causeraient des lésions corporelles (la *mens rea* requise dans le cas d’un homicide involontaire coupable). Les éléments de preuve concernant la violence familiale, les menaces de suicide en cas de départ de la défunte et les tensions accrues le jour du décès de Mme Jordan seraient tout aussi compatibles avec l’inférence que le décès de Mme Jordan pouvait être le résultat involontaire d’un acte illégal, comme des voies de fait causant des lésions corporelles ou des voies de fait graves. De tels éléments de preuve ne peuvent rendre l’intention spécifique du meurtre au deuxième degré *plus probable* que l’intention générale de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal. Faute d’éléments de preuve concernant la nature des blessures, c’est de déformer la logique que de conclure que les actes accomplis par M. Calnen pour détruire le corps — même dans le contexte de la preuve portant sur ce que la Couronne a qualifié de mobile et d’animosité — étaient susceptibles d’être *davantage* compatibles avec un meurtre au deuxième degré qu’avec un homicide involontaire coupable. Dans le contexte de la présente affaire, cette inférence supplémentaire ne reposerait que sur de simples hypothèses.
11. Le comportement de l’accusé en l’espèce peut « s’expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus ou il est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus (*White* *(2011)*, par. 37). Par conséquent, la preuve n’est pas suffisamment probante pour permettre d’établir la culpabilité de l’accusé d’une manière qui distingue l’infraction d’homicide involontaire coupable et celle de meurtre. Elle n’aurait pas dû être admissible à cette fin. Comme la preuve était admissible pour établir l’homicide coupable, mais non pour prouver le meurtre au deuxième degré, il était nécessaire de donner au jury de solides directives au sujet des limites que comportait son utilisation.
12. Vu ma conclusion selon laquelle le comportement après le fait n’était pas admissible relativement à l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré, il s’ensuit qu’il n’y aurait pas eu suffisamment d’éléments de preuve pour que l’on s’oppose au verdict imposé d’acquittement pour meurtre au deuxième degré réclamé par la défense. En effet, la Couronne a soutenu que l’inférence la plus solide quant à la culpabilité de M. Calnen découlait de la preuve relative à son comportement après le fait (2014 NSPC 17, par. 82). À mon avis, les éléments de preuve concernant les rapports entre l’accusé et la défunte et la situation qui existait le jour de la mort de cette dernière ne constituaient pas des éléments de preuve qui auraient permis à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer l’accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Je suis d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel pour dire que la requête en verdict imposé d’acquittement aurait dû être accueillie.
13. Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré devrait être annulée et que tout nouveau procès devrait se limiter à l’accusation d’homicide involontaire coupable.

*Pourvoi accueilli, la juge* Martin *est dissidente en partie et la juge* Karakatsanis *est dissidente.*

Procureur de l’appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureurs de l’intimé : Planetta Hughes, Halifax.

1. Je constate que, dans l’affaire *G. (S.G.)*, l’accusée avait témoigné. Toutefois, rien dans les motifs du juge Cory ne limite les principes qu’il a énoncés au témoignage donné par un accusé devant le tribunal, par opposition à une déclaration extrajudiciaire et à une reconstitution enregistrée sur bande vidéo comme celle qui nous intéresse en l’espèce. Par ailleurs, je ne vois aucune raison d’établir sur ce fondement une distinction entre la présente affaire et celle dans *G. (S.G.)*: voir, p. ex., *R. c. Malik*, 2005 CanLII 15453, par. 7‑11. [↑](#footnote-ref-1)
2. Une fois le sens de l’expression « hors de tout doute raisonnable » bien expliqué par le juge du procès, il est possible de dire aux jurés qu’ils peuvent déclarer l’accusé coupable s’ils sont « sûrs » ou « certains » de la culpabilité de l’accusé : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 33‑34 et 39. Ainsi, dans le cas qui nous occupe, le juge du procès a d’abord donné des directives appropriées quant au sens de l’expression « hors de tout doute raisonnable » pour ensuite donner la directive suivante au jury : [traduction] « Si, à la fin de l’affaire, après avoir examiné toute la preuve, vous êtes sûrs que M. Calnen a commis l’infraction, vous devriez déclarer Paul Trevor Calnen coupable de cette infraction, puisque vous aurez été convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité à l’égard de l’infraction » : d.a., vol. I, p. 75 (je souligne). [↑](#footnote-ref-2)