

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Frederick Alexander Brooks *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BROOKS

Neutral citation: 2000 SCC 11.

File No.: 26948.

1999: October 8; 2000: February 17.

Present: Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Evidence of jailhouse informants — Failure to provide Vetrovec warning — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether Court of Appeal erred in concluding that trial judge failed to adequately instruct jury about unreliability with respect to informants' testimonies.

Criminal law — Evidence — Jailhouse informants — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether evidence supported implied finding at trial that informants were trustworthy.

Criminal law — Verdicts — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Omission of caution to jury about unreliability with respect to informants' testimonies — Whether verdict would have been the same if caution had been given — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

A 19-month-old child was found murdered in her crib wrapped in a green comforter. Only the accused and the child's mother had access to her on the night of the murder. The child had blood and vomit on her face, a swollen left eye, bruises on her head, and bruising and redness on her genital area. The cause of death was acute brain injury. Trace amounts of semen were found on

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Frederick Alexander Brooks *Intimé*

RÉPERTOIRÉ: R. c. BROOKS

Référence neutre: 2000 CSC 11.

N° du greffe: 26948.

1999: 8 octobre; 2000: 17 février.

Présents: Les juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage d'informateurs dans un établissement de détention — Omission de faire une mise en garde de type Vetrovec — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives suffisantes sur la non-fiabilité du témoignage des informateurs?

Droit criminel — Preuve — Informateurs dans un établissement de détention — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — La preuve étayait-elle la conclusion implicite au procès que les informateurs étaient dignes de foi?

Droit criminel — Verdicts — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Omission de mettre le jury en garde au sujet de la non-fiabilité du témoignage des informateurs — Le verdict aurait-il été le même si une mise en garde avait été faite? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Une enfant de 19 mois a été trouvée assassinée dans sa couchette; elle était enveloppée dans une douillette verte. Seuls l'accusé et la mère de l'enfant avaient accès auprès d'elle la nuit du meurtre. L'enfant avait du sang et de la vomissure au visage, l'œil gauche gonflé, des contusions à la tête ainsi que des contusions et des rougeurs aux organes génitaux. Le décès était dû à un

vaginal and anal swabs but DNA testing of sperm proved inconclusive, likely due to contamination of the sample. The Crown's expert could neither include nor exclude the accused as the possible source of the sperm. There had been intense sexual activity in the apartment in the period preceding the murder. Sperm, including sperm from the child's natural father, was found throughout the apartment including on a toy in the crib, on the child's pyjama top, on the crib sheets and in two places on the green comforter. However, the child had been bathed just before the night of the murder and this, combined with the bacterial environment of a child in diapers, would quickly degrade sperm. The accused's grey track pants were found in the apartment stained with semen, blood of the same type as the child's, and a juice substance similar to that in her bottle. On the way to the hospital the following morning, the accused whispered to the mother three times that he was sorry. The accused made other inculpatory statements.

There was no direct evidence establishing that the accused had struck the fatal blows. There was evidence of previous physical abuse committed against the child. One month prior to the murder, the accused had thrown the child approximately one metre into the wooden frame of a couch. An injury to the child's right buttock had appeared on a day on which the accused had exclusive care of the child. The mother had also been seen striking the child on several occasions.

The Crown led evidence from two jailhouse informants who testified that the accused, while incarcerated, had admitted that he had killed the child to stop her crying. Their testimony did not include a suggestion that the killing was committed during the commission of a sexual assault. Both informants had lengthy criminal records of dishonesty. One unsuccessfully sought a lighter sentence in return for his testimony and had testified as an informant in a prior trial. The other had a history of substance abuse and a psychiatric history highlighted by suicide attempts, paranoia, deep depression and a belief in clairvoyant ability. Both had histories of offering to testify in criminal trials.

traumatisme crânien aigu. Des quantités infimes de sperme ont été décelées dans des échantillons prélevés par écouvillonnage vaginal et anal, mais le test d'empreintes génétiques du sperme s'est révélé non concluant, vraisemblablement en raison de la contamination de l'échantillon prélevé. L'expert du ministère public ne pouvait pas dire si le sperme prélevé pouvait provenir ou non de l'accusé. L'appartement avait été le théâtre d'une activité sexuelle intense pendant la période ayant précédé le meurtre. Du sperme, y compris celui du père biologique de l'enfant, a été découvert un peu partout dans l'appartement, y compris sur un jouet qui se trouvait dans le lit de l'enfant, sur le collet de son haut de pyjama, sur les draps de son lit et à deux endroits sur la douillette verte. Toutefois, l'enfant avait été baignée juste avant la nuit du meurtre, et ce bain et les bactéries auxquelles est exposé un enfant qui porte la couche contribueraient à détériorer le sperme rapidement. Il y avait sur le pantalon de survêtement gris de l'accusé, trouvé dans l'appartement, du sperme et des taches de sang du même groupe sanguin que l'enfant, ainsi que du jus semblable à celui trouvé dans son biberon. Sur la route de l'hôpital le lendemain matin, l'accusé a chuchoté trois fois à l'oreille de la mère qu'il était désolé. L'accusé a fait d'autres déclarations incriminantes.

Il n'y avait aucune preuve directe que l'accusé avait asséné les coups fatals. Il était établi que l'enfant avait déjà subi des mauvais traitements physiques. Un mois avant le meurtre, l'accusé l'avait projetée sur une distance d'environ un mètre contre l'armature en bois d'un divan. Une blessure sur la fesse droite de l'enfant était apparue un jour où l'accusé s'occupait seul d'elle. On avait également vu la mère la frapper à plusieurs reprises.

Le ministère public a fait témoigner deux informateurs dans un établissement de détention qui ont affirmé que, pendant son incarcération, l'accusé avait avoué avoir tué l'enfant pour qu'elle cesse de pleurer. Rien dans leur témoignage n'indiquait que le meurtre était survenu pendant la perpétration d'une agression sexuelle. Les deux avaient de lourds antécédents judiciaires de malhonnêteté. L'un avait vainement tenté d'obtenir une peine moins lourde en échange de son témoignage et avait déposé à titre d'informateur dans un procès antérieur. L'autre était déjà connu pour avoir abusé de substances psychoactives et avait des antécédents psychiatriques marqués par des tentatives de suicide, une paranoïa, une dépression profonde et la conviction qu'il avait un don de clairvoyance. Les deux avaient déjà offert de témoigner dans des procès criminels.

In closing argument, defence counsel ridiculed both informants and invited the jury to reject their testimonies. Crown counsel's jury address noted their criminal records and that one had previously appeared as a Crown witness and had attempted to make a deal. The trial judge's jury charge did not provide a *Vetrovec* warning to the jury about the danger of relying on the informants' testimonies. Neither counsel requested a warning nor objected to the lack of a warning. The accused was convicted of first degree murder. The Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial.

Held (Iacobucci, Major and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ.: There was no error of law on the part of the trial judge in failing to provide a *Vetrovec* warning. It was within the discretion of the trial judge whether to give a warning and there was a foundation for his exercise of discretion.

Trial judges must not pigeon-hole witnesses into categories and should examine all factors that might impair the worth of a witness. No *Vetrovec* warning is necessary if the trial judge believes the witness can be trusted even if the witness is a jailhouse informant. The facts raised preliminary doubts as to the credibility of the informants but not cogent reasons to overrule the trial judge's implicit finding that they were sufficiently trustworthy not to mandate a caution. An informant's prior psychiatric history has no relevance and does not make the informant of unsavoury character. The informants' testimonies were supported by other evidence and no evidence was adduced that either had lied or acquired their information elsewhere. The verdict did not turn on their testimonies because other evidence sustained the conviction. Defence counsel neither requested a warning nor objected to the absence of a warning. Counsel's opinion is relevant where there may be tactical reasons for not requesting a warning. The trial judge directed the jury on credibility. The Court of Appeal had insufficient reason to interfere. A *Vetrovec* warning was not required.

Dans sa plaidoirie finale, l'avocat de la défense a ridiculisé les deux informateurs et a invité le jury à rejeter leur témoignage. Lorsqu'il s'est adressé au jury, l'avocat du ministère public a souligné qu'ils avaient un casier judiciaire et que l'un d'eux avait déjà été témoin à charge et avait tenté de conclure un marché. Dans son exposé au jury, le juge du procès n'a pas fait de mise en garde de type *Vetrovec* au sujet du danger de s'en remettre au témoignage des informateurs. Aucun des avocats n'a sollicité une mise en garde et aucun ne s'est opposé à l'absence de mise en garde. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a annulé cette déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

Arrêt (les juges Iacobucci, Major et Arbour sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Gonthier, McLachlin et Bastarache: Le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en omettant de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Il avait le pouvoir discrétionnaire de faire ou de ne pas faire une mise en garde et il existait un motif justifiant la façon dont il a exercé ce pouvoir.

Le juge du procès doit, d'une part, s'abstenir de classer les témoins dans des catégories et, d'autre part, examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin. Aucune mise en garde de type *Vetrovec* n'est nécessaire si le juge du procès estime que le témoin est digne de foi, même si ce témoin est un informateur dans un établissement de détention. Les faits rendaient douteuse au départ la crédibilité des informateurs, mais il n'y avait aucune raison convaincante de rejeter la conclusion implicite du juge du procès qu'ils étaient suffisamment dignes de foi pour qu'il ne soit pas nécessaire de faire une mise en garde. Les antécédents psychiatriques d'un informateur ne sont pas pertinents et n'en font pas pour autant une personne à l'honnêteté douteuse. Le témoignage des informateurs était étayé par d'autres éléments de preuve et, en fait, on n'a produit aucune preuve qu'ils avaient soit menti, soit obtenu leurs renseignements ailleurs. Le verdict ne dépendait pas de leur témoignage étant donné que d'autres éléments de preuve étayaient la déclaration de culpabilité qui a été prononcée. L'avocat de la défense n'a sollicité aucune mise en garde et ne s'est pas opposé à l'absence d'une mise en garde. L'avis des avocats est pertinent lorsqu'il peut y avoir des raisons tactiques de ne pas solliciter une mise en garde. Le juge du procès a donné au jury des directives en matière de crédibilité. La Cour d'appel n'avait pas suffisamment de motifs d'intervenir. Une mise en garde de type *Vetrovec* ne s'imposait pas.

Per Binnie J.: The trial judge erred in law in failing to give a *Vetrovec* warning but the appeal should nevertheless be allowed because there is no reasonable possibility on the particular facts of this case that the verdict would have been different if the warning had been given.

The trigger for a *Vetrovec* warning is the extent to which underlying sources of potential unreliability are present. The testimony of the informants here exhibited some of the worst characteristics of purveyors of jailhouse confessions. It is not sufficient for the trial judge to conclude that in his view these particular informants were reasonably capable of belief. The trial judge must provide the proper framework within which the jury can determine for itself the issue of credibility. The testimony of these jailhouse informants was important to the Crown's case and justified an inference of untrustworthiness. This was sufficient to require a *Vetrovec* warning. The trial judge erred in law in the exercise of his discretion in deciding otherwise.

The accused was not entitled to a trial that excluded the evidence of the informants, only to having the testimony accompanied by a warning. Other direct evidence untainted by the error of law implicated the accused, including his other inculpatory statements, evidence of sexual assault and evidence of a prior pattern of violence. The jury accepted circumstantial evidence of sexual assault by the accused contemporaneously with the murder that was in no way dependent upon the informants' testimony. A *Vetrovec* warning would have been accompanied by a review of corroborative evidence unhelpful to the accused. In the circumstances, the verdict should be upheld under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Per Iacobucci, Major and Arbour JJ. (dissenting): The trial judge ought to have given a *Vetrovec* warning. The charge was not adequate and it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same.

A *Vetrovec* warning is a matter of a trial judge's discretion and is not required in all cases of unsavoury witnesses. Trial judges should consider all factors but should focus on a witness's credibility and the importance of his or her testimony to the Crown's case. A failure to give a required caution is an error of law and the

Le juge Binnie: Le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de faire une mise en garde de type *Vetrovec*, mais il y a lieu néanmoins d'accueillir le pourvoi parce que, d'après les faits de la présente affaire, il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si la mise en garde avait été faite.

La nécessité d'une mise en garde de type *Vetrovec* découle de la mesure dans laquelle des motifs de non-fiabilité potentielle existent. Le témoignage des informateurs en l'espèce présentait certaines des pires caractéristiques des gens qui rapportent les aveux d'un codétenu. Il ne suffit pas que le juge du procès conclue qu'à son avis ces informateurs particuliers étaient raisonnablement dignes de foi. Le juge du procès doit établir le cadre approprié à l'intérieur duquel le jury pourra lui-même décider de la question de la crédibilité. Le témoignage de ces informateurs dans un établissement de détention était important pour la preuve du ministère public et justifiait une inférence de non-fiabilité. Cela était suffisant pour requérir une mise en garde de type *Vetrovec*. Le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon erronée en droit en décidant de ne pas faire cette mise en garde.

L'accusé avait droit non pas à un procès dépourvu du témoignage des informateurs, mais seulement à ce que leur témoignage soit assorti d'une mise en garde. D'autres éléments de preuve directe non viciés par l'erreur de droit commise impliquaient l'accusé, dont ses autres déclarations incriminantes, la preuve d'une agression sexuelle et celle d'un comportement antérieur violent. Le jury a retenu la preuve circonstancielle d'une agression sexuelle par l'accusé au moment du meurtre, qui n'avait absolument rien à voir avec le témoignage des informateurs. Une mise en garde de type *Vetrovec* aurait été assortie de l'examen d'une preuve corroborante qui n'aurait pas aidé l'accusé. Dans les circonstances, il y a lieu de confirmer le verdict en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Les juges Iacobucci, Major et Arbour (dissidents): Le juge du procès aurait dû faire une mise en garde de type *Vetrovec*. L'exposé qu'il a fait n'était pas suffisant et on ne peut pas dire que le verdict aurait nécessairement été le même.

La mise en garde de type *Vetrovec* relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n'est pas requise dans tous les cas de témoins douteux. Bien qu'il doive tenir compte de tous les facteurs, le juge du procès devrait se concentrer sur la crédibilité d'un témoin et sur l'importance de sa déposition pour la preuve du minis-

prejudice occasioned by the error can be assessed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The credibility of the informants was inherently suspect and their testimonies of sufficient importance to require a *Vetrovec* warning. The jury charge, however, did not contain the essential values of a *Vetrovec* warning. It did not focus the jury's attention specifically on the inherent unreliability of these informants. Defence counsel's summation to the jury was not a substitute. The absence of a request from defence counsel for a caution is not determinative. There is a serious question of whether a sexual assault occurred. The conviction for first degree murder cannot be sustained if there was no sexual assault. Other evidence had the potential to raise a reasonable doubt. It is difficult to preclude a different result.

Cases Cited

By Bastarache J.

Followed: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; **referred to:** *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Cain* (1996), 90 O.A.C. 156; *R. v. Glasgow* (1996), 110 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Gravino*, [1995] O.J. No. 3109 (QL).

By Binnie J.

Followed: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; **referred to:** *R. v. Frumusa* (1996), 112 C.C.C. (3d) 211; *R. v. Simmons* (1998), 105 O.A.C. 360; *R. v. Bevan* (1991), 63 C.C.C. (3d) 333, rev'd [1993] 2 S.C.R. 599; *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Sanderson* (1999), 134 Man. R. (2d) 191; *R. v. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301.

By Major J. (dissenting)

Vetrovec v. The Queen, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *Brown v. Crashaw* (1613), 2 Bulstr. 154, 80 E.R. 1028; *R. v. Rudd* (1775), 1 Cowp. 331, 98 E.R. 1114; *R. v. Jones* (1809), 2 Camp. 131, 170 E.R. 1105; *R. v. Barnard* (1823), 1 Car. & P. 87, 171 E.R. 1113; *R. v. Wilkes* (1836), 7 Car. & P. 272, 173 E.R. 120; *R. v. Tate*, [1908] 2 K.B. 680; *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Veuillette v. The King* (1919), 58 S.C.R. 414; *Manchuk v. The King*, [1938]

tère public. L'omission de faire une mise en garde qui s'impose est une erreur de droit et le préjudice causé par cette erreur peut être évalué en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. La crédibilité des informateurs en cause était intrinsèquement douteuse et leur témoignage était suffisamment important pour requérir une mise en garde de type *Vetrovec*. Cependant, l'exposé au jury n'incluait pas les éléments essentiels d'une mise en garde de type *Vetrovec*. On n'y a pas attiré l'attention du jury expressément sur la non-fiabilité inhérente des informateurs en question. L'exposé de l'avocat de la défense au jury n'a pas remplacé une telle mise en garde. Le fait que l'avocat de la défense n'a pas sollicité une mise en garde n'est pas déterminant. Il y a de sérieux doutes quant à savoir si une agression sexuelle a été commise. La déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré ne saurait être maintenue en l'absence d'une agression sexuelle. D'autres éléments de preuve étaient susceptibles de susciter un doute raisonnable. Il est difficile d'écarter la possibilité d'un résultat différent.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt suivi: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; **arrêts mentionnés:** *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Cain* (1996), 90 O.A.C. 156; *R. c. Glasgow* (1996), 110 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Gravino*, [1995] O.J. No. 3109 (QL).

Citée par le juge Binnie

Arrêt suivi: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; **arrêts mentionnés:** *R. c. Frumusa* (1996), 112 C.C.C. (3d) 211; *R. c. Simmons* (1998), 105 O.A.C. 360; *R. c. Bevan* (1991), 63 C.C.C. (3d) 333, inf. [1993] 2 R.C.S. 599; *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Sanderson* (1999), 134 Man. R. (2d) 191; *R. c. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301.

Citée par le juge Major (dissident)

Vetrovec c. La Reine, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *Brown c. Crashaw* (1613), 2 Bulstr. 154, 80 E.R. 1028; *R. c. Rudd* (1775), 1 Cowp. 331, 98 E.R. 1114; *R. c. Jones* (1809), 2 Camp. 131, 170 E.R. 1105; *R. c. Barnard* (1823), 1 Car. & P. 87, 171 E.R. 1113; *R. c. Wilkes* (1836), 7 Car. & P. 272, 173 E.R. 120; *R. c. Tate*, [1908] 2 K.B. 680; *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Veuillette c. The King* (1919), 58 R.C.S. 414; *Manchuk c. The King*, [1938]

S.C.R. 341; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *Brown v. The Queen*, [1962] S.C.R. 371; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44; *R. v. Pittman*, [1994] 1 S.C.R. 148.

Statutes and Regulations Cited

Act for improving the Law of Evidence (U.K.), 6 & 7 Vict., c. 85.
Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1893, c. 31.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(l)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 5. London: Hunt & Clarke, 1827.
 Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998.
Report of the 1989-1990 Los Angeles Grand Jury: Investigation of the Involvement of Jail House Informants in the Criminal Justice System in Los Angeles County, June 26, 1990.
 Rosenberg Marc. "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term" (1994), 5 S.C.L.R. (2d) 421.
 Sherrin, Christopher. "Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use" (1998), 40 C.L.Q. 106.
 Sherrin, Christopher. "Jailhouse Informants in the Canadian Criminal Justice System, Part II: Options for Reform" (1998), 40 C.L.Q. 157.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. I, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 661, 113 O.A.C. 201, 129 C.C.C. (3d) 227, 20 C.R. (5th) 116, [1998] O.J. No. 3913 (QL), allowing an appeal from conviction and ordering a new trial. Appeal

R.C.S. 341; *Hebert c. The Queen*, [1955] R.C.S. 120; *Brown c. The Queen*, [1962] R.C.S. 371; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Hayes*, [1989] 1 R.C.S. 44; *R. c. Pittman*, [1994] 1 R.C.S. 148.

Lois et règlements cités

Act for improving the Law of Evidence (R.-U.), 6 & 7 Vict., ch. 85.
Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1893, ch. 31.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(l)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 5. London: Hunt & Clarke, 1827.
 Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (rapport Kaufman). Toronto: Ministère du Procureur général de l'Ontario, 1998.
Report of the 1989-1990 Los Angeles Grand Jury: Investigation of the Involvement of Jail House Informants in the Criminal Justice System in Los Angeles County, June 26, 1990.
 Rosenberg, Marc. «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term» (1994), 5 S.C.L.R. (2d) 421.
 Sherrin, Christopher. «Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use» (1998), 40 C.L.Q. 106.
 Sherrin, Christopher. «Jailhouse Informants in the Canadian Criminal Justice System, Part II: Options for Reform» (1998), 40 C.L.Q. 157.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. I, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 661, 113 O.A.C. 201, 129 C.C.C. (3d) 227, 20 C.R. (5th) 116, [1998] O.J. No. 3913 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité et

allowed, Iacobucci, Major and Arbour JJ. dissenting.

Lucy Cecchetto, for the appellant.

Irwin Koziembrocki, for the respondent.

The reasons of Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ. were delivered by

BASTARACHE J. — I have read the reasons of my colleague Justice Major. I agree with him that failure to give a *Vetrovec* warning when required amounts to an error of law (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811). I am, however, of the view that this appeal should be allowed and the conviction restored, there being no error of law on the part of the trial judge in failing to provide a “clear and sharp” *Vetrovec* warning in the circumstances of this case. Rather, it is my opinion that the decision not to give a *Vetrovec* warning was within the discretion of the trial judge and that the exercise of this discretion should not have been interfered with on appeal. I have reached this conclusion for the reasons I set out below.

In *Vetrovec*, Dickson J. (as he then was) held that a trial judge has the discretion, and not the duty, to give a clear and sharp warning to the jury with respect to the testimony of certain “unsavoury” witnesses. Dickson J. followed what he referred to as the “common sense” approach, moving away from “blind and empty formalism” and “ritualistic incantations” (at p. 823):

Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then, regardless of whether the witness is technically an “accomplice” no warning is necessary. [Emphasis added.]

ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci, Major et Arbour sont dissidents.

Lucy Cecchetto, pour l'appelante.

Irwin Koziembrocki, pour l'intimé.

Version française des motifs des juges Gonthier, McLachlin et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Major et je conviens avec lui que l'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* qui s'impose constitue une erreur de droit (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811). Toutefois, j'estime qu'il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité, étant donné que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en omettant de faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* dans les circonstances de la présente affaire. Je suis plutôt d'avis que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de décider de ne pas faire de mise en garde de type *Vetrovec* et que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire n'aurait pas dû faire l'objet d'une intervention en appel. J'arrive à cette conclusion pour les motifs exposés plus bas.

Dans l'arrêt *Vetrovec*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire, et non le devoir, de faire une mise en garde claire et précise au jury relativement à la déposition de certains témoins «douteux». Le juge Dickson s'est éloigné du «formalisme aveugle et vide de sens» et des «incantations rituelles» pour adopter ce qu'il appelait la solution de «bon sens» (à la p. 823):

Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un «complice» ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire. [Je souligne.]

1

2

3

Therefore, this Court in *Vetrovec* deliberately chose not to formulate a fixed and invariable rule where “clear and sharp” warnings would be required as a matter of course regarding the testimony of certain categories of witnesses. Rather, where a witness occupies a central position in the determination of guilt and, yet, may be suspect because of a disreputable or untrustworthy character, a clear and sharp warning may be appropriate to alert the jury to the risks of adopting the evidence “without more”. It is therefore within the trial judge’s discretion to give a *Vetrovec* caution. This discretionary approach was confirmed by this Court in *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 557, wherein Wilson J. states:

Vetrovec, in my view, represents a rejection of formalistic and *a priori* categories concerning the trustworthiness of evidence both with regard to warnings and corroboration. In every case it is for the trial judge on the basis of his or her appreciation of all the circumstances and, may I add, on the basis of the application of sound common sense, to decide whether a warning is required. [Emphasis added.]

4

In exercising his or her discretion to warn the jury regarding certain evidence, the trial judge may consider, *inter alia*, the credibility of the witness and the importance of the evidence to the Crown’s case. These factors affect whether the *Vetrovec* warning is required. In other words, the greater the concern over the credibility of the witness and the more important the evidence, the more likely the *Vetrovec* caution will be mandatory. Where the evidence of so called “unsavoury witnesses” represents the whole of the evidence against the accused, a “clear and sharp” *Vetrovec* warning may be warranted. Where, however, there is strong evidence to support the conviction in the absence of the potentially “unsavoury” evidence, and less reason to doubt the witness’s credibility, the *Vetrovec* warning would not be required, and a lesser instruction would be justified. The trial judge’s instruction with respect to the evidence of jail-house informants must therefore be commensurate with the particular circumstances of the case. For

En conséquence, notre Cour a délibérément choisi, dans l’arrêt *Vetrovec*, de ne pas établir de règle fixe et immuable selon laquelle la déposition de certaines catégories de témoins requiert automatiquement une mise en garde «claire et précise». Au contraire, lorsqu’un témoin joue un rôle central dans la détermination de la culpabilité et qu’il est néanmoins susceptible d’éveiller des soupçons à cause de sa mauvaise réputation ou du fait qu’il n’est pas digne de foi, une mise en garde claire et précise peut se révéler appropriée pour sensibiliser le jury aux risques de se fier à sa déposition «sans plus». Le juge du procès a donc le pouvoir discrétionnaire de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Cette approche discrétionnaire a été confirmée par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, où le juge Wilson affirme, à la p. 557:

À mon avis, l’arrêt *Vetrovec* rejette les catégories formalistes et définies d’avance en matière de fiabilité des témoignages tant à l’égard des mises en garde que de la corroboration. Dans chaque cas, il appartient au juge du procès, selon son appréciation de toutes les circonstances et, si je puis ajouter, le sens commun, de décider si une mise en garde est nécessaire. [Je souligne.]

Lorsqu’il exerce son pouvoir discrétionnaire de mettre le jury en garde au sujet de certaines dépositions, le juge du procès peut tenir compte notamment de la crédibilité du témoin et de l’importance que sa déposition revêt pour la preuve du ministère public. Ces facteurs ont une incidence sur la question de savoir si la mise en garde de type *Vetrovec* s’impose. En d’autres termes, plus la crédibilité du témoin est douteuse et plus sa déposition est importante, plus grande est la possibilité que la mise en garde de type *Vetrovec* s’impose. Dans les cas où la déposition des prétendus «témoins douteux» représente l’ensemble de la preuve qui pèse contre l’accusé, une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* peut être justifiée. Cependant, dans les cas où, abstraction faite de la déposition potentiellement «douteuse», de solides éléments de preuve étayent la déclaration de culpabilité et où il y a moins de raisons de douter de la crédibilité du témoin, il n’est pas nécessaire de faire une mise en garde de type *Vetrovec* et des

example, the trial judge is not required to give a “clear and sharp” warning on the dangers of convicting on the impugned evidence where, in the circumstances, the trial judge believes that there is no such danger. Similarly, the trial judge may properly decline to give a warning if the warning may prejudice the accused’s case rather than assist it. Provided there is a foundation for the trial judge’s exercise of discretion, appellate courts should not interfere. Here that foundation is established having regard to the credibility of the witnesses, the importance of their evidence and the failure to request a warning.

directives moins importantes sont justifiées. Les directives du juge du procès en ce qui concerne le témoignage d’informateurs dans un établissement de détention doivent donc être à la mesure des circonstances particulières de l’affaire. Par exemple, le juge du procès n’est pas tenu de faire une mise en garde «claire et précise» sur le danger de prononcer une déclaration de culpabilité sur la base du témoignage contesté lorsque, dans les circonstances, il estime qu’un tel danger n’existe pas. De même, le juge du procès peut refuser à juste titre de faire une mise en garde si cette mise en garde est susceptible de nuire à l’accusé au lieu de l’aider. Les cours d’appel devraient s’abstenir d’intervenir s’il existe un motif justifiant l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. En l’espèce, l’existence de ce motif est établie eu égard à la crédibilité des témoins, à l’importance de leur déposition et à l’omission de solliciter une mise en garde.

Credibility of the Witnesses

In assessing the credibility of a witness to determine whether to give a *Vetrovec* warning, trial judges must avoid pigeon-holing witnesses into particular categories such as “jailhouse informants”. Rather, the trial judge should “direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness” (*Vetrovec*, at p. 823). If the trial judge believes the witness can be trusted, then, regardless of whether he or she is an accomplice or a jailhouse informant, no *Vetrovec* warning is necessary.

Appellate courts should show great deference to the findings of credibility made at trial and the importance of taking into consideration the special position of the trier of fact in judging credibility and of having the advantage, denied to the appellate court, of directly observing the testimonies of the witnesses (*R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131).

La crédibilité des témoins

Lorsqu’il apprécie la crédibilité d’un témoin pour décider s’il y a lieu de faire une mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès doit éviter de classer le témoin dans une catégorie particulière comme celle des «informateurs dans un établissement de détention». Le juge du procès doit plutôt «s’attacher aux faits de la cause et [...] examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d’un témoin en particulier» (*Vetrovec*, à la p. 823). Si le juge du procès estime que le témoin est digne de foi, aucune mise en garde de type *Vetrovec* n’est alors nécessaire, peu importe que ce témoin soit un complice ou un informateur dans un établissement de détention.

Les cours d’appel devraient faire preuve d’un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins et se rappeler combien il est important de tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouve le juge des faits lorsqu’il évalue la crédibilité, et du fait qu’il a l’avantage, que n’a pas la cour d’appel, d’observer les témoins qui déposent (*R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 131).

5

6

7

Clearly each of King and Balogh falls within the definition of a “jailhouse informant” as an “inmate, usually awaiting trial or sentencing, who claims to have heard another prisoner make an admission about his case”; see C. Sherrin, “Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use” (1998), 40 *C.L.Q.* 106, at p. 107. There is no doubt that the criminal records of King and Balogh, and King’s admissions that he sought to avoid incarceration in exchange for his testimony and that he had previously testified in exchange for a deal to avoid incarceration, raise preliminary doubts as to their credibility. I believe, however, that such doubts alone do not mandate a “clear and sharp” *Vetrovec* warning in this case.

8

In assessing the credibility of King and Balogh, the majority of the Court of Appeal took into consideration their lengthy criminal records, their motivation to lie and Balogh’s psychiatric history. On that basis alone, the Court of Appeal concluded that there were cogent reasons to suspect their credibility and hence overruled the trial judge’s implicit finding that the witnesses were sufficiently trustworthy not to mandate the giving of a *Vetrovec* caution.

9

The Court of Appeal held that Balogh’s credibility was suspect based on his long psychiatric history and his motivation to lie. With respect, a witness’s prior psychiatric history has no relevance to the giving of a *Vetrovec* warning. While a witness’s psychiatric profile may be a factor to consider in assessing the credibility of the witness, it does not make the witness a person of “unsavoury character”. The trial judge highlighted Balogh’s psychiatric history in his charge to the jury and it was for the jury to judge Balogh’s credibility in this respect. No special *Vetrovec* warning is required each time a witness who has attempted suicide in the past, spent time in a psychiatric institution, or consumed drugs testifies. If there were contradictions in Balogh’s testimony or between his testimony and other facts in evidence, perhaps

Il est clair que King et Balogh sont tous les deux des «informateurs dans un établissement de détention» qui sont définis comme étant des [TRADUCTION] «détenus, habituellement en attente de leur procès ou de la détermination de leur peine, qui soutiennent avoir entendu un autre détenu faire un aveu le concernant»; voir C. Sherrin, «Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use» (1998), 40 *C.L.Q.* 106, à la p. 107. Il est évident que la crédibilité de King et de Balogh est douteuse au départ en raison de leurs casiers judiciaires et des aveux de King qu’il cherchait à éviter l’incarcération en échange de son témoignage et qu’il avait déjà témoigné pour éviter d’être incarcéré. Je crois cependant qu’en l’espèce un tel caractère douteux ne saurait commander en soi une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*.

En appréciant la crédibilité de King et de Balogh, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont tenu compte de leurs lourds casiers judiciaires, des raisons qu’ils avaient de mentir et des antécédents psychiatriques de Balogh. C’est sur ce seul fondement que la Cour d’appel a conclu qu’il y avait des raisons convaincantes de douter de leur crédibilité et qu’elle a ainsi rejeté la conclusion implicite du juge du procès que les témoins étaient suffisamment dignes de foi pour qu’il ne soit pas nécessaire de faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

La Cour d’appel a conclu que la crédibilité de Balogh était douteuse en raison de ses antécédents psychiatriques importants et des raisons qu’il avait de mentir. En toute déférence, les antécédents psychiatriques d’un témoin n’ont rien à voir avec la question de savoir s’il y a lieu de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Bien que le profil psychiatrique d’un témoin puisse être un facteur à considérer pour en évaluer la crédibilité, il n’en fait pas pour autant une personne «à l’honnêteté douteuse». Le juge du procès a souligné les antécédents psychiatriques de Balogh dans son exposé au jury et il incombait à ce dernier de décider de la crédibilité de Balogh à cet égard. Il n’est pas nécessaire de faire une mise en garde de type *Vetrovec* particulière dans tous les cas où le témoin qui dépose a déjà tenté de se suicider, fréquenté un

there would be a basis to doubt his credibility. The record demonstrates, to the contrary, that Balogh's testimony was consistent, accurate and supported by other evidence.

Moreover, no facts were adduced by defence counsel to demonstrate that Balogh had been motivated to lie or that he had sought some benefit for his testimony and no contradictions were brought out by defence counsel on cross-examination. In fact, no evidence was adduced by defence counsel that either King or Balogh had lied or that they had acquired this information elsewhere. On the contrary, ample evidence was adduced which confirmed the accounts of King and Balogh, as described by the appellant, at p. 36 of its factum:

There was a richness of detail concerning the circumstances of the event as opposed to a simple allegation or a bald admission by the accused. King and Balogh's evidence contained details as to the location of the injuries, the prior hitting of Samantha by the Respondent, the detail that the mother had also hit the child on occasion to discipline her, that Samantha was always crying and that she was crying on the night she died and that she choked.

Many of the facts in the accused's admissions to King and Balogh were confirmed by independent evidence. The fact that the baby's mother's name was Norma, that she was the Respondent's girlfriend, that they lived in the apartment building near the Centre, and that the mother was going to testify against the Respondent were all accurate. The evidence that the Respondent told King and Balogh that he had struck . . . Samantha repeatedly in the head was consistent with the medical and forensic evidence as to the location of the injuries. The fact that Samantha choked was confirmed by the vomit on . . . her face. The fact that the [Respondent] would hit Samantha when she cried was confirmed by the evidence of witnesses at the trial. The fact that Samantha was crying on the night she was killed was confirmed by the mother. [Emphasis added.]

The fact that King had sought to avoid incarceration by testifying, while certainly a factor which may undermine credibility, is not in itself suffi-

établissement psychiatrique ou consommé de la drogue. On aurait peut-être raison de douter de la crédibilité de Balogh si son témoignage était incohérent ou s'il contredisait d'autres faits soumis en preuve. Au contraire, il ressort du dossier que le témoignage de Balogh était logique, exact et étayé par d'autres éléments de preuve.

En outre, l'avocat de la défense n'a présenté aucun fait visant à démontrer que Balogh avait eu des raisons de mentir ou qu'il avait cherché à obtenir un avantage en échange de son témoignage, et il n'a fait ressortir aucune contradiction lors du contre-interrogatoire. En fait, l'avocat de la défense n'a produit aucune preuve que King ou Balogh avait menti ou qu'ils avaient obtenu ces renseignements ailleurs. Au contraire, de nombreux éléments de preuve confirmant les récits de King et Balogh ont été produits, comme l'affirme l'appelante, à la p. 36 de son mémoire:

[TRADUCTION] On disposait d'énormément de détails sur les circonstances de l'épisode par opposition à une simple allégation ou à un simple aveu de la part de l'accusé. Dans leur témoignage, King et Balogh fournissaient des détails sur les parties du corps où des blessures avaient été causées et précisaient que Samantha avait déjà été frappée par l'intimé, que la mère avait elle aussi parfois frappé l'enfant pour la punir, que Samantha pleurait toujours, qu'elle avait pleuré la nuit de son décès et qu'elle s'était étouffée.

Bien des faits que l'accusé a mentionnés dans ses aveux à King et à Balogh ont été confirmés par une preuve indépendante. Il était exact que la mère du bébé s'appelait Norma, qu'elle était la petite amie de l'intimé, qu'ils vivaient dans l'immeuble résidentiel près du Centre et que la mère allait témoigner contre l'intimé. La preuve que l'intimé avait dit à King et à Balogh qu'il avait frappé Samantha à la tête à maintes reprises était compatible avec la preuve médico-légale faisant état des parties du corps où des blessures avaient été constatées. Le fait que Samantha s'était étouffée était confirmé par la vomissure qu'elle avait sur le visage. Le fait que [l'intimé] frappait Samantha quand elle pleurait a été confirmé par la déposition de témoins au procès. La mère de Samantha a confirmé que cette dernière avait pleuré la nuit où elle avait été assassinée. [Je souligne.]

Bien que le fait que King ait cherché à éviter l'incarcération en témoignant soit sûrement un facteur susceptible de miner sa crédibilité, ce n'est pas

cient to mandate a “clear and sharp” *Vetrovec* caution. An appellate court should show greater deference to the trial judge rather than to impose its view after the fact based on an abstract category of witness without having heard the testimonies directly.

The Importance of the Impugned Evidence

- 11 In *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, Major J. described the untrustworthy evidence as “crucial to the Crown’s case” (p. 615). In *Vetrovec*, Dickson J. spoke of the need for helpful direction of the jury where “guilt or innocence might, and probably will turn on the acceptance or rejection, belief or disbelief, of the evidence of one or more witnesses” (pp. 831-32). The trial judge must therefore examine the importance of the impugned evidence. Indeed, as M. Rosenberg (now Rosenberg J.A.) states in “Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term” (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, at p. 463:

... the trial judge must assess the importance of the witness to the Crown’s case. If the witness plays a relatively minor role in the proof of guilt it is probably unnecessary to burden the jury with a special caution and then review the confirmatory evidence. However, the more important the witness the greater the duty on the judge to give the caution. At some point, as where the witness plays a central role in the proof of guilt, the warning is mandatory.

- 12 In the circumstances of this case, guilt or innocence did not turn on the acceptance of the evidence of King and Balogh. Rather, upon reviewing the record, it is my opinion that there was sufficient evidence which would sustain the conviction even if the jury had completely rejected the evidence of King and Balogh.

suffisant en soi pour commander une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*. Une cour d’appel devrait faire preuve d’un plus grand respect envers le juge du procès au lieu d’imposer après coup son propre point de vue en se fondant sur une catégorie abstraite de témoins sans avoir entendu directement les dépositions.

L’importance du témoignage contesté

Dans l’arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, le juge Major a décrit la déposition indigne de foi comme étant «un élément crucial de la preuve du ministère public» (p. 615). Dans l’arrêt *Vetrovec*, le juge Dickson a parlé de la nécessité d’aider le jury par des directives «si la déclaration de culpabilité ou l’acquittement peuvent dépendre et dépendront tout probablement de l’acceptation ou du rejet de la déposition d’un ou de plusieurs témoins ou encore du fait d’y ajouter foi ou de ne point la croire» (pp. 831 et 832). Le juge du procès doit d’abord examiner l’importance du témoignage contesté. En fait, comme M. Rosenberg (maintenant juge d’appel) l’affirme dans «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term» (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, à la p. 463:

[TRADUCTION] ... le juge du procès doit évaluer l’importance que revêt le témoin pour la preuve du ministère public. Si le témoin joue un rôle relativement mineur dans l’établissement de la culpabilité, il ne sera probablement pas nécessaire de faire une mise en garde particulière au jury et d’examiner ensuite la déposition corroborante. Cependant, plus le témoin est important, plus le juge du procès est tenu de faire la mise en garde. À un certain point, comme dans le cas où le témoin joue un rôle central dans l’établissement de la culpabilité, la mise en garde est obligatoire.

Dans les circonstances de la présente affaire, la déclaration de culpabilité ou l’acquittement ne dépendait pas de l’acceptation du témoignage de King et de Balogh. Je suis plutôt d’avis, après avoir examiné le dossier, qu’il y aurait eu suffisamment d’éléments de preuve pour étayer la déclaration de culpabilité même si le jury avait rejeté complètement le témoignage de King et de Balogh.

The jury was properly instructed by the trial judge on the elements that had to be proved to find the respondent guilty of first degree murder. A competent jury convicted the respondent, concluding that he had caused the death of Samantha Johnings while committing a sexual assault against her. The evidence of King and Balogh made no reference to sexual assault. The jury had sufficient evidence to convict based solely on the forensic evidence, the mother's testimony and the inconsistency in the respondent's statements. The physical and forensic evidence in this case, namely the track pants, the genital injuries and the semen in Samantha's anus and vagina coupled with the fact that the respondent was the sole male present and that he had earlier bathed Samantha, is conclusive.

It cannot be ignored that the whole of the evidence implicating the respondent in this case, absent the evidence of King and Balogh, is far more compelling than the evidence against the accused in *Vetrovec* and *Bevan* absent the impugned evidence in those cases. The evidence of King and Balogh may have been important but it was not determinative, and, where the evidence of a witness merely provides further support for a jury's finding, appellate courts should more likely find that the decision to give a "clear and sharp" *Vetrovec* warning is within the trial judge's discretion.

Failure to Request a Warning

A further problem with making the "clear and sharp" *Vetrovec* warning mandatory is that it may have the unintended effect of causing greater prejudice to the accused either by calling attention to the impugned evidence or to evidence corroborating the impugned evidence.

While this Court has established in *Bevan* that the trial judge need not necessarily point to corroborating evidence each time a *Vetrovec* warning

Le juge du procès a donné au jury des directives appropriées sur les éléments qui devaient être établis pour que l'intimé soit reconnu coupable de meurtre au premier degré. Un jury compétent a déclaré l'intimé coupable, après avoir conclu qu'il avait causé la mort de Samantha Johnings pendant qu'il l'agressait sexuellement. Le témoignage de King et de Balogh ne fait état d'aucune agression sexuelle. La preuve dont le jury disposait était suffisante pour lui permettre de conclure à la culpabilité de l'intimé sur la seule base de la preuve médico-légale, du témoignage de la mère et de l'incohérence des déclarations de l'intimé. La preuve matérielle et médico-légale en l'espèce, à savoir le pantalon de survêtement, les blessures aux organes génitaux et le sperme trouvé dans l'anus et le vagin de Samantha, conjuguée au fait que l'intimé était le seul homme présent et qu'il avait auparavant donné un bain à Samantha, est concluante.

On ne saurait passer sous silence le fait que, dans son ensemble, la preuve impliquant l'intimé en l'espèce, abstraction faite du témoignage de King et de Balogh, est beaucoup plus convaincante que celle qui pesait contre l'accusé dans les affaires *Vetrovec* et *Bevan* indépendamment du témoignage qui y était contesté. Le témoignage de King et de Balogh peut avoir été important, mais il n'était pas déterminant et, dans le cas où la déposition d'un témoin ne fait qu'étayer davantage la conclusion d'un jury, il devrait y avoir plus de chances que la cour d'appel conclue que la décision de faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès.

L'omission de solliciter une mise en garde

Rendre obligatoire la mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* pose un autre problème en ce sens que cela peut avoir pour effet non voulu de causer un plus grand préjudice à l'accusé en attirant l'attention soit sur le témoignage contesté, soit sur la preuve qui le corrobore.

Bien que notre Cour ait établi, dans l'arrêt *Bevan*, que le juge du procès n'est pas nécessairement tenu de souligner l'existence d'une preuve

13

14

15

16

is given, it is usually a corollary of the *Vetrovec* warning that the trial judge refer to evidence supporting the impugned evidence of the “unsavoury” witness. Therefore, if the trial judge had given a “clear and sharp” *Vetrovec* warning in this case, it would have been open to him to highlight for the jury the ample evidence which confirmed the evidence of King and Balogh. In requesting a *Vetrovec* warning, defence counsel therefore risks bolstering the credibility of the “unsavoury” witness by highlighting the inculpatory evidence against the accused. In this regard, *Vetrovec* warnings may, in certain circumstances, be counter-productive by actually strengthening the case against the accused.

corroborante chaque fois qu’il fait une mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès renvoie habituellement à des éléments de preuve étayant la déposition contestée du témoin «douteux» lorsqu’il fait cette mise en garde. En conséquence, si le juge du procès avait fait une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* en l’espèce, il aurait pu souligner au jury la preuve abondante qui corroborait le témoignage de King et de Balogh. En sollicitant une mise en garde de type *Vetrovec*, l’avocat de la défense risque donc de renforcer la crédibilité du témoin «douteux» en soulignant la preuve incriminante qui pèse contre l’accusé. À cet égard, il se peut que, dans certaines circonstances, la mise en garde de type *Vetrovec* aille à l’encontre du but recherché en renforçant, en fait, la preuve qui pèse contre l’accusé.

17

Defence counsel in this case neither requested a *Vetrovec* warning nor objected when one was not provided. This may well have been the result of a tactical decision on the part of defence counsel to avoid the risk of causing greater prejudice to the accused. Defence counsel chose to concentrate on attacking the Crown’s circumstantial and physical evidence in this case rather than to draw attention to the evidence of King and Balogh. Indeed, defence counsel, in his address at trial, referred to the evidence of King as “comic relief”, stating that King and Balogh had concocted stories that “didn’t make sense” and that nothing further needed to be said about them. It is at least implicit from the defence’s references to the evidence of King and Balogh that the defence felt that there was no striking need for a “clear and sharp” *Vetrovec* caution, that the evidence of King and Balogh was insignificant, and that the jury was fully capable of assessing the credibility of these witnesses on its own. Had defence counsel requested a *Vetrovec* warning, however, the evidence of King and Balogh would have been singled out for the jury’s attention and possibly emphasized by the trial judge.

L’avocat de la défense en l’espèce n’a pas sollicité une mise en garde de type *Vetrovec* et ne s’est pas opposé à l’absence d’une telle mise en garde. Il se peut fort bien que cela ait été le fruit d’une décision tactique de sa part d’épargner à l’accusé le risque de subir un plus grand préjudice. L’avocat de la défense a choisi de s’attaquer à la preuve circonstancielle et matérielle du ministère public au lieu d’attirer l’attention sur le témoignage de King et de Balogh. En fait, il a affirmé, dans sa plaidoirie au procès, que le témoignage de King avait été une [TRADUCTION] «détente comique» et que ce dernier et Balogh avaient inventé des histoires «farfelues», et qu’il n’y avait plus rien à dire à leur sujet. Il ressort à tout le moins implicitement des mentions que la défense a faites du témoignage de King et de Balogh qu’elle estimait qu’une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* n’était manifestement pas nécessaire, que le témoignage de King et de Balogh était sans importance et que le jury était parfaitement en mesure d’apprécier lui-même la crédibilité de ces témoins. Toutefois, si l’avocat de la défense avait sollicité une mise en garde de type *Vetrovec*, le témoignage de King et de Balogh aurait été expressément porté à l’attention du jury et éventuellement souligné par le juge du procès.

18

The cases of *R. v. Cain* (1996), 90 O.A.C. 156 (C.A.), and *R. v. Glasgow* (1996), 110 C.C.C. (3d)

Les arrêts *R. c. Cain* (1996), 90 O.A.C. 156 (C.A.), et *R. c. Glasgow* (1996), 110 C.C.C. (3d)

57 (Ont. C.A.), support the position that, absent a request for a “clear and sharp” *Vetrovec* warning, the trial judge should only be required to give a warning where the circumstances of the case clearly demand one. While it is true that counsel’s opinion with respect to the *Vetrovec* warning is not determinative, it is nevertheless relevant and worthy of greater consideration where circumstances point to the fact that there may be tactical reasons for not requesting a warning. In *Glasgow*, at pp. 60-61, Doherty J.A. addressed the effect of a failure on the part of counsel to request a *Vetrovec* warning as follows:

The trial judge alerted the jury to the importance of the assessment of the credibility of these two witnesses and spent some time detailing the manner in which that assessment should be made. He was not asked to give, and did not give a “*Vetrovec*” warning. It is well established that a trial judge has a discretion as to whether to give a “*Vetrovec*” warning. An appellate court must show deference when reviewing the exercise of that discretion. If a trial judge was not asked to give the warning, it is difficult to understand how the trial judge can be said to have erred in the exercise of her or his discretion.

A full “*Vetrovec*” instruction, even as modified in *R. v. Bevan* . . . , can benefit both the Crown and the defence. Where counsel for the accused is satisfied that issues pertaining to a witness’s credibility have been fully and fairly put to the jury without resort to a “*Vetrovec*” instruction, I would hold that the failure to give the “*Vetrovec*” warning resulted in reversible error only if satisfied that the instruction was essential to a fair trial. In other words, I would place the onus on the appellant to show that the circumstances at trial so compelled a “*Vetrovec*” warning that the trial judge effectively had no discretion and was compelled to give the “*Vetrovec*” warning. As I am not satisfied that this was such a case, I would not give effect to this ground of appeal. [Emphasis added.]

In my view, the defence had a clear tactical advantage in not requesting a *Vetrovec* warning in this case. To hold that the *Vetrovec* warning is

57 (C.A. Ont.), étayent le point de vue selon lequel, en l’absence d’une demande de mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*, le juge du procès n’est tenu de faire une mise en garde que si les circonstances de l’affaire l’exigent clairement. Même s’il est vrai qu’il n’est pas déterminant en ce qui concerne la mise en garde de type *Vetrovec*, l’avis des avocats est néanmoins pertinent et digne de plus de considération lorsque les circonstances indiquent qu’il peut y avoir des raisons tactiques de ne pas solliciter une mise en garde. Dans l’arrêt *Glasgow*, aux pp. 60 et 61, le juge Doherty a traité de la façon suivante l’effet de l’omission de l’avocat de solliciter une mise en garde de type *Vetrovec*:

[TRADUCTION] Le juge du procès a sensibilisé le jury à l’importance d’apprécier la crédibilité de ces deux témoins et a consacré un certain temps à lui expliquer la façon dont cette appréciation doit être faite. On ne lui a pas demandé de faire une mise en garde de type «*Vetrovec*» et il n’en a fait aucune. Il est bien établi qu’un juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de faire ou de ne pas faire une telle mise en garde. Une cour d’appel doit faire preuve de retenue lorsqu’elle examine l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Si on n’a pas demandé au juge du procès de faire la mise en garde, il est difficile de comprendre comment on peut dire qu’il a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire.

Une directive complète de type «*Vetrovec*», même modifiée comme dans l’arrêt *R. c. Bevan* [. . .], peut profiter tant au ministère public qu’à la défense. Dans le cas où l’avocat de l’accusé est convaincu que les questions relatives à la crédibilité d’un témoin ont été entièrement et équitablement exposées au jury sans qu’une directive de type «*Vetrovec*» ne lui ait été donnée, je suis d’avis que l’omission de faire la mise en garde de type «*Vetrovec*» ne constitue une erreur justifiant annulation que si l’on est convaincu que la directive était essentielle à la tenue d’un procès équitable. En d’autres termes, j’estime qu’il incombait à l’appellant d’établir au procès que les circonstances de l’affaire commandaient une mise en garde de type «*Vetrovec*» à un point tel que le juge du procès n’avait en réalité d’autre choix que de faire cette mise en garde. Comme je ne suis pas convaincu que c’était le cas en l’espèce, je ne retiens pas ce moyen d’appel. [Je souligne.]

À mon avis, il était clairement à l’avantage de la défense, sur le plan tactique, de ne pas solliciter en l’espèce une mise en garde de type *Vetrovec*.

mandatory in such circumstances would deny future counsel this tactical decision. As professed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Gravino*, [1995] O.J. No. 3109 (QL), at para. 10:

The fact that very experienced and competent counsel at trial... neither asked for a *Vetrovec* caution nor objected when one was not given must be taken to reflect the atmosphere at the trial that Ireland's evidence had been subjected to very careful scrutiny. In these circumstances we are unable to conclude that it was an error on the part of the trial judge to decline to give a *Vetrovec* caution.

20

In the present case, the trial judge exercised his discretion not to give a "clear and sharp" *Vetrovec* warning. Rather, in instructing the jury, the trial judge focussed on the credibility of King and Balogh, their criminal records, and King's motivation to lie. In essence, the trial judge directed the jury on credibility, at the very beginning of his instruction, specifically focussing on the criminal records of King and Balogh:

We have also had in this trial witnesses who have a criminal record. You will recall the testimony of Mr. Balogh and Mr. King. Both of these witnesses admitted that they had a record and once again you may take their record into account when considering the credibility and weight of their evidence. It is for you to decide what significance, if any, you will attach to their records when you size them up as witnesses.

Credibility and weight of the evidence are entirely for you. If you have a reasonable doubt as to the accuracy of the evidence or the weight to be given to such evidence, you must give the benefit of that doubt to the accused and not to the Crown. This is an important part of a criminal trial and I repeat this for you. Credibility and weight of evidence are entirely for you, the Jury.

21

Later, in his charge to the jury, while reviewing the individual evidence of each of the witnesses, the trial judge once again referred to King and

Décider que la mise en garde de type *Vetrovec* est obligatoire en pareilles circonstances empêcherait désormais les avocats de prendre une telle décision tactique. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Gravino*, [1995] O.J. No. 3109 (QL), au par. 10:

[TRADUCTION] Le fait que l'avocat très expérimenté et compétent [...] au procès n'a pas sollicité une mise en garde de type *Vetrovec* et ne s'est pas opposé à l'absence d'une telle mise en garde doit être interprété comme reflétant l'impression au procès que le témoignage d'Ireland avait fait l'objet d'un examen très minutieux. Dans ces circonstances, nous ne pouvons pas conclure que le juge du procès a commis une erreur en refusant de faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

En l'espèce, le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*. En donnant des directives au jury, il s'est plutôt concentré sur la crédibilité de King et de Balogh, sur leurs casiers judiciaires et sur les raisons de King de mentir. Le juge du procès a essentiellement donné au jury des directives en matière de crédibilité au tout début de ses directives, se concentrant particulièrement sur les casiers judiciaires de King et Balogh:

[TRADUCTION] Nous avons également eu, dans le présent procès, des témoins qui possèdent un casier judiciaire. Rappelez-vous le témoignage de MM. Balogh et King. Ces deux témoins ont admis qu'ils avaient un casier judiciaire et, là encore, vous pouvez tenir compte de ce casier en appréciant leur crédibilité et la valeur de leur témoignage. Il vous incombe de décider de l'importance, le cas échéant, que vous accorderez à leurs casiers judiciaires en les évaluant comme témoins.

Il vous revient exclusivement d'apprécier la crédibilité et la valeur des témoignages. Si vous avez un doute raisonnable quant à l'exactitude des témoignages ou au poids qu'il convient de leur accorder, vous devez accorder le bénéfice de ce doute à l'accusé et non pas au ministère public. C'est un aspect important du procès criminel et je vous le répète: il vous appartient exclusivement, à vous, le jury, d'apprécier la crédibilité et la valeur des témoignages.

Plus tard, dans son exposé au jury, alors qu'il passait en revue la déposition de chaque témoin, le juge du procès a de nouveau mentionné les casiers

Balogh's criminal records. He then proceeded to highlight Balogh's psychiatric troubles. The trial judge also referred to King's motivation to lie, emphasizing the fact that King "tried to get a lighter sentence", and that King had admitted that "he was a rat". In the circumstances of this case, the exercise of the discretion not to give a "clear and sharp" *Vetrovec* warning but to direct the jury on credibility as was done was in conformity with the spirit of *Vetrovec*.

For the above reasons, I am of the opinion that the majority of the Court of Appeal had insufficient reason to interfere with the trial judge's exercise of his discretion to instruct the jury as he did. Although there may have been some reason to doubt the credibility of King and Balogh at the outset, based on their criminal records as well as King's motivation to lie, these factors were highlighted by the trial judge in instructing the jury and, in isolation, do not automatically require a "clear and sharp" *Vetrovec* warning. It is my view that the role of the evidence of King and Balogh in relation to the totality of evidence adduced by the Crown in this case justified the trial judge's discretion not to provide a *Vetrovec* caution.

Considering that the impugned evidence was not essential to the determination of guilt or innocence, and that there were insufficient reasons to doubt the credibility of King and Balogh, a *Vetrovec* warning was not required in the circumstances. The Court of Appeal, therefore, erred in reversing the decision of the trial judge to instruct the jury as he did.

Conclusion

To find that the trial judge's failure to provide a "clear and sharp" *Vetrovec* warning in the circumstances of this case amounts to an error of law runs counter to the spirit of *Vetrovec*, which affirmed a judicial discretion to provide warnings only in

judiciaires de King et Balogh. Il a ensuite souligné les problèmes psychiatriques de Balogh. Le juge du procès a également parlé des raisons de King de mentir, soulignant le fait que King [TRADUCTION] «tentait d'obtenir une peine moins lourde» et que ce dernier avait admis qu'«il était un mouchard». Dans les circonstances de la présente affaire, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas faire de mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* et de donner plutôt au jury des directives sur la crédibilité, comme cela a été fait, était conforme à l'esprit de l'arrêt *Vetrovec*.

Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis que les juges majoritaires de la Cour d'appel n'avaient pas suffisamment de motifs d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de donner au jury les directives qu'il lui a données. Même si, au départ, il pouvait y avoir des motifs de douter de la crédibilité de King et de Balogh à cause de leurs casiers judiciaires et des raisons de King de mentir, le juge du procès a, dans ses directives au jury, souligné ces facteurs, qui ne commandent pas automatiquement en soi une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*. À mon avis, le rôle que le témoignage de King et de Balogh jouait relativement à l'ensemble de la preuve produite en l'espèce par le ministère public justifiait l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de ne pas faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

Vu que la preuve contestée n'était pas essentielle pour décider de la culpabilité ou de l'innocence et qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons de douter de la crédibilité de King et de Balogh, une mise en garde de type *Vetrovec* ne s'imposait pas dans les circonstances. La Cour d'appel a donc commis une erreur en infirmant la décision du juge du procès de donner au jury les directives qu'il lui a données.

Conclusion

Conclure que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* dans les circonstances de la présente affaire constitue une erreur de droit est contraire à l'esprit de cet arrêt qui a confirmé l'existence d'un

22

23

24

appropriate circumstances. Provided there is a foundation for the judge's exercise of discretion, appellate courts should not interfere. Here that foundation existed.

pouvoir discrétionnaire de ne faire des mises en garde que dans des circonstances appropriées. Les cours d'appel ne devraient intervenir que s'il existe un motif justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Ce motif existait en l'espèce.

- 25 For these reasons, I am unable to conclude that the failure of the trial judge to give a "clear and sharp" *Vetrovec* warning amounted to an error of law. I would allow the appeal accordingly and restore the conviction entered by the trial judge.

Pour ces raisons, je suis incapable de conclure que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* constituait une erreur de droit. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité inscrite par le juge du procès.

The reasons of Iacobucci, Major and Arbour JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et Arbour rendus par

- 26 MAJOR J. (dissenting) — Stephen David Balogh and Albert Edward King were jailhouse informants and men of unsavoury character. The trial judge permitted their evidence to go to the jury without the caution of a *Vetrovec* warning.

LE JUGE MAJOR (dissident) — Stephen David Balogh et Albert Edward King étaient des informateurs dans un établissement de détention et des hommes à l'honnêteté douteuse. Le juge du procès a permis au jury d'apprécier leur témoignage sans lui faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

- 27 The respondent, Frederick Alexander Brooks, was convicted of first degree murder in the death of Samantha Johnings. He was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years. The Ontario Court of Appeal, by a majority, ordered a new trial.

L'intimé Frederick Alexander Brooks, déclaré coupable du meurtre au premier degré de Samantha Johnings, a été condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 25 ans. La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a ordonné un nouveau procès.

- 28 This appeal as of right was on a point of law raised in the dissent; that is, whether a clear, sharp warning in accordance with *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, ought to have been included in the trial judge's charge to the jury on the evidence of the two disreputable Crown witnesses.

Le présent pourvoi de plein droit porte sur une question de droit soulevée dans les motifs de dissidence, à savoir si l'exposé du juge du procès au jury relativement à la déposition des deux témoins à charge de mauvaise réputation aurait dû comporter une mise en garde claire et précise conformément à l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

- 29 In the absence of a *Vetrovec* warning, was the charge to the jury sufficient to overcome that failure?

En l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec*, l'exposé au jury était-il suffisant pour pallier cette omission?

- 30 If the answer is no, then in the circumstances should the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, be

Dans la négative, la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, aurait-elle dû alors s'appliquer

engaged and if so, would the verdict have necessarily been the same.

In my opinion, the trial judge ought to have given a *Vetrovec* warning. In its absence the charge was not the equivalent nor was it adequate. In the result it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same and accordingly the appeal should be dismissed.

I. Facts

Around 10:30 p.m. on December 13, 1992, 19-month-old Samantha Johnings stirred in her sleep when her aunt checked on her before leaving the apartment. The next day at 11:00 a.m., Samantha's mother Norma Jean Johnings found her dead in her crib. She had been murdered. Rigor mortis was setting in. There was blood and vomit on her face. Her left eye was swollen shut and she had three bruises on her head caused by blunt force trauma. The body was wrapped in a green comforter. Her mother attempted in vain to revive her. She then called 911.

Only two persons had access to Samantha on the night of her murder — her mother and the respondent. The respondent had been living in the apartment with Norma Jean since the previous October. He was not the father of Samantha, nor of her newborn brother, Anthony.

At autopsy, it was noted that Samantha's genital area had a well-demarcated area of bruising and redness, which was inconsistent with a diaper rash but consistent with a rubbing action, or the use of a blunt object. Trace amounts of semen were found on vaginal and anal swabs taken from her body. The cause of death was acute brain injury. The head injuries could have but did not necessarily precede the injuries to the vagina and anus. A healing lesion of one centimetre in diameter was also noted on the right buttock.

et, le cas échéant, le verdict aurait-il nécessairement été le même?

À mon avis, le juge du procès aurait dû faire une mise en garde de type *Vetrovec*. L'exposé qu'il a fait n'équivalait pas à une telle mise en garde et n'était pas suffisant non plus. En fin de compte, on ne peut pas dire que le verdict aurait nécessairement été le même. Le pourvoi devrait donc être rejeté.

I. Les faits

Vers 22 h 30, le 13 décembre 1992, Samantha Johnings, qui était âgée de 19 mois, a bougé dans son sommeil quand sa tante est venue jeter un coup d'œil sur elle avant de quitter l'appartement. Le lendemain, à 11 h, Norma Jean Johnings a trouvé sa fille Samantha morte dans sa couchette. Elle avait été assassinée et son corps avait commencé à devenir rigide. Elle avait du sang et de la vomissure au visage. Son œil gauche était gonflé et fermé et elle avait sur la tête trois contusions provoquées par un objet contondant. Le corps était enveloppé dans une douillette verte. Sa mère a tenté en vain de la réanimer. Elle a ensuite composé le 911.

Seulement deux personnes avaient accès auprès de Samantha la nuit de son meurtre — sa mère et l'intimé. L'intimé vivait dans l'appartement avec Norma Jean depuis le mois d'octobre précédent. Il n'était ni le père de Samantha ni celui de son frère nouveau-né, Anthony.

Lors de l'autopsie, on a constaté la présence aux organes génitaux de Samantha d'une zone bien délimitée de contusions et de rougeurs, qui n'avait rien à voir avec un érythème fessier, mais qui pouvait résulter d'un frottement ou de l'utilisation d'un objet contondant. Des quantités infimes de sperme ont été décelées dans des échantillons prélevés sur son corps par écouvillonnage vaginal et anal. Le décès était dû à un traumatisme crânien aigu. Les blessures à la tête pouvaient, mais ne devaient pas nécessairement, avoir précédé celles au vagin et à l'anus. On a également remarqué la présence sur la fesse droite d'une lésion d'un centimètre de diamètre qui était en voie de cicatrisation.

31

32

33

34

- 35 DNA testing of the sperm proved inconclusive, likely due to contamination of the sample. No one could be included or excluded as the source.
- 36 The respondent's grey track pants were found in the apartment and seized on January 27, 1993. Those pants contained blood stains of the same blood type as Samantha's. An expert witness for the Crown testified that the blood's DNA signature matched Samantha's and that the frequency of that profile in Caucasians is one in 80 million. The track pants had semen on them, as well as a juice substance, similar to what was found in Samantha's bottle. The respondent was charged with murder.
- 37 At the respondent's trial, Norma Jean testified that in the early morning of December 14, her newborn, Anthony, had developed gas and began to cry continuously. She repeatedly walked up and down the apartment's hallway with Anthony in an unsuccessful effort to soothe him. At 2:00 a.m. she saw the respondent in Samantha's room, wrapping her in a green comforter. She did not check on Samantha at that time. She testified that by the time she went to bed at 4:00 a.m. the respondent had changed from his grey sweat pants into black sweat pants. On the way to the hospital the next morning, the respondent whispered to her three times that he was sorry.
- 38 The respondent testified at the trial and denied the charge. He denied checking on Samantha at 2:00 a.m. or wrapping her in the comforter. On cross-examination he stated that although he had told the police that he had wrapped Samantha in a comforter at around 2:00 a.m., this had been a "slip up". Instead, he testified that that comforter had been on Norma Jean's bed and he believed that she had put it on Samantha.
- Le test d'empreintes génétiques du sperme s'est révélé non concluant, vraisemblablement en raison de la contamination de l'échantillon prélevé. Ce test n'a pas permis d'établir que le sperme prélevé provenait ou ne provenait pas d'une personne en particulier.
- Le pantalon de survêtement gris de l'intimé a été trouvé dans l'appartement et saisi le 27 janvier 1993. Il y avait sur ce pantalon des taches de sang du même groupe sanguin que celui de Samantha. Un témoin expert du ministère public a déclaré que le profil génétique du sang correspondait à celui de Samantha et qu'il y avait une chance sur 80 millions que ce profil se rencontre chez une personne de race blanche. Il y avait sur le pantalon de survêtement du sperme et du jus semblable à celui trouvé dans le biberon de Samantha. L'intimé a été inculpé de meurtre.
- Au procès de l'intimé, Norma Jean a témoigné que, tôt le matin du 14 décembre, son nouveau-né Anthony s'était mis à avoir des gaz et à pleurer continuellement. À maintes reprises, elle a fait les cent pas dans le corridor de l'appartement avec Anthony dans les bras, dans une vaine tentative de le calmer. À 2 h, elle a vu l'intimé envelopper Samantha dans une douillette verte alors qu'il se trouvait dans la chambre de cette dernière. Elle n'a pas jeté de coup d'œil sur Samantha à ce moment-là. Dans son témoignage, elle a déclaré que lorsqu'elle s'est couchée à 4 h, l'intimé avait enlevé son pantalon de survêtement gris pour mettre un pantalon de survêtement noir. Sur la route de l'hôpital le lendemain matin, l'intimé lui a chuchoté trois fois à l'oreille qu'il était désolé.
- L'intimé a témoigné au procès et a nié les accusations. Il a nié avoir jeté un coup d'œil sur Samantha à 2 h du matin ou l'avoir enveloppée dans la douillette. En contre-interrogatoire, il a affirmé que son récit à la police qu'il avait enveloppé Samantha dans une douillette vers 2 h du matin avait été une [TRADUCTION] «gaffe». Il a plutôt témoigné que la douillette était sur le lit de Norma Jean et qu'il croyait qu'elle en avait recouvert Samantha.

The respondent also testified that on December 14, the morning that Samantha's death was discovered, he had been wearing the grey track pants, and that the blood must have gotten onto them while he was attempting to revive her. He said the police had permitted him to change into a pair of black sweat pants before being taken to the police station. Constable Bennett contradicted this evidence and said the respondent never asked to change his sweat pants and that he was taken to the police station in the same sweat pants he was wearing when the police arrived.

Other witnesses testified that the respondent's relationship with Samantha had been characterized by violence. Testimony from Samantha's grandfather, Robert Johnings, and 10-year-old Hayley Arkell, indicated that about one month prior to the murder, the respondent had thrown Samantha approximately one meter into the wooden frame of a couch.

Four relatives confirmed that the injury to Samantha's right buttock had appeared on December 5, 1992, a day on which the respondent had exclusive care of Samantha while Norma Jean was giving birth to Anthony. The respondent had suggested that the injury occurred when Samantha fell on a small funnel bath toy. A pathologist's expert opinion was that the injury was inconsistent with a funnel but consistent with a cigarette burn.

Much of the testimony of the Crown's forensic experts focussed on the sperm found in Samantha's body. Six sperm were noted on a vaginal swab and approximately five on an anal swab. The amounts were insufficient for any conventional groupings. The Crown's pathologist Dr. Rao testified that although the sperm count in male ejaculate usually runs in the millions, the child had been brought into the emergency ward with a soiled diaper and the swabs were taken only after the faeces had been removed. As well, the fact that

Dans son témoignage, l'intimé a également dit que, le matin du 14 décembre, au moment où Samantha a été trouvée sans vie, il portait le pantalon de survêtement gris qu'il avait dû tacher de sang en tentant de la réanimer. Il a dit que la police l'avait autorisé à se changer et à enfiler un pantalon de survêtement noir avant de l'emmener au poste. L'agent Bennett a contredit ce témoignage et affirmé que l'intimé n'avait jamais demandé à changer son pantalon de survêtement et qu'au moment où il a été conduit au poste de police il portait le même pantalon de survêtement que lorsque la police est arrivée.

D'autres témoins ont affirmé que la relation de l'intimé avec Samantha avait été caractérisée par la violence. Dans leur témoignage, le grand-père de Samantha, Robert Johnings, et Hayley Arkell, un enfant de 10 ans, ont indiqué que, environ un mois avant le meurtre, l'intimé avait projeté Samantha sur une distance d'environ un mètre contre l'armature en bois d'un divan.

Quatre membres de la famille ont confirmé que la blessure sur la fesse droite de Samantha était apparue le 5 décembre 1992, au moment où l'intimé s'occupait seul de Samantha pendant que Norma Jean donnait naissance à Anthony. L'intimé avait laissé entendre que Samantha s'était infligée cette blessure en tombant sur un petit entonnoir avec lequel elle jouait dans son bain. D'après l'opinion d'expert d'un pathologiste, la blessure ressemblait à une brûlure de cigarette et non pas à une marque d'entonnoir.

Une bonne partie du témoignage des experts légistes du ministère public a porté sur le sperme trouvé sur le corps de Samantha. Six spermatozoïdes ont été décelés dans un échantillon prélevé par écouvillonnage vaginal et environ cinq ont été décelés dans un échantillon prélevé par écouvillonnage anal. Les quantités étaient insuffisantes pour que l'on puisse effectuer un groupage conventionnel. Suivant le témoignage du pathologiste du ministère public, le Dr Rao, bien que le sperme éjaculé par un homme compte habituellement des millions de spermatozoïdes, l'enfant portait une couche souillée lorsqu'elle est arrivée en salle d'urgence et les prélèvements n'ont été effectués

39

40

41

42

there was no penetration, only surface contact, could account for the sparse yield of sperm.

qu'après que les matières fécales eurent été enlevées. En outre, le fait qu'il n'y a eu qu'un contact superficiel et non pénétration pourrait expliquer la faible quantité de spermatozoïdes prélevés.

43 The defence suggested that the sperm may have been several days old, and, therefore, deposited at a time before the respondent's access to Samantha. A forensic biologist for the Crown acknowledged that studies had shown that semen can survive up to five or six days in an adult female's vaginal sample and two to three days in an anal sample, but she was not aware of any comparable studies for infants. However, Norma Jean testified that she had bathed Samantha between 10:00 and 11:00 p.m. on December 12 and again the next morning. The respondent testified that when he changed Samantha's diaper on December 12, he did not notice any marks around her vaginal area. The respondent was the only male with access to Samantha during the day of December 13 and overnight.

La défense a indiqué que le sperme pouvait dater de plusieurs jours et qu'il pouvait donc avoir été déposé avant le moment où l'intimé a eu accès auprès de Samantha. Une biologiste légiste du ministère public a reconnu que des études avaient montré que le sperme peut survivre jusqu'à cinq ou six jours dans le prélèvement vaginal d'une femme adulte et de deux à trois jours dans un prélèvement anal, mais elle ne connaissait l'existence d'aucune étude similaire ayant porté sur des enfants en bas âge. Toutefois, Norma Jean a témoigné qu'elle avait donné un bain à Samantha entre 22 h et 23 h, le 12 décembre, et qu'elle lui en avait donné un autre le lendemain matin. Dans son témoignage, l'intimé a affirmé que, lorsqu'il avait changé la couche de Samantha le 12 décembre, il n'avait remarqué la présence d'aucune marque dans la région vaginale de l'enfant. L'intimé a été le seul homme qui a eu accès auprès de Samantha pendant la journée du 13 décembre et la nuit qui a suivi.

44 The defence also postulated that the sperm may have been deposited upon Samantha from a semen stain, such as the one found on the green comforter. Doctor Rao discounted this theory as improbable. In her opinion, while semen can sometimes be detected on the skin surface of a child placed in contact with a fresh and wet semen stain, it is unlikely that semen would pass to the child's vaginal orifice from simple contact with a stain. The defence claimed that the sperm may have been deposited internally as the result of self-exploration of her vagina by Samantha. Doctor Rao's opinion was that a 19-month-old child was too young for that activity.

La défense a également émis l'hypothèse que le sperme déposé sur Samantha ait provenu d'une tache de sperme comme celle trouvée sur la douillette verte. Le Dr Rao a jugé cette thèse improbable et l'a écartée. À son avis, bien que du sperme puisse parfois être découvert sur la peau d'un enfant qui a été en contact avec une tache de sperme fraîche et humide, il est peu probable que du sperme se retrouve dans l'orifice vaginal de l'enfant à la suite du simple contact avec une telle tache. La défense a prétendu que Samantha avait pu elle-même introduire le sperme dans son vagin en tâtant cette partie de son corps. Le Dr Rao estimait qu'un enfant de 19 mois est trop jeune pour se livrer à cette activité.

45 Doctor Newall, the Crown's DNA expert, initially excluded the respondent as the source of the sperm found on Samantha, but later concluded that as the sample had been contaminated it was impossible for her to conclude anything about the possible origin of the sperm in the sample. She could

L'expert du ministère public en matière d'ADN, le Dr Newall, a d'abord jugé que le sperme trouvé sur Samantha ne provenait pas de l'intimé, mais elle a par la suite décidé que, vu que l'échantillon avait été contaminé, il lui était impossible de conclure quoi que ce soit au sujet de la provenance

neither include nor exclude the respondent as the source.

There was evidence from some of Samantha's relatives that Norma Jean had been seen striking Samantha on numerous occasions. Samantha's and Anthony's natural father testified that Norma Jean had on other occasions lost her temper and thrown punches at men.

Samantha's family doctor, Dr. Ambis, testified that Norma Jean lacked experience as a parent and exhibited immaturity. He had suggested that she get parent counselling, but she had angrily refused. It was generally agreed, however, that Norma Jean loved her daughter and that Samantha was developing normally and without any significant health problems.

The evidence at the centre of this appeal, as earlier noted, was led by the Crown from the two jail-house informants, Balogh and King. Each testified that while incarcerated in the Segregation Unit of the Hamilton-Wentworth Detention Centre, the respondent had admitted to them that he had killed Samantha to stop her crying. In addition, King said that shortly before the trial he had been left alone in a holding cell with the respondent and that the respondent had then recited King's mother's street address and threatened to have her house burned down if King testified. The informants' testimony did not include any suggestion that the killing was committed during the commission of a sexual assault.

Both Balogh and King were of unsavoury and infamous character. Both had lengthy criminal records of dishonesty. King had informed the police that in coming forward he was seeking a lighter sentence for his most recent conviction, although that did not happen.

possible du sperme contenu dans cet échantillon. Elle ne pouvait pas dire si le sperme prélevé provenait ou non de l'intimé.

Des membres de la famille de Samantha ont témoigné qu'on avait vu Norma Jean frapper Samantha à maintes reprises. Le père biologique de Samantha et d'Anthony a témoigné qu'à d'autres occasions Norma Jean s'était mise en colère et avait frappé des hommes à coups de poing.

Le médecin de famille de Samantha, le Dr Ambis, a témoigné que Norma Jean manquait d'expérience en tant que mère et qu'elle faisait preuve d'immaturité. Il lui avait suggéré de consulter un service d'orientation des parents, mais elle avait refusé avec colère. Cependant, on s'accordait généralement pour dire que Norma Jean aimait sa fille Samantha et que cette dernière se développait normalement et sans éprouver aucun problème de santé important.

Comme nous l'avons vu, c'est la preuve du ministère public constituée du témoignage des deux informateurs dans un établissement de détention, Balogh et King, qui est au cœur du présent pourvoi. Les deux ont témoigné que, pendant leur incarcération dans l'unité d'isolement du centre de détention de Hamilton-Wentworth, l'intimé leur avait avoué avoir tué Samantha pour qu'elle cesse de pleurer. King a ajouté que, peu avant le procès, il avait été laissé seul avec l'intimé dans une cellule de détention provisoire et que l'intimé avait alors donné l'adresse de la mère de King et menacé de faire brûler la maison de celle-ci si jamais King témoignait. Rien dans le témoignage des informateurs n'indiquait que le meurtre avait été commis au cours d'une agression sexuelle.

Balogh et King étaient deux personnes infâmes à l'honnêteté douteuse. L'un et l'autre avaient de lourds antécédents judiciaires de malhonnêteté. King avait informé la police qu'il offrait de témoigner dans le but d'obtenir un allègement de peine à l'égard de sa dernière condamnation, bien que cela ne se soit pas réalisé.

46

47

48

49

- 50 In addition, Balogh had a history of substance abuse and an alarming psychiatric history highlighted by three suicide attempts, paranoia, deep depression and a belief in clairvoyant ability. As well, both witnesses had histories of offering to testify against other accuseds. One of Balogh's past accusations had been the result of a paranoid delusion.
- En outre, Balogh était déjà connu pour avoir abusé de substances psychoactives et il avait des antécédents psychiatriques alarmants marqués par trois tentatives de suicide, une paranoïa, une dépression profonde et la conviction qu'il avait un don de clairvoyance. De plus, les deux témoins avaient déjà offert de déposer contre d'autres accusés. L'une des accusations antérieures de Balogh résultait d'un délire paranoïde.
- 51 In closing argument, defence counsel emphasized Norma Jean's shortcomings as a mother, in particular that she had struck Samantha on several occasions, all in an effort to raise the possibility that she was the killer and not the respondent.
- Dans sa plaidoirie finale, l'avocat de la défense a souligné les lacunes de Norma Jean en tant que mère, notamment le fait qu'elle avait frappé Samantha à plusieurs reprises, dans le but de soulever la possibilité que c'était elle, et non pas l'intimé, qui avait commis le meurtre.
- 52 Defence counsel invited the jury to reject the testimony of Balogh and King in its entirety. Expressions such as "comic relief", and "incapable of belief" were used in the jury address. He told the jury that King was a "con artist", and a "witness for hire", one who would "seize the opportunity to look out for number one" and who would concoct a story in the hope of reducing his sentence, oblivious to the harm caused to others. He suggested that King had used details that he was aware of to concoct a story that simply did not make sense. Defence counsel referred to Balogh as a "very sad individual" who obviously had "some problems with himself" and who was a "willing foil" for King. He suggested that Balogh's story made no sense and that nothing further needed to be said about Balogh and King.
- L'avocat de la défense a invité le jury à rejeter complètement le témoignage de Balogh et de King. Dans son exposé au jury, il a utilisé des expressions telles que [TRADUCTION] «détente comique» et «incroyable». Il a dit au jury que King était un «fumiste», un «témoin mercenaire», une personne qui «saisir[ait] l'occasion de veiller avant tout à ses propres intérêts» et qui inventerait une histoire dans l'espoir d'obtenir un allègement de sa peine, sans égard au préjudice qu'elle causerait à autrui. Il a indiqué que King s'était servi des détails qu'il connaissait pour inventer une histoire complètement farfelue. L'avocat de la défense a qualifié Balogh de «triste personnage» qui n'était manifestement «pas bien dans sa peau» et qui servait «délibérément de repoussoir» à King. Il a indiqué que le récit de Balogh n'avait aucun sens et qu'il n'était pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit sur Balogh et King.
- 53 The Crown's position was that the respondent's guilt was the only reasonable conclusion arising from the evidence. Although Norma Jean was not a perfect mother, it was pointed out to the jury that she could not have been the source of the sperm found in Samantha's vagina and anus.
- Selon le ministère public, la culpabilité de l'intimé était la seule conclusion raisonnable à tirer de la preuve. On a fait remarquer au jury que, même si Norma Jean n'était pas une mère parfaite, le sperme trouvé dans le vagin et l'anus de Samantha ne pouvait pas provenir d'elle.
- 54 The Crown told the jury that the respondent was the only adult male with access to Samantha during the period that the unidentifiable sperm was
- Le ministère public a dit au jury que l'intimé était le seul homme adulte qui avait eu accès auprès de Samantha pendant la période où le

deposited and the injuries to the vagina and anus were incurred.

Crown counsel referred to Balogh and King as criminals with long criminal records. He referred to the fact that King had previously been a Crown witness and testified in an earlier murder trial. The Crown acknowledged that King had attempted to make a deal to avoid going to a federal penitentiary, and that even if he did not get that deal, the police had testified at his parole hearing to confirm that King's criminal history did not include violence. The Crown referred to Balogh's criminal record, but noted that he did not seek or get a deal.

The trial judge did not provide the "clear and sharp warning" directed by *Vetrovec*, that it would be dangerous to convict the respondent based on the evidence of Balogh and King unless corroborated by independent evidence. Nor did the trial judge refer to evidence capable of supporting their stories.

Neither counsel requested a specific *Vetrovec* warning in the charge to the jury and neither counsel objected to its omission.

II. Judgments in the Court of Appeal for Ontario

The majority of the Court of Appeal found that the trial judge erred in the exercise of his discretion by failing to give a *Vetrovec* warning. They concluded that both the Crown's case and the trial judge's charge were insufficient to justify the application of the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The appeal was allowed and a new trial ordered: (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Weiler J.A. dissented. In her view a *Vetrovec* warning was not required since Balogh's and

sperme, dont on ne pouvait pas déterminer la provenance, avait été déposé et où les blessures au vagin et à l'anus avaient été causées.

L'avocat du ministère public a qualifié Balogh et King de criminels au lourd casier judiciaire. Il a mentionné le fait que King avait déjà été témoin à charge et qu'il avait déposé dans un procès antérieur pour meurtre. Le ministère public a reconnu que King avait tenté de conclure un marché afin d'éviter l'incarcération dans un pénitencier fédéral, et que, même s'il n'avait pas réussi à conclure ce marché, la police était venue confirmer que les antécédents criminels de King ne comportaient aucun acte de violence, lors de son audience visant une libération conditionnelle. Le ministère public a fait état du casier judiciaire de Balogh, mais en soulignant qu'il ne cherchait pas à conclure un marché et qu'il n'en avait conclu aucun.

Le juge du procès n'a pas fait la «mise en garde claire et précise» prescrite par l'arrêt *Vetrovec*, selon laquelle il serait dangereux de déclarer l'intimé coupable sur la foi du témoignage de Balogh et de King, à moins que ce témoignage ne soit corroboré par une preuve indépendante. Il n'a également renvoyé à aucun élément de preuve susceptible d'étayer leurs récits.

Aucun des avocats n'a demandé que l'exposé au jury comporte une mise en garde explicite de type *Vetrovec* et aucun ne s'est opposé à l'absence d'une telle mise en garde.

II. Les jugements de la Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel à la majorité a conclu que le juge du procès avait exercé de façon erronée son pouvoir discrétionnaire en ne faisant pas une mise en garde de type *Vetrovec*. Elle a conclu que la preuve du ministère public et l'exposé du juge du procès étaient insuffisants pour justifier l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. L'appel a été accueilli et un nouveau procès ordonné: (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Le juge Weiler était dissidente. À son avis, une mise en garde de type *Vetrovec* n'était pas néces-

55

56

57

58

59

King's testimony was relatively unimportant to the Crown's case. In addition, the details of the testimony in the context of the case were sufficiently reliable to overcome the difficulties presented by their unsavoury character. She concluded that the trial judge's charge sufficiently alerted the jury to the frailties of their evidence.

III. Points in Issue

60 As noted the following issues arise:

1. Was there a need for the trial judge to provide a *Vetrovec* warning to the jury?
2. If so, was that warning or its equivalent given?
3. If the answer to question two is no, can s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* be applied?
4. If the answer to question three is yes, ought s. 686(1)(b)(iii) be applied to cure the error?

IV. Analysis

61 The analysis will be in the following order:

- A. History of the *Vetrovec* Rule
- B. Is the Failure to Give a *Vetrovec* Warning a Potential Error of Law or Miscarriage of Justice?
- C. Was There a Need for the Trial Judge to Provide a *Vetrovec* Warning to the Jury?
- D. Was an Equivalent Warning Given?
- E. Defence Counsel's Failure to Request a *Vetrovec* Warning
- F. Should s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* Be Applied to Cure the Error?

A. *History of the Vetrovec Rule*

62 The historical roots of the *Vetrovec* warning are traceable to the early common law rule which disqualified the testimony of anyone convicted of a

saire vu que le témoignage de Balogh et de King était relativement peu important pour la preuve du ministère public. En outre, les détails du témoignage dans le contexte de l'affaire étaient suffisamment dignes de foi pour surmonter les difficultés posées par leur honnêteté douteuse. Elle a conclu que l'exposé du juge du procès avait suffisamment sensibilisé le jury aux faiblesses de leur témoignage.

III. Les questions litigieuses

Comme nous l'avons vu, les questions litigieuses qui se posent sont les suivantes:

1. Le juge du procès était-il tenu de faire une mise en garde de type *Vetrovec* au jury?
2. Dans l'affirmative, cette mise en garde ou une mise en garde équivalente a-t-elle été faite?
3. Si la réponse à la deuxième question est négative, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* est-il applicable?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 686(1)(b)(iii) devrait-il être appliqué pour réparer l'erreur commise?

IV. Analyse

L'analyse sera effectuée dans l'ordre suivant:

- A. Historique de la règle de l'arrêt *Vetrovec*
- B. L'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* peut-elle constituer une erreur de droit ou une erreur judiciaire?
- C. Le juge du procès était-il tenu de faire une mise en garde de type *Vetrovec* au jury?
- D. Y a-t-il eu une mise en garde équivalente?
- E. L'omission de l'avocat de la défense de solliciter une mise en garde de type *Vetrovec*
- F. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* devrait-il être appliqué pour réparer l'erreur commise?

A. *Historique de la règle de l'arrêt Vetrovec*

La mise en garde de type *Vetrovec* remonte à l'ancienne règle de common law qui excluait le témoignage de quiconque avait été déclaré coupable.

felony. The rule was reflected in several decisions of the early 1600s, including that of Coke C.J. in *Brown v. Crashaw* (1613), 2 Bulstr. 154, 80 E.R. 1028, where it was held that the evidence of a person formerly convicted of a felony was to be rejected in all cases.

A policy rationale underlying the rule excluding the evidence of “persons of infamy” from legal proceedings was to continue the punishment of the person excluded. It was also based upon a theory of moral turpitude. In 1727, Chief Baron Gilbert explained the rationale as follows (cited in J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (2nd ed. 1923), vol. I, at p. 934):

... where a man is convicted of falsehood and other crimes against common principles of honesty and humanity, his oath is of no weight, because he hath not the credit of a witness, ... and he is rather to be intended as a man profligate and abandoned than one under the sentiments and convictions of those principles that teach probity and veracity.

The rigidity of excluding such evidence resulted almost immediately in exceptions being made (see *R. v. Rudd* (1775), 1 Cowp. 331, 98 E.R. 1114).

By the 19th century, while convictions could be based upon such evidence, judges generally advised juries that it would be dangerous to convict a prisoner upon the testimony of an accomplice unless corroborated by independent evidence. See *R. v. Jones* (1809), 2 Camp. 131, 170 E.R. 1105, per Lord Ellenborough, at p. 1106 E.R.:

No one can seriously doubt that a conviction is legal, though it proceed upon the evidence of an accomplice only. Judges in their discretion will advise a jury not to believe an accomplice, unless he is confirmed, or only in as far as he is confirmed; but if he is believed, his

ble d’une infraction majeure (*felony*). Cette règle se retrouve dans plusieurs décisions du début du XVII^e siècle, dont *Brown c. Crashaw* (1613), 2 Bulstr. 154, 80 E.R. 1028, dans laquelle le juge en chef Coke a conclu que le témoignage d’une personne qui avait déjà été déclarée coupable d’une infraction majeure devait être rejeté dans tous les cas.

Une raison de principe qui sous-tendait la règle excluant le témoignage en justice des [TRADUCTION] «personnes infâmes» était de continuer de punir la personne dont le témoignage était exclu. Cette règle s’appuyait également sur une théorie de turpitude morale. En 1727, le juge en chef baron Gilbert en a expliqué ainsi la raison d’être (cité dans J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (2^e éd. 1923), vol. I, à la p. 934):

[TRADUCTION] ... lorsqu’un homme est déclaré coupable de mensonge ou d’un autre crime contre les principes reconnus d’honnêteté et d’humanité, son serment n’a aucune valeur parce qu’il n’a pas la crédibilité d’un témoin, [...] et il doit être considéré comme une personne débauchée et dévergondée plutôt que comme une personne qui adhère aux principes qui enseignent la probité et la véracité.

La rigidité de la règle d’exclusion de ces témoignages a entraîné presque immédiatement l’établissement d’exceptions (voir *R. c. Rudd* (1775), 1 Cowp. 331, 98 E.R. 1114).

Au XIX^e siècle, même si des déclarations de culpabilité pouvaient reposer sur de tels témoignages, les juges informaient généralement le jury qu’il serait dangereux de déclarer un prisonnier coupable sur la foi du témoignage d’un complice, à moins que ce témoignage ne soit corroboré par une preuve indépendante. Voir *R. c. Jones* (1809), 2 Camp. 131, 170 E.R. 1105, lord Ellenborough, à la p. 1106 E.R.:

[TRADUCTION] Personne ne peut douter sérieusement de la légalité d’une déclaration de culpabilité, même si celle-ci repose uniquement sur le témoignage d’un complice. Dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges informeront le jury de ne pas croire un complice, à moins que son témoignage ne soit corroboré ou dans la seule mesure où il l’est; mais si on croit le com-

63

64

testimony is unquestionably sufficient to establish the facts which he deposes.

(See also *R. v. Barnard* (1823), 1 Car. & P. 87, 171 E.R. 1113, and *R. v. Wilkes* (1836), 7 Car. & P. 272, 173 E.R. 120.)

plice, son témoignage est incontestablement suffisant pour établir les faits dont il témoigne.

(Voir également *R. c. Barnard* (1823), 1 Car. & P. 87, 171 E.R. 1113, et *R. c. Wilkes* (1836), 7 Car. & P. 272, 173 E.R. 120.)

65 At the same time, the shortcomings of the aforementioned general exclusionary rule were recognized. Criticism of the rule pointed out that the punishment of the exclusion had not fallen upon the witness disqualified, but upon all persons who had need of the evidence (J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1827), vol. 5, at pp. 87-88). It was obvious that the rule was based not only upon the notion that such witnesses were incapable of telling the truth, but also upon the presumption that juries were incapable of recognizing a lie.

On reconnaissait, par la même occasion, les faiblesses de cette règle générale d'exclusion. Les gens qui ont critiqué la règle ont souligné que l'exclusion punissait non pas le témoin qui était exclu, mais plutôt toutes les personnes qui avaient besoin de sa déposition (J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1827), vol. 5, aux pp. 87 et 88). Il était évident que la règle reposait non seulement sur l'idée que de tels témoins étaient incapables de dire la vérité, mais aussi sur la présomption que les membres d'un jury étaient incapables de reconnaître un mensonge.

66 The general rule of exclusion was abrogated in England in 1843 by *An Act for improving the Law of Evidence* ("Lord Denman's Act"), 6 & 7 Vict., c. 85, and in Canada in 1893 by *The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31. The effect was that accomplices became competent witnesses.

En Angleterre, la règle générale d'exclusion a été abrogée en 1843 par *An Act for improving the Law of Evidence* («Lord Denman's Act»), 6 & 7 Vict., ch. 85, et au Canada, elle l'a été en 1893 par l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31. Les complices devenaient par le fait même habiles à témoigner.

67 The practice of jury warnings persisted beyond the passage of *Lord Denman's Act*. Although initially a discretionary measure, the practice eventually evolved into a firm rule of law (see *R. v. Tate*, [1908] 2 K.B. 680 (C.C.A.), where it was held that the failure on the part of the trial judge to give the warning would necessitate quashing the conviction). This was the Canadian position from *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658, until the 1982 *Vetrovec* decision of this Court.

La pratique des mises en garde au jury s'est poursuivie après l'adoption de la *Lord Denman's Act*. Même si elle constituait au départ une mesure discrétionnaire, cette pratique a fini par devenir une règle de droit établie (voir la décision *R. c. Tate*, [1908] 2 K.B. 680 (C.C.A.), où l'on a conclu que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde obligerait à annuler la déclaration de culpabilité). Tel est le point de vue qui a prévalu au Canada entre la décision *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658, et l'arrêt *Vetrovec* rendu par notre Cour en 1982.

68 The decision of Dickson J. (later C.J.) in *Vetrovec* varied the law in several respects. The *Vetrovec* case did away with what were seen as cumbersome and technical definitions of "accomplice" and "corroboration". Rather than attempting to "pigeonhole" a witness as falling within or without the definition of an accomplice, it was held that trial judges ought to consider all of the factors

La décision du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Vetrovec* a modifié le droit à plusieurs égards. L'arrêt *Vetrovec* a aboli ce qui était alors perçu comme des définitions lourdes et techniques des mots «complice» et «corroboration». Au lieu de tenter de classer un témoin comme relevant ou ne relevant pas de la définition d'un complice, il a été décidé que le juge du procès devrait examiner

which might impair the credibility of a particular witness and accordingly decide whether a special instruction was necessary.

Similarly, the trial judge did not have to apply the technical definition of corroboration. Instead, the trial judge was required to consider whether the evidence properly weighed overcame its suspicious roots. This new approach, while a change, was not intended to prejudice the accused. It would not lessen the protection afforded the accused when faced with unsavoury witnesses. Equally, it was intended that the jury could view that evidence with more ease but not less scepticism than previously required.

In *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, this Court recognized that the long-standing technicalities had been removed and that a caution to the jury was a matter of the trial judge's discretion and not required in all cases of unsavoury witnesses. It was also recognized that there are cases where a *Vetrovec* caution is required. The failure of the court to give the caution where required is a misdirection.

B. Is the Failure to Give a Vetrovec Warning a Potential Error of Law or Miscarriage of Justice?

The appellant submitted that the majority decision in the Court of Appeal mistakenly assessed the *Vetrovec* issue as a potential error of law under s. 686(1)(a)(ii) of the *Code* rather than a potential miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii). If the majority's approach was correct, the trial judge's failure to give a *Vetrovec* warning constituted an error of law. The curative provision of s. 686(1)(b)(iii) then would have arisen and required the Crown to establish that the verdict would necessarily have been the same in spite of the error.

On the other hand, if the failure of the trial judge amounted to a miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii), the curative provision had no

tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier, pour ensuite décider si une directive particulière est nécessaire.

De même, le juge du procès n'était pas tenu d'appliquer la définition technique du mot «corroboration». Il devait plutôt examiner si le témoignage, évalué de façon appropriée, surmontait ses origines suspectes. Même si elle constituait un changement, cette nouvelle approche ne visait pas à porter préjudice à l'accusé. Elle ne diminuerait pas la protection dont il bénéficiait lorsqu'il était confronté à des témoins douteux. On voulait également que le jury puisse examiner cet élément de preuve plus facilement, mais avec autant de scepticisme qu'auparavant.

Dans l'arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, notre Cour a reconnu que les formalités bien établies avaient été supprimées et que la mise en garde au jury relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n'était pas requise dans tous les cas de témoins douteux. On a également reconnu qu'il y a des cas où une mise en garde de type *Vetrovec* s'impose. L'omission du tribunal de faire la mise en garde qui s'impose constitue une directive erronée.

B. L'omission de faire une mise en garde de type Vetrovec peut-elle constituer une erreur de droit ou une erreur judiciaire?

L'appelante a prétendu que la Cour d'appel à la majorité a eu tort de considérer que la question relative à l'arrêt *Vetrovec* pouvait constituer une erreur de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code* au lieu d'une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii). Si le point de vue des juges majoritaires était exact, l'omission du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetrovec* serait une erreur de droit. La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) entrerait alors en jeu, ce qui obligerait le ministère public à établir que le verdict aurait nécessairement été le même nonobstant l'erreur commise.

Par ailleurs, si l'omission du juge du procès était une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii), la disposition réparatrice ne s'appli-

69

70

71

72

application and the remedy would have been to allow the appeal and order a new trial or enter an acquittal.

73

The *Criminal Code* provisions read:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

. . . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

74

The nature of the trial judge's decision to provide the jury with a warning was described by Dickson J. in *Vetrovec* at p. 831:

Because of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness.

75

Two post-*Vetrovec* decisions of this Court suggested that the matter was not a question of law, and therefore not subject to review under s. 686(1)(a)(ii): see *R. v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44, and *R. v. Pittman*, [1994] 1 S.C.R. 148. However, in *Bevan*, this Court held that the trial judge's failure to give a *Vetrovec* warning was an error of law and that the prejudice occasioned by the error

querrait pas et la réparation consisterait à accueillir le pourvoi et à ordonner un nouveau procès, ou à inscrire un verdict d'acquiescement.

Les dispositions du *Code criminel* prévoient:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'incapacité à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

. . . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

. . . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Dans l'arrêt *Vetrovec*, à la p. 831, le juge Dickson a décrit ainsi la nature de la décision du juge du procès de faire une mise en garde au jury:

À cause de l'infinie variété des circonstances qui se présentent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions.

Dans deux arrêts rendus après l'arrêt *Vetrovec*, notre Cour a indiqué que cette question n'était pas une question de droit et qu'elle n'était donc pas susceptible d'examen fondé sur le sous-al. 686(1)(a)(ii): voir *R. c. Hayes*, [1989] 1 R.C.S. 44, et *R. c. Pittman*, [1994] 1 R.C.S. 148. Toutefois, dans l'arrêt *Bevan*, notre Cour a décidé que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde

could be assessed under the curative provision of s. 686(1)(b)(iii).

This Court was invited by the Crown to adopt the approach suggested in *Hayes* and *Pittman*, that the failure to give the warning is a miscarriage of justice, rather than that adopted in *Bevan* that it is an error of law. In striving to determine the preferable rule, it bears noting that the *Hayes* case, decided in 1989, pre-dates *Bevan*. Moreover, I read the decision of L'Heureux-Dubé J. for the majority in *Hayes* as being equivocal with respect to this issue (see p. 48). The post-*Bevan* case of *Pittman* made a simple assertion that in the circumstances of that case, the failure to give a *Vetrovec* warning only raised the possibility of a miscarriage of justice. While there may be cases in which the failure to warn will result in a miscarriage of justice, the usual result of such failure is an error of law subject to the curative provision.

There was no persuasive submission made to depart from the principles adopted in *Bevan*. Errors and omissions in jury charges have consistently been treated as errors of law under s. 686(1)(a)(ii) and its predecessors: see *Veillette v. The King* (1919), 58 S.C.R. 414; *Manchuk v. The King*, [1938] S.C.R. 341; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *Brown v. The Queen*, [1962] S.C.R. 371; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

The approach in *Bevan* is consistent with the application of a *Vetrovec* warning to the use of

de type *Vetrovec* était une erreur de droit et que le préjudice causé par cette erreur pouvait être évalué en application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii).

Le ministère public a invité notre Cour à adopter le point de vue proposé dans les arrêts *Hayes* et *Pittman*, selon lequel l'omission de faire la mise en garde est une erreur judiciaire, au lieu de celui de l'arrêt *Bevan* selon lequel cette omission est une erreur de droit. Pour décider quelle règle est préférable, il convient de noter que l'arrêt *Hayes*, rendu en 1989, précède l'arrêt *Bevan*. J'estime, en outre, que les motifs majoritaires du juge L'Heureux-Dubé, dans *Hayes*, sont équivoques sur ce point (voir p. 48). Dans l'arrêt *Pittman*, rendu après l'arrêt *Bevan*, notre Cour a simplement affirmé que, dans les circonstances de cette affaire, l'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* n'avait soulevé que la possibilité d'une erreur judiciaire. Bien qu'il puisse y avoir des cas où l'omission de faire une mise en garde entraîne une erreur judiciaire, une telle omission donne généralement lieu à une erreur de droit qui est assujettie à la disposition réparatrice.

Aucun argument qui convainque de déroger aux principes adoptés dans l'arrêt *Bevan* n'a été avancé. Les erreurs et les omissions dans des exposés au jury ont toujours été considérées comme des erreurs de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) et des dispositions qui l'ont précédé: voir *Veillette c. The King* (1919), 58 R.C.S. 414; *Manchuk c. The King*, [1938] R.C.S. 341; *Hebert c. The Queen*, [1955] R.C.S. 120; *Brown c. The Queen*, [1962] R.C.S. 371; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

Le point de vue adopté dans l'arrêt *Bevan* est compatible avec l'application d'une mise en garde

76

77

78

children's testimony in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, children being a group whose evidence historically had required corroboration.

C. Was There a Need for the Trial Judge to Provide a Vetrovec Warning to the Jury?

(1) Approach to the Vetrovec Warning

79

The "common sense" approach to this issue was described by Dickson J. in *Vetrovec* as follows at p. 823:

Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then regardless of whether the witness is technically an "accomplice" no warning is necessary.

Additional commentary is found in *Bevan* (at pp. 614-15):

While under *Vetrovec* a caution to the jury is a matter of the trial judge's discretion and is not required in all cases involving testimony of accomplices or accessories after the fact, there are some cases in which the circumstances may be such that a *Vetrovec* caution must be given. The trial judge's discretion whether to give a *Vetrovec* warning should generally be given wide latitude by appellate courts. But in my respectful view a *Vetrovec* caution was clearly required in this case with respect to the testimony of both Dietrich and Belmont.

Both of them had lengthy criminal records, had strong motivations to lie, and approached the police only when each perceived that some benefit — such as release from prison, a discontinuation of charges against them, or cash payments — could be obtained in exchange for their testimony. Both of them explicitly told the police at the time they came forward that they were seeking a "deal" in exchange for their evidence against the appellants. Moreover, the evidence of Belmont and Dietrich

de type *Vetrovec* à l'utilisation du témoignage d'un enfant, qui a été faite dans l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223 — les enfants constituant un groupe dont le témoignage devait être corroboré dans le passé.

C. Le juge du procès était-il tenu de faire une mise en garde de type Vetrovec au jury?

(1) Façon d'aborder la mise en garde de type Vetrovec

Dans l'arrêt *Vetrovec*, à la p. 823, le juge Dickson a décrit ainsi la façon sensée d'aborder cette question:

Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un «complice» ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire.

On trouve d'autres commentaires dans l'arrêt *Bevan* (aux pp. 614 et 615):

Même si, aux termes de l'arrêt *Vetrovec*, la mise en garde au jury relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n'est pas nécessaire dans tous les cas où il est question des témoignages de complices du fait ou de complices après le fait, il arrive parfois que les circonstances exigent que l'on fasse une mise en garde de type *Vetrovec*. Les tribunaux d'appel devraient généralement interpréter de façon libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Mais à mon avis, une telle mise en garde était manifestement nécessaire dans la présente affaire en ce qui concernait les témoignages de Dietrich et de Belmont.

Tous deux avaient un lourd casier judiciaire et de bonnes raisons de mentir, et ils n'ont communiqué avec la police que lorsqu'ils ont cru que leurs témoignages pourraient leur procurer un avantage, comme une mise en liberté, un abandon des accusations portées contre eux ou des paiements en argent. Au moment où ils se sont présentés, ils ont tous deux mentionné explicitement à la police qu'ils cherchaient à conclure un marché en échange de leurs témoignages contre les appelants.

was incriminating to the appellants, and crucial to the Crown's case.

I agree with the view expressed in "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term" (1994), 5 S.C.L.R. (2d) 421. The author, M. Rosenberg (now Rosenberg J.A.), concluded that *Vetrovec* and *Bevan* require the trial judge to focus on two different elements of the case in determining whether or not a warning is necessary. At p. 463 he stated:

The judge should first in an objective way determine whether there is a reason to suspect the credibility of the witness according to the traditional means by which such determinations are made. This would include a review of the evidence to determine whether there are factors which have properly led the courts to be wary of accepting a witness's evidence. Factors might include involvement of criminal activities, a motive to lie by reason of connection to the crime or to the authorities, unexplained delay in coming forward with the story, providing different accounts on other occasions, lies told under oath, and similar considerations. It is not then whether the trial judge personally finds the witness trustworthy but whether there are factors which experience teaches that the witness's story be approached with caution. Second, the trial judge must assess the importance of the witness to the Crown's case. If the witness plays a relatively minor role in the proof of guilt it is probably unnecessary to burden the jury with a special caution and then review the confirmatory evidence. However, the more important the witness the greater the duty on the judge to give the caution. At some point, as where the witness plays a central role in the proof of guilt, the warning is mandatory. This, in my view, flows from the duty imposed on the trial judge in criminal cases to review the evidence and relate the evidence to the issues.

In summary, two main factors are relevant when deciding whether a *Vetrovec* warning is necessary: the witness's credibility, and the importance of the witness's testimony to the Crown's case. No specific threshold need be met on either factor before a warning becomes necessary. Instead, where the

En outre, les témoignages de Belmont et de Dietrich incriminaient les appelants et constituaient un élément crucial de la preuve du ministère public.

Je partage l'opinion exprimée dans «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term» (1994), 5 S.C.L.R. (2d) 421. L'auteur, M. Rosenberg (maintenant juge d'appel), a conclu que les arrêts *Vetrovec* et *Bevan* exigent que le juge du procès se concentre sur deux différents aspects de l'affaire pour déterminer si une mise en garde s'impose. Il a affirmé, à la p. 463:

[TRADUCTION] En premier lieu, le juge doit décider, de manière objective et en recourant aux moyens classiques de le faire, s'il y a une raison de douter de la crédibilité du témoin. Cela implique un examen de la preuve en vue de déterminer s'il y a des facteurs qui ont, à juste titre, amené les tribunaux à hésiter à accepter la déposition d'un témoin. Ces facteurs pourraient comprendre la participation à des activités criminelles, l'existence d'un motif de mentir en raison d'un lien avec le crime ou les autorités, le retard inexpliqué mis pour venir présenter sa version des faits, la présentation de versions différentes à d'autres occasions, les déclarations mensongères sous serment et d'autres considérations semblables. Il s'agit donc non pas de savoir si le juge du procès estime personnellement que le témoin est digne de foi, mais plutôt de savoir s'il existe des facteurs qui, d'après ce que l'expérience enseigne, exigent d'aborder avec circonspection le récit du témoin. En second lieu, le juge du procès doit évaluer l'importance que revêt le témoin pour la preuve du ministère public. Si le témoin joue un rôle relativement mineur dans l'établissement de la culpabilité, il ne sera probablement pas nécessaire de faire une mise en garde particulière au jury et d'examiner ensuite la déposition corroborante. Cependant, plus le témoin est important, plus le juge du procès est tenu de faire la mise en garde. À un certain point, comme dans le cas où le témoin joue un rôle central dans l'établissement de la culpabilité, la mise en garde est obligatoire. Je suis d'avis que cela découle de l'obligation qui incombe au juge, dans un procès criminel, d'examiner les éléments de preuve et de les rattacher aux questions en litige.

En résumé, deux principaux facteurs sont pertinents pour décider si une mise en garde de type *Vetrovec* est nécessaire: la crédibilité du témoin et l'importance que revêt la déposition du témoin pour la preuve du ministère public. Ni l'un ni l'autre facteur n'exige qu'une condition préalable

witness is absolutely essential to the Crown's case, more moderate credibility problems will warrant a warning. Where the witness has overwhelming credibility problems, a warning may be necessary even if the Crown's case is a strong one without the witness's evidence. In short, the factors should not be looked to independently of one another but in combination.

(2) Recommendations of the Kaufman Report

81

Since the decisions of this Court in *Vetrovec* and *Bevan*, the extreme dangers of relying on the use of "jailhouse informers" as witnesses in criminal prosecutions has been highlighted in the Report of *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (the "Kaufman Report") released in 1998 where the Honourable Fred Kaufman, C.M., Q.C., stated at p. 602:

In-custody informers are almost invariably motivated by self-interest. They often have little or no respect for the truth or their testimonial oath or affirmation. Accordingly, they may lie or tell the truth, depending only upon where their perceived self-interest lies. In-custody confessions are often easy to allege and difficult, if not impossible, to disprove.

and at p. 638:

The evidence at this Inquiry demonstrates the inherent unreliability of in-custody informer testimony, its contribution to miscarriages of justice and the substantial risk that the dangers may not be fully appreciated by the jury. In my view, the present law has developed to the point that a cautionary instruction is virtually mandated in cases where the in-custody informer's testimony is contested: see *R. v. Simmons*, [[1998] O.J. No. 152 (QL) (C.A.)]; *R. v. Bevan*, [(1993), 82 C.C.C. (3d) 310].

Since the release of the *Kaufman Report*, the Ministry of the Attorney General of Ontario has revised its internal policies to reflect many of the Report's recommendations. New policies include

particulière soit remplie pour qu'une mise en garde devienne nécessaire. Au contraire, des problèmes de crédibilité moins prononcés justifient une mise en garde lorsque le témoin est absolument essentiel à la preuve du ministère public. Si le témoin éprouve de graves problèmes de crédibilité, une mise en garde peut se révéler nécessaire même si la preuve du ministère public est solide sans la déposition de ce témoin. Bref, ces facteurs doivent être examinés ensemble et non pas indépendamment l'un de l'autre.

(2) Recommandations du rapport Kaufman

Depuis que notre Cour a rendu les arrêts *Vetrovec* et *Bevan*, le rapport de la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (le «rapport Kaufman»), publié en 1998, a souligné les risques extrêmes que comporte le recours à des «dénonciateurs sous garde» («informateurs dans un établissement de détention») comme témoins dans des poursuites criminelles. L'honorable Fred Kaufman, C.M., c.r., y écrit, à la p. 698:

Les dénonciateurs sous garde sont presque toujours motivés par leur intérêt personnel. Ils ont peu ou pas de respect pour la vérité ou pour le caractère sacré de leur serment ou de leur témoignage. Ils peuvent donc mentir ou dire la vérité, strictement selon leur intérêt personnel tel qu'ils le perçoivent. Il est souvent facile d'alléguer avoir recueilli une confession en milieu carcéral et difficile, voire impossible, de démontrer la fausseté de l'allégation.

Puis, à la p. 741:

La preuve déposée devant la Commission démontre le manque de fiabilité inhérent aux témoignages des dénonciateurs sous garde, leur rôle dans des erreurs judiciaires et le risque considérable que le jury ne tienne pas pleinement compte des dangers que comportent ces témoignages. À mon avis, le droit actuel a évolué au point où une mise en garde est pratiquement obligatoire dans les affaires où le témoignage d'un dénonciateur sous garde est contesté (voir *R. v. Simmons* [[1998] O.J. No. 152 (QL) (C.A.)]; *R. v. Bevan* [(1993), 82 C.C.C. (3d) 310].

Depuis la publication du rapport Kaufman, le ministère du Procureur général de l'Ontario a révisé ses politiques internes afin de mettre en œuvre un bon nombre des recommandations du

the establishment of an “In-Custody Informer Committee”, the function of which is to review the use of all in-custody informers in criminal trials to determine whether their use as a witness is in the public interest.

The Ministry has also adopted into its Policy Manual the *Kaufman Report*’s recommended list of factors to be considered in assessing an informer’s reliability or lack thereof. The factors also serve as a useful guide to a trial judge when determining whether a *Vetrovec* warning is necessary. The list is at pp. 607-9 and may be paraphrased as follows:

1. The extent to which the statement is confirmed by independent evidence;
2. The specificity of the alleged statement. For example, a claim that the accused said “I killed A.B.” is easy to make but extremely difficult for any accused to disprove;
3. The extent to which the statement contains details and leads to the discovery of evidence known only to the perpetrator;
4. The degree of access that the in-custody informer has to sources of outside information (e.g. media reports, preliminary inquiry transcripts, etc.);
5. The informer’s general character, which may be evidenced by his or her criminal record or other disreputable conduct;
6. Any request the informer has made for special benefits and any promises that may have been made;
7. Whether the informer has in the past given reliable information to the authorities;
8. Whether the informer has previously claimed to have received statements while in custody;

rapport. Les nouvelles politiques comprennent la mise sur pied d’un [TRADUCTION] «comité chargé de la question des informateurs dans un établissement de détention», ayant pour mission d’examiner le recours aux informateurs dans un établissement de détention lors de poursuites criminelles, afin de décider si leur utilisation en tant que témoins est dans l’intérêt public.

Le Ministère a également intégré dans son guide des politiques la liste de facteurs que le rapport Kaufman recommande d’examiner pour évaluer la crédibilité de l’informateur. Ces facteurs servent également de guides utiles au juge du procès appelé à déterminer si une mise en garde de type *Vetrovec* s’impose. Cette liste, qui se trouve aux pp. 704 à 707, peut être paraphrasée ainsi:

1. La mesure dans laquelle la déclaration est confirmée par une preuve indépendante.
2. Le caractère spécifique de la présumée déclaration. À titre d’exemple, l’allégation selon laquelle l’accusé a affirmé «J’ai tué A.B.» est facile à faire, mais très difficile à réfuter pour l’accusé.
3. La mesure dans laquelle la déclaration renferme des détails et mène à la découverte d’éléments de preuve que seul l’auteur de l’infraction connaît.
4. L’accès que l’informateur dans un établissement de détention a à des sources de renseignements extérieures (par exemple, les rapports des médias, les transcriptions de l’enquête préliminaire, etc.).
5. La réputation générale de l’informateur, qui peut ressortir de son casier judiciaire ou d’autres comportements répréhensibles.
6. Toute demande présentée par l’informateur en vue de bénéficier d’avantages particuliers et toute promesse qui a pu être faite.
7. La question de savoir si l’informateur a déjà fourni des renseignements fiables aux autorités.
8. La question de savoir si l’informateur a déjà dit avoir reçu des déclarations pendant qu’il était en détention.

- | | |
|--|---|
| <p>9. Whether the informer has previously testified in any court proceeding and the accuracy or reliability of that evidence, if known;</p> <p>10. Whether the informer made some written or other record of the words allegedly spoken by the accused and, if so, whether the record was made contemporaneously with the alleged statement of the accused;</p> <p>11. The circumstances under which the informer's report of the alleged statement was taken (i.e., how soon after it was made and to more than one officer, etc.);</p> <p>12. The manner in which the report was taken by the police;</p> <p>13. Any other known evidence that may attest or diminish the credibility of the informer, including the presence or absence of any relationship between the accused and the informer;</p> <p>14. Any relevant information contained in any registry of informers.</p> | <p>9. La question de savoir si l'informateur a déjà témoigné dans des poursuites judiciaires, et l'exactitude ou la fiabilité de ce témoignage, si elle est connue.</p> <p>10. La question de savoir si l'informateur a consigné par écrit ou autrement les mots qu'aurait prononcés l'accusé et, le cas échéant, s'il les a consignés à la même époque que la présumée déclaration de l'accusé.</p> <p>11. Les circonstances dans lesquelles le rapport de la présumée déclaration a été fait par l'informateur (c'est-à-dire combien de temps après la déclaration a-t-il été fait, et a-t-il été présenté à plus d'un agent, etc.).</p> <p>12. La façon dont ce rapport a été dressé par les policiers.</p> <p>13. Tout autre témoignage connu pouvant attester de la crédibilité de l'informateur ou y porter atteinte, y compris la présence ou l'absence d'un lien quelconque entre l'accusé et l'informateur.</p> <p>14. Tout renseignement pertinent contenu dans un registre d'informateurs.</p> |
|--|---|

Another useful factor not expressly referred to in the *Kaufman Report*, but added to the list in the Attorney General for Ontario's Policy Manual is the following:

15. Any medical or psychiatric reports concerning the in-custody informer where relevant. . .

Un autre facteur utile, qui n'est pas mentionné expressément dans le rapport Kaufman mais qui a été ajouté à la liste du guide des politiques du ministère du Procureur général de l'Ontario, est le suivant:

[TRANSLATION]

15. Tout rapport médical ou psychiatrique concernant l'informateur dans un établissement de détention, lorsque cela est pertinent. . .

83 The trial judge in this case did not have the benefit of this report. However, with its availability trial judges should consider such factors as these in determining whether or not a *Vetrovec* warning is necessary in the circumstances of a particular trial.

En l'espèce, le juge du procès ne bénéficiait pas du rapport Kaufman. Toutefois, maintenant qu'il est disponible, les juges du procès devraient tenir compte de facteurs comme ceux-ci pour décider si une mise en garde de type *Vetrovec* s'impose dans les circonstances d'un procès donné.

(3) Application to the Facts of This Case

(3) Application aux faits de la présente affaire

(a) *Credibility of the Witnesses*

a) *Crédibilité des témoins*

84 A careful consideration of the factors relevant to the first stage of the *Vetrovec* inquiry makes it

Il ressort d'un examen attentif des facteurs pertinents pour décider si une mise en garde de type

obvious that the credibility of Balogh and King was inherently suspect. While the trial judge has a wide discretion in determining whether a warning should be given, such discretion must be reasonably exercised. In my view, the risks associated with the use of jailhouse informers, coupled with the character of the witnesses and the conditions to be considered in the *Kaufman Report*, should have on a reasonable exercise of discretion lead the trial judge to give a *Vetrovec* warning.

It is worth reviewing again and in greater detail the personality and character of the jailhouse informers, in this appeal, who were cellmates at the relevant time. Balogh was 32 at the time of trial yet had 25 criminal convictions. These included convictions for break, enter and theft, possession of property obtained by crime, theft over \$200, mischief to private property, being unlawfully at large, dangerous driving, taking an automobile without the owner's consent, breach of probation, failing to appear at court, failing to comply with recognizances, and possession of a substance contrary to the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1.

King, for his part, admitted that he was a career burglar. Although he was only 24 at the time of trial, his record already included 18 convictions for break, enter and theft.

Balogh and King had both offered to testify against other accuseds on earlier occasions. Although Balogh had never, in fact, been called to testify, he had come forward with information three times. On one of these occasions, he had alleged that a police sergeant and an inmate had conspired to fabricate a case against an accused, an allegation later proved to have been the product of his paranoia. Two years prior to the respondent's trial, King had testified against a former school-

Vetrovec s'impose au départ que la crédibilité de Balogh et de King était intrinsèquement douteuse. Bien que le juge du procès jouisse d'un large pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu de faire une mise en garde, il est tenu d'exercer ce pouvoir de manière raisonnable. À mon avis, les risques liés au recours à des informateurs dans un établissement de détention, conjugués avec la réputation des témoins et les conditions qui doivent être prises en compte selon le rapport Kaufman, auraient dû amener le juge du procès à faire une mise en garde de type *Vetrovec* dans le cadre d'un exercice raisonnable de son pouvoir discrétionnaire.

Il convient d'examiner de nouveau de façon plus détaillée la personnalité et la réputation des informateurs en cause dans le présent pourvoi, qui étaient des compagnons de cellule à l'époque pertinente. Balogh était âgé de 32 ans au moment du procès et pourtant il avait déjà fait l'objet de 25 déclarations de culpabilité criminelle. Il avait notamment été déclaré coupable d'introduction par effraction et de vol, de possession de biens criminellement obtenus, de vol de plus de 200 \$, de méfait à l'égard d'un bien privé, de s'être trouvé illégalement en liberté, de conduite dangereuse, d'avoir pris possession d'une automobile sans le consentement du propriétaire, de violation des conditions de probation, de défaut de comparaître, de non-respect d'engagements et de possession d'une substance en contravention de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1.

Pour sa part, King a avoué qu'il était un cambrioleur professionnel. Bien qu'il fût âgé de 24 ans seulement au moment du procès, son casier judiciaire comportait déjà 18 déclarations de culpabilité d'introduction par effraction et de vol.

Balogh et King avaient tous deux déjà offert de témoigner contre d'autres accusés. Même si, en fait, Balogh n'avait jamais été appelé à témoigner, il avait offert des renseignements à trois reprises. À l'une de ces occasions, il avait allégué qu'un sergent de police et un détenu avaient comploté pour fabriquer une preuve contre un accusé, allégation qui s'est par la suite révélée être le fruit de sa paranoia. Deux ans avant le procès de l'intimé, King avait témoigné contre un ancien camarade de

85

86

87

mate named McCullough and had secured a lighter sentence in exchange.

classe nommé McCullough et avait bénéficié en contrepartie d'une peine moins lourde.

88 King admitted that he came forward to testify against the respondent for the same reason that he had come forward to testify against McCullough. Specifically, he had to receive a sentence of no more than two years less a day in order to avoid being incarcerated in a federal institution. Although King in fact received a sentence of three years, he was promised special protection during his term of incarceration. As well, two police officers agreed to appear on his behalf at a parole hearing.

King a admis qu'il avait offert de témoigner contre l'intimé pour la même raison qu'il avait offert de témoigner contre McCullough. Plus particulièrement, il devait se voir infliger tout au plus une peine de deux ans moins un jour pour éviter l'incarcération dans un établissement fédéral. Même si, en réalité, King s'est vu infliger une peine de trois ans, on lui a promis qu'il jouirait d'une protection particulière pendant son incarcération. Deux policiers ont en outre accepté de témoigner en sa faveur lors d'une audience visant une libération conditionnelle.

89 Turning to Balogh, he had been in and out of psychiatric hospitals since he was 15. He had attempted suicide on at least three occasions. In 1989, concerns had arisen with respect to his competency to stand trial, based on his hearing voices and experiencing paranoia and severe depression. Balogh believed that he had had several clairvoyant experiences and premonitions over the years. He had been prescribed medication to treat his depression, but his drugs of choice were LSD, marijuana and alcohol.

Quant à Balogh, il fréquentait les hôpitaux psychiatriques depuis l'âge de 15 ans. Il avait tenté de se suicider à au moins trois reprises. En 1989, l'on s'était interrogé sur son aptitude à subir un procès, du fait qu'il entendait des voix et qu'il souffrait de paranoïa et d'une grave dépression. Balogh croyait avoir eu plusieurs expériences de clairvoyance et prémonitions au fil des ans. On lui avait prescrit des médicaments pour guérir sa dépression, mais le LSD, la marijuana et l'alcool étaient ses drogues préférées.

(b) *Importance of the Witnesses' Evidence*

b) *Importance de la déposition des témoins*

90 Balogh's and King's testimonies were important but not crucial to the Crown's case against the respondent. They were incriminating and relevant. In *Bevan*, the evidence was determinative and therefore found to be crucial. Here the evidence of Balogh and King did not reach that level. It incriminated the accused in an assault leading to an unlawful death but did not implicate the accused in the sexual assault, a fact necessary for the first degree murder conviction.

Les témoignages de Balogh et King étaient importants mais non cruciaux pour la preuve du ministère public contre l'intimé. Ils étaient incriminants et pertinents. Dans l'arrêt *Bevan*, le témoignage en cause était déterminant et a donc été jugé crucial. En l'espèce, le témoignage de Balogh et de King n'a pas atteint ce seuil. Il incriminait l'accusé relativement à des voies de fait causant la mort, mais ne l'impliquait pas relativement à l'agression sexuelle, une condition nécessaire à l'obtention d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré.

91 Although the Crown had mounted an independent circumstantial case against the accused, the evidence of the jailhouse informant was of sufficient importance that a *Vetrovec* warning should have been given. The jury was entitled to be

Même si le ministère public avait constitué une preuve circonstancielle indépendante contre l'accusé, le témoignage de l'informateur dans un établissement de détention était suffisamment important pour nécessiter une mise en garde de type

alerted to its frailties if they were to hear that evidence.

(4) Conclusion on the Need for a *Vetrovec* Warning

A trial judge's discretion, if properly exercised, ought not to be lightly interfered with on appeal. In my opinion, the trial judge in this case failed to evaluate the evidence of Balogh and King in light of the considerations set out above. Had he done so, he would have concluded that it was necessary to approach their evidence with extreme caution and the proper warning would have followed. A *Vetrovec* warning was required on the facts of this case.

D. *Was an Equivalent Warning Given?*

It was submitted that the trial judge's jury charge contained the essential values of a *Vetrovec* warning. If taken in its entirety, it was argued the charge amounted to the equivalent of that warning. I disagree. *Vetrovec* refers to "a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness" (p. 831). A review of the jury charge in its entirety does not disclose a clear, sharp warning.

What then is a clear, sharp warning? It is obvious there is no particular language or formula. At a minimum, a proper *Vetrovec* warning must focus the jury's attention specifically on the inherently unreliable evidence. It should refer to the characteristics of the witness that bring the credibility of his or her evidence into serious question. It should plainly emphasize the dangers inherent in convicting an accused on the basis of such evidence unless confirmed by independent evidence.

The warning does not come without risk to the accused as it should also be accompanied by a

Vetrovec. Le jury avait le droit d'être sensibilisé aux faiblesses de ce témoignage s'il était pour l'entendre.

(4) Conclusion sur la nécessité d'une mise en garde de type *Vetrovec*

Le pouvoir discrétionnaire d'un juge du procès ne devrait pas faire l'objet d'une intervention à la légère en appel s'il est bien exercé. Selon moi, le juge du procès a omis, en l'espèce, d'évaluer le témoignage de Balogh et de King en fonction des facteurs énoncés plus haut. S'il l'avait fait, il aurait conclu qu'il faudrait faire preuve d'une prudence extrême en abordant leur témoignage et la mise en garde appropriée aurait suivi. Une mise en garde de type *Vetrovec* s'imposait d'après les faits de la présente affaire.

D. *Y a-t-il eu une mise en garde équivalente?*

L'on a soutenu que l'exposé du juge du procès au jury incluait les éléments essentiels d'une mise en garde de type *Vetrovec*. L'on a fait valoir que, de façon globale, l'exposé équivalait à cette mise en garde. Je ne suis pas de cet avis. L'arrêt *Vetrovec* parle d'«une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus» (p. 831). Un examen de l'ensemble de l'exposé au jury ne révèle pas l'existence d'une mise en garde claire et précise.

Qu'est-ce qui constitue alors une mise en garde claire et précise? Il est évident qu'il n'existe aucune formule ni aucun langage particuliers à cet égard. Une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée doit à tout le moins attirer l'attention du jury expressément sur la preuve intrinsèquement peu fiable. Elle devrait renvoyer aux traits du témoin qui soulèvent des doutes sérieux quant à la crédibilité de sa déposition. Elle devrait souligner clairement les dangers qu'il y a à déclarer un accusé coupable sur la foi d'un tel témoignage, à moins que ce témoignage ne soit confirmé par une preuve indépendante.

La mise en garde n'est pas sans comporter un risque pour l'accusé étant donné qu'elle doit être

92

93

94

95

reference to the evidence capable of providing independent confirmation of the unsavoury witness's testimony. The independent confirmation relates to other evidence that would support the credibility of the unsavoury witness. It does not mean reference to any other evidence supporting the Crown's case. It is not apparent what other evidence the trial judge could have referred to that would have bolstered the evidence of Balogh and King.

assortie d'une mention des éléments de preuve susceptibles de fournir une confirmation indépendante de la déposition du témoin douteux. La confirmation indépendante vise d'autres éléments de preuve qui étayeraient la crédibilité du témoin en question. Cela ne signifie pas une mention de tout autre élément étayant la preuve du ministère public. On ne sait pas exactement quels sont les autres éléments de preuve que le juge du procès aurait pu mentionner pour renforcer la crédibilité du témoignage de Balogh et de King.

96 The *Kaufman Report* at pp. 638-39 recommends that a trial judge ought to caution the jury in terms even stronger than those traditionally contained in a *Vetrovec* warning. Specifically, the Report recommends that the warning ought to emphasize that jailhouse informers are almost invariably motivated by self-interest and that historically, such evidence has been shown to be untruthful and has produced miscarriages of justice in the form of unjust convictions. It further recommended that the warning should be given not only during the charge to the jury but immediately before or after the evidence is tendered by the Crown.

Le rapport Kaufman recommande, aux pp. 741 et 742, que le juge du procès mette en garde le jury en des termes encore plus forts que ceux habituellement utilisés pour faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Le rapport recommande, en particulier, que la mise en garde souligne le fait que les informateurs dans un établissement de détention sont presque tous motivés par leur intérêt personnel et que, dans le passé, de tels témoignages se sont révélés mensongers et ont entraîné des erreurs judiciaires sous forme de condamnations injustes. Il est en outre recommandé que la mise en garde soit faite non seulement au cours de l'exposé au jury, mais également immédiatement avant ou après la présentation de la preuve du ministère public.

97 Our law does not go as far as the *Kaufman* recommendation. The added measures suggested by the Report are not presently necessary to ensure a fair trial. A proper *Vetrovec* warning suffices. Nonetheless, the trial judge in a particular case may find the extra caution helpful in identifying unreliable evidence from unsavoury witnesses.

Notre droit ne va pas aussi loin que la recommandation du rapport Kaufman. Les mesures additionnelles proposées dans le rapport ne sont pas actuellement nécessaires à la tenue d'un procès équitable. Une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée suffit. Dans un cas particulier, le juge du procès peut néanmoins estimer que la précaution additionnelle est utile pour souligner le manque de fiabilité de témoins douteux.

98 In this case, although the trial judge did point to problems with the evidence of Balogh and King, this was done in the course of a lengthy, seriatim review of the evidence, and in his general discussion on credibility. The problems with Balogh's and King's evidence were not singled out for special attention, instead, the trial judge merely summarized and repeated the problems with their testimonies elicited on direct and cross-examination. The fact that defence counsel challenged their

En l'espèce, bien que le juge du procès ait effectivement indiqué des problèmes posés par le témoignage de Balogh et de King, il l'a fait au cours d'un long examen point par point de la preuve et dans le cadre de son analyse générale de la crédibilité. Au lieu de demander de prêter une attention particulière aux problèmes posés par le témoignage de Balogh et de King, le juge du procès a simplement résumé et réitéré les problèmes que l'interrogatoire principal et le contre-

evidence in summation to the jury is not a substitute for the trial judge's instruction.

E. Defence Counsel's Failure to Request a Vetovec Warning

The absence of a request from defence counsel is not determinative of the issue of whether or not a *Vetovec* warning must, as a matter of law, be included in a trial judge's charge to the jury. It is the trial judge who is ultimately responsible for the determination of this issue. However, it has often been recognized that once non-direction or misdirection has occurred, the absence of a request from counsel to correct it is a factor to be considered in evaluating the prejudice that has been occasioned.

In this case, defence counsel did not request that a *Vetovec* warning be included in the charge. The *Vetovec* warning, while usually helpful, carries the risk of having the opposite effect. This is so since following the warning the trial judge should point to independent evidence, if any, that supports the impugned evidence. In those cases where such evidence is available the attention drawn to it may carry a risk greater than the gain obtained from the warning. For that reason, it may be that the defence chose not to request a warning for tactical reasons. On the other hand, it is possible that no request was made by defence counsel due to oversight or inadvertence. In either event, I find the prejudice occasioned by the absence of a *Vetovec* warning to be substantial.

In deciding whether to include a *Vetovec* warning, the absence of a specific request from defence counsel for a *Vetovec* warning does not vitiate the trial judge's responsibility. However, the trial judge would undoubtedly be assisted by seeking submissions of counsel for both the Crown and the defence in the absence of the jury as to whether that warning should be given.

interrogatoire ont permis de découvrir dans leur témoignage. Le fait que l'avocat de la défense a contesté leur témoignage dans son exposé au jury ne remplace pas les directives du juge du procès.

E. L'omission de l'avocat de la défense de solliciter une mise en garde de type Vetovec

L'absence de demande par l'avocat de la défense n'est pas déterminante quant à savoir si, sur le plan du droit, l'exposé du juge du procès au jury doit comporter une mise en garde de type *Vetovec*. C'est le juge du procès qui, en définitive, doit se prononcer sur cette question. Toutefois, on a souvent reconnu que, pour évaluer le préjudice causé, il faut tenir compte du fait que l'avocat n'a pas demandé de remédier à l'absence de directives ou aux directives erronées qui ont été données.

En l'espèce, l'avocat de la défense n'a pas demandé que l'exposé comporte une mise en garde de type *Vetovec*. Quoiqu'elle soit habituellement utile, la mise en garde de type *Vetovec* risque d'avoir l'effet contraire. Il en est ainsi car, après avoir fait la mise en garde, le juge du procès doit indiquer, s'il en est, l'existence d'une preuve indépendante qui étaye le témoignage contesté. Le fait d'attirer l'attention sur une telle preuve, dans les cas où elle existe, peut comporter un risque plus grand que l'avantage que présente la mise en garde. Pour cette raison, il se peut que la défense choisisse de ne pas solliciter une mise en garde pour des raisons tactiques. Par ailleurs, il se peut que l'avocat de la défense n'ait pas demandé de mise en garde simplement par mégarde ou par inadvertance. Quoi qu'il en soit, j'estime que le préjudice causé par l'absence d'une mise en garde de type *Vetovec* est important.

Lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu d'inclure une mise en garde de type *Vetovec*, le fait que l'avocat de la défense n'ait pas demandé expressément une telle mise en garde n'écarte pas la responsabilité du juge du procès. Cependant, il serait sans doute utile au juge du procès de demander aux avocats du ministère public et de la défense de soumettre, en l'absence du jury, des arguments sur la question de savoir s'il y a lieu de faire une mise en garde.

99

100

101

F. *Should s. 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code Be Applied to Cure the Error?*

102 The argument was made that if the evidence was important enough to require a *Vetrovec* warning then it must follow that in the absence of that evidence it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same. The argument is not sound. It seems apparent that cases could occur in which the evidence precluded by the absence of the *Vetrovec* warning while important by definition, is not crucial. In those cases the other evidence on its own will sustain the conviction.

103 It will have to be determined in each particular case what, in the absence of a *Vetrovec* warning, the effect of excluding the unsavoury evidence was. In most cases, it seems likely that the precluded evidence will not permit use of the curative proviso, s. 686(1)(b)(iii). However, it seems equally clear that there will be instances when the precluded evidence would not raise the possibility of a different result.

104 *Bevan* described the nature of the test to be met by the Crown under s. 686(1)(b)(iii) in the following terms at pp. 616-17:

The question to be asked in determining whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge's error is whether "the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred": see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, per Cartwright J. (as he then was), at p. 744; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29. This test has also been expressed in terms of whether there is any possibility that if the error had not been committed, a judge or properly instructed jury would have acquitted the accused: see *Colpitts*, per Spence J., at p. 756; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, per Sopinka J., at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, per Iacobucci J. at pp. 736-37. I do not interpret these two approaches as being intended to convey different meanings. Under either approach, the task of an appellate court is to determine whether there is any reasonable

F. *Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) du Code criminel devrait-il être appliqué pour réparer l'erreur commise?*

L'on a soutenu que, si le témoignage était suffisamment important pour requérir une mise en garde de type *Vetrovec*, il s'ensuit nécessairement qu'en l'absence de ce témoignage l'on ne saurait affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même. Cet argument n'est pas bien fondé. Il semble évident qu'il peut y avoir des cas où le témoignage écarté en raison de l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec*, bien qu'important par définition, n'est pas crucial. En pareils cas, les autres éléments de preuve justifieront à eux seuls la déclaration de culpabilité.

Il faudra déterminer, dans chaque cas particulier, quel effet a eu l'exclusion du témoignage douteux, en l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec*. Dans la plupart des cas, il semble probable que le témoignage écarté ne permettra pas le recours à la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii). Cependant, il semble tout aussi clair qu'il y aura des cas où il n'y aura aucune possibilité que le résultat eût été différent si le témoignage en cause n'avait pas été écarté.

Dans l'arrêt *Bevan*, aux pp. 616 et 617, notre Cour décrit ainsi la nature du critère auquel le ministère public doit satisfaire selon le sous-al. 686(1)b)(iii):

Pour déterminer si l'erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, il faut se demander si «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite»: voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), à la p. 744; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329. On a également formulé le critère de la façon suivante: existe-t-il une possibilité que, n'eût été l'erreur commise, le juge ou un jury ayant reçu des directives appropriées ait acquitté l'accusé?: voir *Colpitts*, le juge Spence, à la p. 756; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, le juge Iacobucci, aux pp. 736 et 737. Je ne crois pas que ces deux énoncés aient un sens différent. Dans les deux cas, la tâche de la cour d'appel consiste à déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le

possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made.

In my opinion the failure of the trial judge to give a *Vetrovec* warning was a misdirection of law. The question is then whether in light of all the evidence the test in *Bevan* is met. Would the result have necessarily been the same?

The relevant evidence at the trial was that Balogh and King related statements made to them by the accused that he had struck the baby on the head, that the baby had started choking and had then stopped moving. There was no mention of a sexual assault. The following review of the evidence as it was presented, in my opinion, raises some doubt as to whether a sexual assault occurred at all at the time in question.

There was evidence that the accused was the only male person alone with Samantha on the night of her death and that sperm was found on her body. The impact of that evidence was lessened by the Crown expert's inability to determine the age and source of the sperm. The result of this uncertainty was to destroy the Crown's theory of exclusive opportunity.

There was evidence of intense sexual activity in the apartment during the weeks preceding the death, and that the housekeeping conditions were poor. Sperm was found on a toy in the crib, on the neckline of Samantha's pyjama top, on the crib sheets and in two places on the green comforter in which the child had been wrapped. At least one of these samples was identified as not being from the accused but from the child's natural father.

The largest sperm stains were found on the green comforter. The semen mixture matched DNA from the respondent and from Norma Jean. However, testimony indicated that sexual relations between them occurred at a rate of approximately 25 times per week and usually on the bed where

verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question.

À mon avis, l'omission du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetrovec* constituait une directive erronée en droit. Il s'agit alors de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le critère de l'arrêt *Bevan* est respecté. Le résultat aurait-il nécessairement été le même?

La preuve pertinente au procès était le témoignage de Balogh et de King selon lequel l'accusé leur avait dit qu'il avait frappé le bébé à la tête, que le bébé avait commencé à étouffer et qu'il avait ensuite cessé de bouger. Aucune agression sexuelle n'était mentionnée. J'estime que l'examen suivant de la preuve présentée soulève un doute quant à savoir si une agression sexuelle a vraiment eu lieu à l'époque en question.

Il existait une preuve que l'accusé était l'unique personne de sexe masculin qui s'était trouvée seule avec Samantha le soir du meurtre et que du sperme avait été trouvé sur le corps de cette dernière. La force probante de cette preuve était amoindrie par l'incapacité du témoin expert du ministère public de déterminer depuis combien de temps le sperme avait été déposé et d'où il provenait. Cette incertitude a eu pour effet d'anéantir la thèse de l'occasion exclusive soutenue par le ministère public.

Il y avait une preuve que l'appartement avait été le théâtre d'une activité sexuelle intense au cours des semaines ayant précédé le décès de la victime, et qu'il était négligé. Du sperme a été découvert sur un jouet qui se trouvait dans le lit de Samantha, sur le collet de son haut de pyjama, sur les draps de son lit et à deux endroits sur la douillette verte dans laquelle elle avait été enveloppée. Au moins un de ces échantillons a été décrit comme provenant non pas de l'accusé, mais plutôt du père biologique de l'enfant.

Les taches de sperme les plus importantes ont été décelées sur la douillette verte. On a trouvé dans le mélange séminal de l'ADN correspondant à celui de l'intimé et à celui de Norma Jean. Cependant, des témoignages ont indiqué que ces derniers avaient des rapports sexuels environ 25

105

106

107

108

109

the green comforter was kept. This confirms that there were many opportunities apart from the night of the murder when the accused's sperm could have been deposited on the bed and the green comforter.

fois par semaine, et ce, habituellement sur le lit où se trouvait la douillette verte. Cela confirme que, outre la nuit du meurtre, il y avait eu de nombreuses occasions où le sperme de l'accusé pouvait avoir été déposé sur le lit et sur la douillette verte.

110 While the pathologist, Dr. Rao, thought it unlikely that the sperm removed from Samantha could have originated from this stain, that possibility was not ruled out by her evidence. Given the presence of semen throughout the apartment, it was possible for trace amounts, which is all that was present, to have found their way into Samantha's vagina and anus. While the semen was on the interior of these orifices, it was near the entrance, was not consistent with penile penetration, and could have been deposited in an innocent fashion. For example, while wiping Samantha clean in the course of changing her diaper, or drying her after a bath, either Norma Jean or the respondent could have transferred semen traces from their hands to Samantha. Therefore even this potentially most damning of the Crown's evidence was open to question.

Même si la pathologiste, le Dr Rao, jugeait improbable que le sperme prélevé sur Samantha ait pu provenir de cette tache, son témoignage n'a pas permis d'écarter cette possibilité. Vu la présence de sperme partout dans l'appartement, il se pouvait que des quantités infimes, qui étaient tout ce qui s'y trouvait, se soient retrouvées dans le vagin et l'anus de Samantha. Le sperme qui se trouvait à l'intérieur de ces orifices, mais près du bord de ceux-ci, ne prouvait pas qu'il y avait eu pénétration et pouvait s'y être retrouvé fortuitement. Par exemple, il se pouvait que du sperme que Norma Jean ou l'intimé avait sur les mains se soit retrouvé sur Samantha au moment où ils l'essuyaient lors d'un changement de couche ou pendant qu'ils la séchaient après un bain. En conséquence, même cet élément de preuve susceptible d'être fort accablant dont disposait le ministère public était contestable.

111 It could not be established that the sperm found in Samantha's body was deposited on the night of her death. The Crown's expert testified that sperm samples from an adult can survive in a vaginal sample for five to six days and in a rectal sample for two to three days, but she was not familiar with any comparable studies involving infants.

L'on n'a pu établir que le sperme prélevé dans le corps de Samantha y avait été déposé la nuit de son décès. Le témoin expert du ministère public a affirmé que les échantillons de sperme provenant d'un adulte peuvent survivre dans un prélèvement vaginal pendant cinq ou six jours, et pendant deux ou trois jours dans un prélèvement rectal, mais elle ne connaissait l'existence d'aucune étude similaire ayant porté sur des enfants en bas âge.

112 In light of the foregoing there is a serious question as previously commented on whether a sexual assault occurred that evening or early morning. If there was no sexual assault then the conviction for first degree murder cannot be sustained even accepting the evidence of the unsavoury witnesses.

Compte tenu de ce qui précède, il y a de sérieux doutes, comme nous l'avons vu, quant à savoir si une agression sexuelle a été commise ce soir-là ou aux petites heures du matin. En l'absence d'une agression sexuelle, la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré ne saurait être maintenue même si la déposition des témoins douteux est acceptée.

113 In the several days preceding her death, Samantha had had contact with other male adults. Her grandfather had seen her on December 11. The jury heard evidence that he had sexually abused his

Au cours des jours qui ont précédé son décès, Samantha s'était trouvée en présence d'autres adultes de sexe masculin. Elle avait vu son grand-père le 11 décembre. Le jury a entendu des témoi-

own daughter, Norma Jean, when she was a child. In addition, Charles Furry, the common law spouse of Samantha's grandmother, babysat Samantha alone on December 12 from 6:00 p.m. to 10:00 p.m.

There was evidence to indicate that grey track pants worn by the accused on the night of the murder contained stains of Samantha's blood and of a fruit juice similar to that in her feeding bottle. If the accused was wearing the grey pants at the time of the assault that would account for the blood and fruit juice stains. There was evidence that he had changed from his grey track pants to his black pants prior to trying to revive Samantha. If that had occurred and he was wearing his black pants when trying to revive Samantha then the blood and juice on his grey pants was not deposited at the time of the attempted revival. Both Norma Jean and the police gave evidence consistent with the accused changing his pants prior to the time stated by him.

That evidence raised serious suspicions pointing to the accused. However, in the conflicting circumstances of the testimony at the trial, that evidence alone and as presented would not by itself necessarily result in the same jury verdict. There was evidence that the accused said he was sorry and repeated this more than once on the way to the hospital. But there is no evidence of what he was sorry about.

The Crown's case turned in part on the theory that the accused was the only male person with the opportunity to murder Samantha but as pointed out earlier, the evidence on the identification of the sperm was inconclusive. The question, therefore, should be whether the accused was the only person regardless of sex with the opportunity to commit this crime.

gnages suivant lesquels ce dernier avait agressé sexuellement sa propre fille, Norma Jean, lorsqu'elle était enfant. En outre, Charles Furry, le conjoint de fait de la grand-mère de Samantha, était resté seul avec Samantha le 12 décembre, de 18 h à 22 h, alors qu'il la gardait.

Certains éléments de preuve indiquaient la présence, sur le pantalon de survêtement gris que portait l'accusé la nuit du meurtre, de taches de sang de Samantha et de jus de fruit semblable à celui trouvé dans le biberon de cette dernière. Si l'accusé portait le pantalon gris au moment de l'agression, cela expliquait la présence des taches de sang et de jus de fruit sur ce pantalon. D'autres éléments de preuve indiquaient que l'accusé avait enlevé son pantalon de survêtement gris pour enfiler son pantalon noir avant de tenter de réanimer Samantha. Si cela avait été le cas et qu'il avait porté son pantalon noir au moment où il tentait de réanimer Samantha, le sang et le jus n'auraient pas alors été déposés sur son pantalon gris au moment de la tentative de réanimation. Norma Jean et le policier ont tous deux témoigné d'une manière qui pouvait laisser croire que l'accusé avait changé de pantalon avant le moment qu'il avait indiqué.

De graves soupçons pesaient sur l'accusé en raison de ces éléments de preuve. Cependant, vu les circonstances discordantes qui ont entouré le témoignage au procès, cet élément de preuve, à lui seul et tel qu'il a été présenté, n'aurait pas nécessairement amené le jury à rendre le même verdict. Il existait une preuve que l'accusé avait affirmé qu'il était désolé et qu'il avait répété cela à plus d'une reprise en se rendant à l'hôpital. Mais il n'y avait aucune preuve de la raison pour laquelle il était désolé.

La preuve du ministère public reposait en partie sur la thèse voulant que l'accusé ait été la seule personne de sexe masculin qui avait eu l'occasion d'assassiner Samantha mais, comme nous l'avons vu, la preuve relative à la détermination de la provenance du sperme n'était pas concluante. Par conséquent, il s'agit de savoir si l'accusé était la seule personne, peu importe son sexe, qui avait eu l'occasion de commettre ce crime.

114

115

116

- 117 The answer is no. The mother had as much opportunity to commit the crime as did the respondent. This is significant when considered in light of the evidence previously noted that the mother, Norma Jean, had problems with her temper. Several witnesses testified that they had witnessed her strike Samantha's face on numerous occasions. The apartment was a place of violence with evidence of physical abuse being committed by the mother and the accused as well as visitors such as Samantha's grandfather who had some history of abuse.
- 118 As well, there existed several inconsistencies in Norma Jean's testimony which were noted by defence counsel. First, Norma Jean testified that on the morning after the murder, she was awoken at 11:00 a.m. by her mother's knocking at the door. However, an assistant at the office of the Johnings' doctor testified that Norma Jean had called the office at 10:25 a.m. to check on an appointment for Anthony. Norma Jean denies ever making this call. Moreover, Norma Jean's mother testified that when Norma Jean answered the door that morning, a bottle was already warming in the microwave, contradicting Norma Jean's testimony that she had not been awake prior to her mother's arrival. It is inconsistencies like these out of which reasonable doubt is formed.
- 119 Another question raised by the evidence is how Norma Jean did not hear Samantha being assaulted and murdered. The autopsy revealed multiple wounds to the head caused by blunt force trauma. It seems unlikely that this could have been done silently. Moreover, Norma Jean testified that she saw the respondent wrapping Samantha in a green comforter around 2:00 a.m. If the respondent is the culprit, the sexual assault, if there was one, and murder most likely occurred prior to this. However, Norma Jean, according to her own testimony, had been walking up and down the hallway for the last hour and a half, trying to soothe Anthony, who had been crying. Would she not have heard the respondent doing anything untoward to Samantha? Moreover, even after 2:00 a.m., Norma Jean testified that she was asleep on the couch with
- La réponse est non. La mère a eu autant d'occasions que l'intimé de perpétrer ce crime. Cela est important si on considère les témoignages déjà soulignés qui indiquaient que la mère, Norma Jean, avait des accès de colère. Plusieurs témoins ont déposé qu'ils l'avaient vue à maintes reprises frapper Samantha au visage. La violence régnait dans l'appartement où il y avait des signes de mauvais traitements physiques infligés par la mère et l'accusé, et par des visiteurs comme le grand-père de Samantha qui, dans le passé, avait commis des agressions.
- De même, le témoignage de Norma Jean comportait plusieurs contradictions que l'avocat de la défense a relevées. Premièrement, Norma Jean a témoigné que le matin qui a suivi le meurtre, elle avait été réveillée à 11 h par sa mère qui cognait à la porte. Cependant, un adjoint du bureau du médecin des Johnings a témoigné que Norma Jean avait appelé au bureau à 10 h 25 pour vérifier un rendez-vous pour Anthony. Norma Jean nie avoir jamais fait cet appel. De plus, la mère de Norma Jean a témoigné que, lorsque Norma Jean a répondu à la porte ce matin-là, une bouteille était déjà en train de chauffer dans le four à micro-ondes, ce qui contredit le témoignage de Norma Jean qu'elle ne s'était réveillée qu'à l'arrivée de sa mère. Ce sont des contradictions de ce genre qui contribuent à susciter un doute raisonnable.
- Une autre question soulevée par la preuve est celle de savoir comment il se fait que Norma Jean n'ait rien entendu au moment où Samantha était agressée et assassinée. L'autopsie a révélé la présence de multiples blessures à la tête provoquées par un objet contondant. Il semble invraisemblable que ces blessures aient pu être infligées sans bruit. De plus, Norma Jean a témoigné avoir vu l'intimé envelopper Samantha dans une douillette verte vers 2 h du matin. Si l'intimé est le coupable, l'agression sexuelle, à supposer qu'elle ait eu lieu, et le meurtre ont fort probablement été perpétrés avant cela. Cependant, Norma Jean a elle-même témoigné que cela faisait alors au moins une heure et demie qu'elle faisait les cent pas dans le corridor pour calmer Anthony qui pleurait. N'aurait-elle pas entendu l'intimé faire du mal à Samantha?

Anthony, and that she was a light sleeper. If this were so, one would expect her to hear any violence committed by the respondent during this time period.

A third area of inconsistencies surrounding Norma Jean's testimony is that she claimed to have found Samantha in her crib, and then rushed her to the bathroom while attempting to revive her. Substantial amounts of blood and vomit were found spattered around the bathtub. Moreover, while it had dried by the time the police arrived, the blood and vomit had clearly been relatively fluid at one point, as photographs show that the blood and vomit had flowed towards the drain. If the blood and vomit had been in a liquid state when Samantha was found, why was none of it found between the crib and the bathtub? Would it not have been likely to spill or splatter somewhat while Norma Jean was rushing Samantha into the bathroom?

Moreover, there was evidence from other witnesses which indicated that Norma Jean's difficulties in dealing with her children had intensified over the several days preceding Samantha's death. For example, the respondent's mother testified that at 2:00 a.m., while on the phone with the respondent (who was seeking advice on how to soothe Anthony), she overheard Norma Jean yell, "I can't handle this anymore!" As well, Norma Jean's father Robert Johnnings testified that Norma Jean was having difficulty dealing with Samantha's jealousy towards her new brother. Samantha had struck her baby brother on more than one occasion and Norma Jean had responded by slapping Samantha. On the night of Samantha's death, Norma Jean had telephoned Robert Johnnings and asked if he would take Samantha for the evening because she could not handle both children.

The mother's character, family difficulties, the various inconsistencies in her story and the history of physical abuse by people occupying or visiting the apartment had the potential to raise a reasona-

De plus, Norma a témoigné que, même après 2 h, elle dormait sur le divan avec Anthony et qu'elle était une personne au sommeil léger. Si cela avait été le cas, on se serait attendu à ce qu'elle entende tout acte de violence commis par l'intimé pendant cette période.

Une troisième contradiction qui se dégage du témoignage de Norma Jean est qu'elle a prétendu avoir trouvé Samantha dans sa couchette, puis l'avoir amenée à la course dans la salle de bains en tentant de la réanimer. Des quantités importantes de sang et de vomissure ont été découvertes dans la baignoire. De plus, même s'ils étaient séchés lorsque la police est arrivée, le sang et la vomissure avaient nettement été dans un état relativement liquide à un moment donné, car les photographies montrent qu'ils avaient coulé vers le renvoi de la baignoire. Si le sang et la vomissure avaient été à l'état liquide lorsque Samantha a été trouvée, pourquoi n'en a-t-on pas trouvé entre la couchette et la baignoire? N'aurait-il pas été vraisemblable qu'il en tombe pendant que Norma Jean se précipitait avec Samantha vers la salle de bains?

En outre, il y a la déposition d'autres témoins qui indiquait que les difficultés qu'éprouvait Norma Jean à s'occuper de ses enfants s'étaient accrues au fil des jours qui avaient précédé le décès de Samantha. Par exemple, la mère de l'intimé a témoigné qu'à 2 h, alors qu'elle était au téléphone avec l'intimé (qui demandait des conseils sur la façon de calmer Anthony), elle a entendu Norma Jean crier [TRADUCTION] «Je n'en peux plus!» De même, le père de Norma Jean, Robert Johnnings, a témoigné que sa fille avait de la difficulté à venir à bout de la jalousie que Samantha éprouvait envers son nouveau frère. Samantha avait frappé son petit frère à plus d'une reprise et Norma Jean avait répliqué en la giflant. Le soir du décès de Samantha, Norma Jean avait téléphoné à Robert Johnnings pour lui demander s'il viendrait chercher Samantha pour la soirée parce qu'elle était incapable de s'occuper des deux enfants.

Le tempérament de la mère, les difficultés familiales, les différentes contradictions dans son récit et les antécédents de mauvais traitements physiques de la part d'occupants ou de visiteurs de

120

121

122

ble doubt in the jury's mind as to the respondent's guilt.

123 The purpose of this review has been to consider the question raised in *Bevan*: Is there any reasonable possibility that the verdict would not have necessarily been the same? There was evidence that implicated the accused but with a proper instruction regarding the testimony of the jailhouse informants it is difficult for me to preclude the possibility of a different result.

V. Conclusion

124 I agree with the Court of Appeal and would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

125 In cases where a new trial is ordered an appellate court avoids to the extent possible comment on the evidence. For that reason the evidence here was reviewed only to the extent necessary to reach a conclusion on the result that should follow from the misdirection and not to prejudge or suggest a different result should be reached.

126 It is understood that at the new trial there may be new evidence, the same evidence as is or presented differently and nothing said in these reasons on the evidence in this appeal should affect the new trial.

The following are the reasons delivered by

127 BINNIE J. — I agree with the result reached by Justice Bastarache, but I reach that conclusion by a different route. In my view, the evidence of the “jailhouse informants” in this case was tainted by a combination of some of the more notorious badges of testimonial unreliability, including the opportunity to lie for personal benefit, and the jury ought to have been given a clear and sharp warn-

l'appartement étaient susceptibles de susciter un doute raisonnable dans l'esprit des membres du jury quant à la culpabilité de l'intimé.

La présente analyse avait pour but d'examiner la question soulevée dans l'arrêt *Bevan*: Y a-t-il une possibilité raisonnable que le verdict n'eût pas nécessairement été le même? Il y avait des éléments de preuve impliquant l'accusé, mais il m'est difficile d'écarter la possibilité que le résultat eût été différent si des directives appropriées avaient été données au sujet du témoignage des informateurs dans un établissement de détention.

V. Conclusion

Je partage l'opinion exprimée par la Cour d'appel et je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès.

Dans les cas où un nouveau procès est ordonné, une cour d'appel évite autant que possible de faire des commentaires sur la preuve. C'est pour cette raison qu'en l'espèce la preuve n'a été examinée que dans la mesure où c'était nécessaire pour tirer une conclusion sur le résultat qui devrait découler de la directive erronée et non pour juger d'avance ou laisser entendre que l'on devrait arriver à un résultat différent.

Il est entendu qu'il se peut que de nouveaux éléments de preuve soient présentés lors du nouveau procès ou que les mêmes éléments de preuve y soient présentés de la même manière ou d'une manière différente, et rien de ce qui a été dit au sujet de la preuve dans les présents motifs ne devrait influencer sur le nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — Je tire la même conclusion que le juge Bastarache, mais à l'issue d'un raisonnement différent. À mon sens, le témoignage des «informateurs dans un établissement de détention» entendu en l'espèce accusait des signes notoires de non-fiabilité, dont l'occasion de mentir pour obtenir un avantage personnel, et le jury aurait dû recevoir une mise en garde claire et précise en ce sens.

ing to that effect. The trial judge erred in law in failing to give such a warning, as found by Justice Major and a majority of the Ontario Court of Appeal. At the same time, I differ, with respect, from the conclusion that this error of law requires a new trial. Given the other evidence against the respondent that was necessarily accepted by the jury in reaching their verdict of first degree murder, I think, with great respect to those of the opposite view, that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the error of law not been made.

The courts have grappled for some years with a growing concern that a conviction based on the evidence of jailhouse informants has led in the past to some wrongful convictions and should be treated with special caution: *R. v. Frumusa* (1996), 112 C.C.C. (3d) 211 (Ont. C.A.); *R. v. Simmons* (1998), 105 O.A.C. 360 (C.A.); Report of *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin*, the Honourable Fred Kaufman, C.M., Q.C., 1998; C. Sherrin, "Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use" (1998), 40 C.L.Q. 106, and "Jailhouse Informants in the Canadian Criminal Justice System, Part II: Options for Reform" (1998), 40 C.L.Q. 157; the *Report of the 1989-1990 Los Angeles Grand Jury: Investigation of the Involvement of Jail House Informants in the Criminal Justice System in Los Angeles County* (June 26, 1990). The most extensive review of this issue in Canada is the *Kaufman Report*, which concludes at p. 638:

The evidence at this Inquiry demonstrates the *inherent unreliability* of in-custody informer testimony, its contribution to miscarriages of justice and the substantial risk that the dangers may not be fully appreciated by the jury. [Emphasis added.]

This Court's decision in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, does not stand in the way of taking appropriate action to address that targeted concern. *Vetrovec* did not deal with jailhouse infor-

Comme l'ont conclu le juge Major et les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de faire une telle mise en garde. En même temps et en toute déférence, je ne partage pas la conclusion que cette erreur de droit oblige à tenir un nouveau procès. Compte tenu des autres éléments de preuve défavorables à l'intimé que le jury a nécessairement retenus en rendant son verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, je crois, en toute déférence pour ceux qui sont d'avis contraire, qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise.

Depuis un certain nombre d'années, les tribunaux sont de plus en plus préoccupés par la possibilité que les témoignages d'informateurs dans un établissement de détention aient entraîné, dans le passé, des déclarations de culpabilité erronées, et ils estiment qu'il y a lieu de les traiter avec un soin particulier: *R. c. Frumusa* (1996), 112 C.C.C. (3d) 211 (C.A. Ont.); *R. c. Simmons* (1998), 105 O.A.C. 360 (C.A.); rapport de la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin*, l'honorable Fred Kaufman, C.M., c.r., 1998; C. Sherrin, «Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use» (1998), 40 C.L.Q. 106, et «Jailhouse Informants in the Canadian Criminal Justice System, Part II: Options for Reform» (1998), 40 C.L.Q. 157; *Report of the 1989-1990 Los Angeles Grand Jury: Investigation of the Involvement of Jail House Informants in the Criminal Justice System in Los Angeles County* (26 juin 1990). L'analyse la plus approfondie de cette question au Canada se trouve dans le rapport Kaufman, qui conclut ce qui suit, à la p. 741:

La preuve déposée devant la Commission démontre le manque de *fiabilité inhérent* aux témoignages des dénonciateurs sous garde, leur rôle dans des erreurs judiciaires et le risque considérable que le jury ne tienne pas pleinement compte des dangers que comportent ces témoignages. [Italiques ajoutés.]

L'arrêt de notre Cour *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, n'empêche pas de prendre des mesures appropriées pour remédier à cette crainte. L'arrêt *Vetrovec* portait non pas sur les

128

129

mants as such, but more generally with the law of corroboration in relation to accomplices. The trial judge in that case had given a very specific warning about the danger of convicting on the basis of uncorroborated evidence from accomplices, and the issue on the appeal was the correctness of the trial judge's subsequent reference to pieces of evidence that in his view were capable of having a corroborative effect. In that context, Dickson J. protested against "a fixed and invariable rule regarding all accomplices" and "blind and empty formalism" (p. 823). The Court was unanimous in affirming that in this area as in others a label is no substitute for analysis. That having been said, "jailhouse informant" is a term that conveniently captures a number of factors that are highly relevant to the need for caution. These include the facts that the jailhouse informant is already in the power of the state, is looking to better his or her situation in a jailhouse environment where bargaining power is otherwise hard to come by, and will often have a history of criminality. This is not to deny the possibility that a jailhouse can on occasion produce a trustworthy witness. The trigger for caution is not so much the label "jailhouse informant" as it is the extent to which these underlying sources of potential unreliability are present in a particular case. The testimony of Balogh and King exhibited some of the worst characteristics of purveyors of jailhouse confessions. Both were career criminals who had a history of coming forward to offer incriminating testimony in anticipation of personal reward. They tried to ingratiate themselves with the respondent by offering to get "his girlfriend knocked off". This was a confidence trick to gain his trust and loosen his tongue. In the circumstances, failure of counsel to request a *Vetrovec* warning is a relevant consideration in the exercise of the trial judge's discretion, but does not save a charge that, as a matter of law, is inade-

informateurs dans un établissement de détention comme tels, mais, de façon plus générale, sur la règle de la corroboration applicable au témoignage d'un complice. Dans cette affaire, le juge du procès avait fait une mise en garde très précise au sujet du danger de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi du témoignage non corroboré d'un complice, et le pourvoi portait sur la question de savoir si le juge du procès avait eu raison de renvoyer subséquemment à des éléments de preuve qui, selon lui, étaient susceptibles d'avoir un effet de corroboration. Dans ce contexte, le juge Dickson s'est élevé contre «une règle unique et invariable pour tous les complices» et «un formalisme aveugle et vide de sens» (p. 823). La Cour a confirmé à l'unanimité que, dans ce domaine comme dans d'autres domaines, une étiquette ne remplace pas une analyse. Cela étant dit, l'expression «informateur dans un établissement de détention» («dénonciateur sous garde» dans le rapport Kaufman) englobe un certain nombre de facteurs très pertinents en ce qui concerne la nécessité de faire preuve de circonspection, dont le fait que l'informateur dans un établissement de détention est déjà assujéti à l'autorité de l'État, qu'il cherche à améliorer son sort dans un milieu carcéral où le pouvoir de négociation est par ailleurs difficile à obtenir et qu'il a souvent des antécédents criminels. Cela ne revient pas à nier la possibilité que le témoignage d'un informateur dans un établissement de détention soit parfois digne de foi. Le besoin de circonspection ne découle pas tant de l'étiquette d'«informateur dans un établissement de détention» que de la mesure dans laquelle de tels motifs de non-fiabilité potentielle existent dans un cas particulier. Le témoignage de Balogh et de King présentait certaines des pires caractéristiques des gens qui rapportent les aveux d'un codétenu. Les deux étaient des criminels de carrière qui avaient déjà offert de présenter des témoignages incriminants dans l'espoir d'obtenir un avantage personnel. Ils avaient tenté de rentrer dans les bonnes grâces de l'intimé en lui offrant de [TRA-DUCTION] «faire liquider son amie». Il s'agissait d'une ruse destinée à gagner sa confiance et à lui délier la langue. Dans les circonstances, l'omission de l'avocat de solliciter une mise en garde de type *Vetrovec* est pertinente en ce qui concerne l'exer-

quate. The jury in this case should have been warned to proceed with caution.

It is not sufficient, in my view, to say that these *particular* witnesses apparently impressed the trial judge as reasonably capable of belief. The concern here is with the underlying weaknesses historically associated with jailhouse confessions offered by fellow inmates. *Vetrovec* affirmed that the court may legitimately concern itself with such factors, and this affirmation was picked up and developed by M. Rosenberg (now Rosenberg J.A.) in “Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term” (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, at p. 463:

It is not then whether the trial judge personally finds the witness trustworthy but whether there are factors which experience teaches that the witness’s story be approached with caution.

The jurors will not likely have the benefit of this “experience” unless it is imparted to them by the trial judge in the “clear and sharp warning” contemplated by *Vetrovec*. While some passages in Dickson J.’s reasons can be argued to focus on the assessment of the credibility of a particular witness made by the trial judge, he also emphasized that the credibility of a particular witness is for the jury not the trial judge to assess. The trial judge’s role is to provide the proper framework within which that credibility can be evaluated, and in that regard problems historically associated with particular types of evidence should not be overlooked. Jailhouse informants presenting a profile such as Balogh and King, generally do, it seems to me, justify an inference of untrustworthiness, and as a general rule in such cases a *Vetrovec* warning should be given.

Major J. has reviewed the weaknesses of their testimony and I agree with his conclusions that prosecutorial use of jailhouse informants generally

cice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, mais n’a pas pour effet de sauvegarder un exposé qui, sur le plan du droit, est inadéquat. En l’espèce, on aurait dû recommander au jury d’agir avec circonspection.

Il ne suffit pas, selon moi, de dire que ces témoins *particuliers* semblent avoir donné au juge du procès l’impression qu’ils étaient raisonnablement dignes de foi. Ce qui nous préoccupe en l’espèce, ce sont les faiblesses qui, dans le passé, ont été liées aux aveux d’un détenu rapportés par un codétenu. Il a été confirmé, dans l’arrêt *Vetrovec*, que la cour peut légitimement tenir compte de ces facteurs, et cette confirmation a été reprise et explicitée par M. Rosenberg (maintenant juge d’appel) dans «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term» (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, à la p. 463:

[TRADUCTION] Il s’agit donc non pas de savoir si le juge du procès estime personnellement que le témoin est digne de foi, mais plutôt de savoir s’il existe des facteurs qui, d’après ce que l’expérience enseigne, exigent d’aborder avec circonspection le récit du témoin.

Les jurés ne bénéficieront vraisemblablement de cette «expérience» que si elle leur est transmise par le juge du procès dans la «mise en garde claire et précise» envisagée par l’arrêt *Vetrovec*. Bien que l’on puisse prétendre que certains passages de ses motifs portent sur l’appréciation par le juge du procès de la crédibilité d’un témoin particulier, le juge Dickson a également souligné qu’il appartient au jury et non pas au juge du procès d’apprécier la crédibilité d’un témoin donné. Le rôle du juge du procès consiste à établir le cadre approprié à l’intérieur duquel cette crédibilité peut être appréciée et, à cet égard, il n’y a pas lieu de passer sous silence les problèmes que certains types de témoignage ont posés dans le passé. Il me semble qu’une inférence de non-fiabilité est justifiée dans le cas d’informateurs dans un établissement de détention qui présentent un profil comme celui de Balogh et de King, et qu’en règle générale il y a lieu de faire une mise en garde de type *Vetrovec* en pareils cas.

Le juge Major a examiné les faiblesses de leur témoignage et je souscris à ses conclusions que le recours de la poursuite à des informateurs dans un

130

131

calls for special caution and that the testimony of these particular jailhouse informants manifested the dangers associated with the genre. The trial judge appears not to have taken into account these relevant considerations and he thus erred in the exercise of his discretion. It was a sufficient trigger to the requirement of a *Vetrovec* warning that their evidence was “important but not crucial to the Crown’s case against the respondent” (para. 90). It will be rare, I think, that an alleged jailhouse confession would not be regarded as *important* evidence against an accused.

établissement de détention requiert généralement que l’on fasse preuve d’une prudence particulière, et que le témoignage que les informateurs dans un établissement de détention ont fait en l’espèce montrait les dangers que comporte ce genre de preuve. Le juge du procès ne semble pas avoir tenu compte de ces facteurs pertinents et il a donc exercé son pouvoir discrétionnaire de façon erronée. Il suffisait que leurs témoignages aient été «importants mais non cruciaux pour la preuve du ministère public contre l’intimé» (par. 90) pour qu’une mise en garde de type *Vetrovec* doive être faite. Je crois qu’il sera rare qu’un aveu qui aurait été fait dans un établissement de détention ne sera pas considéré comme un élément de preuve *important* contre l’accusé.

132

My colleague Bastarache J. concludes that the trial judge’s instruction to the jury amply conveyed the dangers associated with the Balogh and King evidence. I do not agree. He did not, as Dickson J. put it in *Vetrovec*, *supra*, at p. 831, clearly “attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness”. A useful guide in this regard is the comment of Osborne J.A., dissenting, when *R. v. Bevan* was in the Ontario Court of Appeal (1991), 63 C.C.C. (3d) 333, at pp. 361-62:

Mon collègue le juge Bastarache conclut que, dans ses directives au jury, le juge du procès a évoqué amplement les dangers liés au témoignage de Balogh et de King. Je ne suis pas d’accord. Comme l’affirmait le juge Dickson dans l’arrêt *Vetrovec*, précité, à la p. 831, le juge du procès n’a pas clairement «attir[é] l’attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d’un témoin sans plus». Un guide utile à cet égard est la remarque que le juge Osborne de la Cour d’appel de l’Ontario a faite dans ses motifs dissidents dans *R. c. Bevan* (1991), 63 C.C.C. (3d) 333, aux pp. 361 et 362:

However, in those cases where a clear sharp warning is required, it seems to me that it is of fundamental importance that the form of the warning take into account that its underlying purpose is to direct the jury’s special attention to the risk of convicting an accused on the basis of the evidence of a witness who may be viewed, for reasons such as self-interest, as untrustworthy. Thus, the witness should be singled out, that is, separated from the pack. The jury should be told to scrutinize the evidence for evidence which would confirm or support the testimony of the witness who is said to have a motive to lie, or who is of unsavoury character. . . . In my view, it is preferable in most cases that the trial judge tell the jury why the evidence of a given witness requires special scrutiny, that is, why the light of the credibility microscope should be turned up. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Cependant, dans les cas où une mise en garde claire et précise s’impose, il me semble d’une importance fondamentale que sa forme tienne compte du fait qu’elle a pour but d’amener le jury à prêter une attention particulière au danger de déclarer un accusé coupable sur la foi de la déposition d’un témoin qui peut être perçu comme indigne de foi en raison notamment de son intérêt personnel. Ainsi, ce témoin doit être mis à part, c’est-à-dire considéré séparément. Le jury doit être invité à examiner soigneusement la preuve pour y trouver des éléments qui confirment ou étayent la déposition du témoin dont on dit qu’il a des raisons de mentir ou dont l’honnêteté est douteuse [. . .] À mon avis, il est préférable, dans la plupart des cas, que le juge du procès explique au jury pourquoi un témoin donné doit faire l’objet d’un examen spécial, c’est-à-dire pourquoi il y a lieu de passer au crible sa crédibilité. [Je souligne.]

In the course of his instruction in this case, which covers almost 100 pages of transcript, the trial judge gave only one specific caution bearing on the credibility of Balogh and King, namely that the jury should take their respective criminal records into account “when considering the credibility and weight of their evidence”. Some 70 pages of transcript later, he pointed out that both Balogh and King were in custody with the accused at the time of the alleged confession, but this was noted to identify the physical location of the alleged confession. Far from being “singled out” for special caution, the jailhouse evidence was summarized in much the same language as used for other witnesses. He noted that Balogh had a history of psychiatric problems, including a stint at the London Psychiatric Centre, and had twice attempted suicide, but this, while perhaps relevant to credibility, did not go to the systemic problems of “unsavouriness” associated with jailhouse confessions. The trial judge mentioned that King “tried to get a lighter sentence” from Detective Hrab, but Hrab was not called to testify, and contemporaneous notes made by the two jailhouse informants pooling their recollections and apparently given to Detective Hrab were never produced. The trial judge reminded the jury that King had not been successful in securing a benefit. He noted that Sergeant Harild (who did testify) and Detective Hrab had both appeared before the Parole Board to explain that King’s criminal record did not include any convictions for violence.

None of this constituted a “clear and sharp warning” to the jury about the dangers of relying on evidence of jailhouse informants. On the contrary, I expect the impression the jury took from the trial judge’s instruction is that King had been unsuccessful in his plea for special treatment, but he had come forward with his damaging testimony in spite of his disappointment. This would, if anything, add to his credibility in the mind of persons

Pendant les directives qu’il a données en l’espèce (dont la transcription compte presque 100 pages), le juge du procès n’a fait qu’une seule mise en garde particulière concernant la crédibilité de Balogh et de King, savoir que le jury devrait tenir compte de leur casier judiciaire respectif [TRADUCTION] «en évaluant la crédibilité et la valeur de leur témoignage». Quelque 70 pages plus loin, il a souligné que Balogh et King étaient détenus avec l’accusé au moment où le prétendu aveu a été fait, mais il voulait par là indiquer le lieu où l’aveu aurait été fait. Loin d’avoir fait l’objet d’une mise en garde particulière, le témoignage des informateurs dans un établissement de détention a été résumé dans à peu près les mêmes termes que ceux utilisés pour les autres témoins. Le juge du procès a souligné que Balogh avait eu des problèmes psychiatriques, qu’il avait notamment fait un séjour au London Psychiatric Centre et qu’il avait tenté de se suicider à deux reprises, mais même si ces faits pouvaient être pertinents en ce qui concernait la crédibilité, ils ne touchaient pas les problèmes systémiques du «caractère douteux» associé aux aveux d’un codétenu. Le juge du procès a mentionné que King [TRADUCTION] «tentait d’obtenir [du détective Hrab] une peine moins lourde», mais Hrab n’a pas été appelé à témoigner et les notes dans lesquelles les deux informateurs dans un établissement de détention avaient mis en commun leurs souvenirs et qui auraient été remises au détective Hrab n’ont jamais été produites. Le juge du procès a rappelé au jury que King n’avait pas réussi à obtenir un avantage. Il fait remarquer que le sergent Harild (qui a témoigné) et le détective Hrab avaient tous deux comparu devant la Commission des libérations conditionnelles pour expliquer que le casier judiciaire de King ne faisait état d’aucune condamnation pour violence.

Rien de cela n’a constitué une «mise en garde claire et précise» au jury sur les dangers de s’en remettre au témoignage d’informateurs dans un établissement de détention. Au contraire, je crois que les directives du juge du procès ont donné au jury l’impression que King n’avait pas réussi à obtenir un traitement particulier et que, malgré sa déception, il avait offert son témoignage préjudiciable. Cela aurait plutôt pour effet de le rendre

who were unaware of the problems associated with jailhouse confessions. Balogh, with his history of mental illness, seems to have been a tag-along to King's initiative, although protesting that his motive was revulsion at the nature of the crime. Balogh had attempted to purvey jailhouse confessions on three previous occasions in other cases. Despite his choice of crime for a career, his sense of revulsion at the crimes of others apparently was chronic, if he is to be believed.

plus crédible dans l'esprit de personnes qui n'étaient pas au courant des problèmes liés aux aveux d'un codétenu. Balogh, avec ses antécédents de maladie mentale, paraît simplement avoir suivi l'exemple de King, même s'il prétendait être motivé par le caractère répugnant du crime. Balogh avait déjà tenté de fournir les aveux d'un codétenu dans trois autres affaires. À l'entendre, il éprouvait un sentiment chronique de dégoût pour les crimes d'autres personnes, même s'il avait choisi de faire carrière dans le crime.

135 It is now established that the failure to give a *Vetrovec* warning where required is an error of law, which opens up the possibility of salvaging the verdict under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Not every error of law justifies a new trial, as noted by McIntyre J. in *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233, at p. 240:

It is not every error which will result in a miscarriage of justice, the very existence of the proviso to relieve against errors of law which do not cause a miscarriage of justice recognizes that fact.

Il est désormais établi que l'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* qui s'impose constitue une erreur de droit et que le verdict prononcé peut alors être sauvegardé en application du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Toute erreur de droit ne justifie pas la tenue d'un nouveau procès, comme l'a fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233, à la p. 240:

On ne peut pas dire que toute erreur est une erreur judiciaire; d'ailleurs l'existence même de la disposition pour remédier aux erreurs de droit qui ne causent pas une erreur judiciaire reconnaît ce fait.

136 While it may often be difficult to analyse a record in terms of what *would* have happened if the error had not occurred — and any reasonable doubt in that regard must be resolved in favour of an accused — nevertheless the legitimacy of a “what if” approach is implicit in the *Bevan* test (“whether there is any reasonable possibility that the verdict *would* have been different” (*R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617 (emphasis added))), and explicit in cases such as *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516, *per* Sopinka J., at pp. 516-17:

The application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, requires the Court to consider whether a jury properly instructed could, acting reasonably, have come to a different conclusion absent the error. In applying this test the findings of the jury in the case under appeal may be a factor in determining what the hypothetical reasonable jury would have done, provided those findings are not tainted by the error. [Emphasis added.]

Même s'il peut souvent être difficile d'analyser un dossier sous l'angle de ce qui *serait* arrivé si l'erreur n'avait pas été commise — et tout doute raisonnable à cet égard doit profiter à l'accusé —, la légitimité d'une méthode du «qu'en aurait-il été si?» ressort néanmoins implicitement du critère dégagé dans *Bevan* («existe[-t-il] une possibilité raisonnable que le verdict *eût* été différent?» (*R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, à la p. 617 (italiques ajoutées))), et cette légitimité est explicite dans des affaires comme *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516, le juge Sopinka, aux pp. 516 et 517:

Pour appliquer le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la Cour doit examiner si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu, en agissant raisonnablement, en venir à une conclusion différente s'il n'y avait pas eu d'erreur. Si l'on applique ce critère, les conclusions du jury en l'espèce peuvent être un facteur à prendre en considération pour déterminer ce qu'un jury raisonnable hypothétique aurait fait, pourvu que ces conclusions ne soient pas viciées par l'erreur. [Je souligne.]

and *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, *per* Iacobucci J., at pp. 620-21:

Accordingly, the question here is whether there is any possibility that the trier of fact would have had a reasonable doubt as to the guilt of the accused had the impugned evidence been removed from their consideration. [Emphasis added.]

Whether or not a new trial is necessary will largely depend on the degree of centrality of the evidence of the unsavoury witness to the conviction. In most cases, a witness whose testimony is sufficiently important to require the *Vetrovec* warning in the first place will likely be sufficiently central to preclude application of s. 686(1)(b)(iii), as in *R. v. Sanderson* (1999), 134 Man. R. (2d) 191 (C.A.), at p. 194 (where the unsavoury witness gave “[t]he only evidence presented by the Crown which implicated” the accused), and *R. v. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301 (B.C.C.A.), at p. 330 (“the Crown would have had virtually no case” without the unsavoury witness’s evidence). In such cases, application of the curative proviso would clearly be wrong.

I part company from Major J. on whether in *this* case there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had a *Vetrovec* warning been given. It must be kept in mind that the respondent was not entitled to a trial that excluded altogether the evidence of Balogh and King. The issue under s. 686(1)(b)(iii) is whether there is any reasonable possibility that it would have made any difference to the ultimate verdict *if their evidence had been accompanied by a warning* instead of merely being heaped with ridicule by defence counsel, as was the case here.

In reaching their verdict of first degree murder, the jury necessarily accepted the evidence of sexual assault contemporaneously with the murder, which was an added feature that did not depend at all on the story told by the jailhouse informants. In addition, the respondent made inculpatory state-

et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, le juge Iacobucci, aux pp. 620 et 621:

Par conséquent, il s’agit ici d’établir s’il y a la moindre possibilité que, en l’absence de l’élément de preuve attaqué, le juge des faits ait eu un doute raisonnable sur la culpabilité de l’accusé. [Je souligne.]

La question de savoir si un nouveau procès est nécessaire dépend en grande partie de la mesure dans laquelle la déclaration de culpabilité repose sur la déposition du témoin douteux. Dans la plupart des cas, le rôle du témoin dont la déposition est suffisamment importante au départ pour requérir la mise en garde de type *Vetrovec* sera vraisemblablement assez central pour empêcher l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii), comme dans le jugement *R. c. Sanderson* (1999), 134 Man. R. (2d) 191 (C.A.), à la p. 194 (où la déposition du témoin douteux était [TRADUCTION] «[l]e seul élément de preuve présenté par le ministère public qui impliquait» l’accusé), et dans *R. c. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301 (C.A.C.-B.), à la p. 330 ([TRADUCTION] «le ministère public n’aurait disposé de pratiquement aucune preuve sans» la déposition du témoin douteux). Dans ces cas, il serait clairement erroné d’appliquer la disposition réparatrice.

Je ne partage pas l’avis du juge Major quant à savoir si, dans la *présente* affaire, il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si une mise en garde de type *Vetrovec* avait été faite. Il faut se rappeler que l’intimé n’avait pas droit à un procès totalement dépourvu du témoignage de Balogh et de King. La question qui se pose en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) est de savoir s’il existe une possibilité raisonnable que le verdict prononcé en fin de compte eût été différent *si leur témoignage avait été assorti d’une mise en garde* au lieu d’être simplement ridiculisé par l’avocat de la défense, comme cela a été fait en l’espèce.

En rendant un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, le jury a nécessairement retenu la preuve d’une agression sexuelle commise au moment du meurtre, laquelle constituait un élément supplémentaire n’ayant absolument rien à voir avec le récit des informateurs dans un établis-

137

138

139

ments to other people, including the victim's mother. All of this evidence was consistent with, *and was not tainted by*, the testimony of Balogh and King. I thus conclude that the application of s. 686(1)(b)(iii) is justified on six grounds.

1. Other Inculpatory Statements Made by the Respondent

140

The victim's mother testified that the respondent had whispered to her more than once in the ambulance on the way to the hospital with the dead child that he was sorry "for what he had done" (emphasis added). This was vigorously challenged in cross-examination, but the witness remained adamant:

Q. And you said that Mr. Brooks said "I'm sorry, I'm sorry for what I've done"?

A. Yes sir.

Q. Now that's not at all what Mr. Brooks said, was it?

A. That's exactly what Mr. Brooks said.

Q. He said "I'm sorry"?

A. No, sorry, he said he was sorry, he was sorry for what he had done.

. . .

Q. I take it that you were terribly concerned about the death of your daughter?

A. Yes sir.

Q. And somebody has just said to you, "I'm sorry for what I've done" and you said "Thanks"?

A. No, I did not say thanks.

Q. Or you stare straight ahead?

A. I don't know what I was thinking sir, but I remember I didn't say nothing.

Q. Miss Johnings, that is a lie?

A. No, it's not sir.

Q. What Fred said to you, more than once, in a low voice, sometimes he mouthed it, is just "I'm sorry"?

sement de détention. De plus, l'intimé avait fait des déclarations incriminantes à d'autres personnes, dont la mère de la victime. Toute cette preuve était compatible avec le témoignage de Balogh et de King, *et non pas viciée* par leur témoignage. Je conclus donc que l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) est justifiée pour six raisons.

1. Les autres déclarations incriminantes de l'intimé

La mère de la victime a affirmé, dans son témoignage, que l'intimé lui avait chuchoté plus d'une fois à l'oreille dans l'ambulance, pendant que l'enfant décédée était transportée à l'hôpital, qu'il était désolé [TRADUCTION] «de ce qu'il avait fait» (je souligne). Cette affirmation a fait l'objet d'un contre-interrogatoire serré, mais le témoin est demeuré inébranlable:

[TRADUCTION]

Q. Et vous avez affirmé que M. Brooks avait dit «Je suis désolé, je suis désolé de ce que j'ai fait»?

R. Oui monsieur.

Q. Maintenant, ce n'est pas tout ce que M. Brooks a dit, n'est-ce pas?

R. C'est exactement ce que M. Brooks a dit.

Q. Il a dit «Je suis désolé»?

R. Non, désolé, il a dit qu'il était désolé, qu'il était désolé de ce qu'il avait fait.

. . .

Q. Je suppose que vous étiez terriblement affectée par le décès de votre fille?

R. Oui monsieur.

Q. Et quelqu'un vous a simplement dit «Je suis désolé de ce que j'ai fait», et vous avez dit «Merci»?

R. Non, je n'ai pas dit merci.

Q. Ou vous regardiez droit devant vous?

R. Je ne sais pas à quoi je pensais monsieur, mais je me souviens de n'avoir rien dit.

Q. Madame Johnings, c'est un mensonge?

R. Non, monsieur.

Q. Ce que Fred vous a dit, plus d'une fois, à voix basse, parfois du bout des lèvres, c'est seulement «Je suis désolé»?

A. No sir.

Q. That's all he said is "I'm sorry"?

A. No sir.

Q. And he said that because what would you expect him to say when he finds out that your daughter's dead?

A. He said more than that sir.

The sting of these statements depended on what interpretation the jury placed on them, but it is evident from the jury's verdict that its members believed the mother's version of events and disbelieved the respondent's, and that the reference to "what he had done" was taken to refer to his treatment of Samantha that had resulted in her death.

2. Verdict of Sexual Assault

It was not disputed that the appellant was the only male who had access to the child on the day that she was murdered. The jury was instructed that in order to return a verdict of first degree murder, which the jury did, "you must be satisfied beyond a reasonable doubt that in addition to everything required for second degree murder, the accused caused the death of Samantha Johnings *while committing or attempting to commit the sexual assault*" (emphasis added). While the DNA results were inconclusive, there is no doubt that male semen was present in the dead child's anus and in her vagina. The uncontradicted evidence was that Samantha had been bathed on both December 12 and 13, and the expert evidence was that the bathing combined with the bacterial environment of a child in diapers would tend to degrade the sperm quickly. The only persons (male or female) with access to Samantha between the time she was put to bed and the time she was discovered dead were the mother and the respondent. The mother testified that she saw the respondent in Samantha's bedroom at 2:00 a.m. on the morning of her death, wrapping the child in a blanket. The jury clearly rejected the possibility that the sperm had been picked up from the blanket, and this rejection was supported by Dr. Rao's evidence that semen would be highly unlikely to migrate into the vagina from simple contact of the child's outer

R. Non monsieur.

Q. C'est tout ce qu'il a dit «Je suis désolé»?

R. Non monsieur.

Q. Et c'est ce qu'il a dit parce que c'était la seule chose à dire en apprenant la mort de votre fille?

R. Il en a dit davantage monsieur.

La force de ces déclarations dépendait de leur interprétation par le jury, mais il ressort clairement du verdict prononcé par les membres du jury que ceux-ci ont ajouté foi à la version des faits de la mère et n'ont pas cru l'intimé, et qu'ils ont considéré que la mention de [TRADUCTION] «ce qu'il avait fait» s'entendait du traitement qu'il avait infligé à Samantha et qui avait causé son décès.

2. Le verdict relatif à l'agression sexuelle

Aucune des parties n'a contesté que l'appellant était le seul homme qui avait eu accès auprès de l'enfant le jour où elle a été assassinée. Le jury a été informé que, pour rendre un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, qu'il a effectivement rendu, [TRADUCTION] «vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que, en plus de tous les éléments requis pour qu'il y ait meurtre au deuxième degré, l'accusé a causé la mort de Samantha Johnings *en perpétrant ou en tentant de perpétrer l'agression sexuelle*» (italiques ajoutées). Bien que l'analyse de l'ADN n'ait pas été concluante, il ne fait aucun doute qu'il y avait du sperme dans l'anus et le vagin de l'enfant décédée. La preuve non contredite indiquait que Samantha avait été baignée les 12 et 13 décembre et, d'après la preuve d'expert, le bain et les bactéries auxquelles est exposé un enfant qui porte la couche contribueraient à détériorer le sperme rapidement. Les seules personnes (hommes ou femmes) qui ont eu accès auprès de Samantha entre le moment où elle a été mise au lit et celui où elle a été trouvée sans vie sont la mère et l'intimé. La mère a témoigné avoir vu l'intimé envelopper Samantha dans une couverture, à 2 h du matin le jour du décès, alors qu'il se trouvait dans la chambre de l'enfant. Le jury a clairement écarté la possibilité que le sperme ait provenu de la couverture, ce qui était étayé par le témoignage du Dr Rao selon

body with a semen stain deposited on bedding at an earlier time. The respondent's grey track pants revealed deposits of Samantha's blood and the respondent's semen, as well as some residue thought to be Samantha's fruit juice. The evidence of Constable Bennett and the mother tended to confirm that the respondent was wearing his grey track pants at the time of Samantha's murder. The notion that another male slipped into the child's bedroom and committed the sexual assault just before or after the mother committed the murder has no support in the evidence.

lequel il était fort improbable que du sperme ait pénétré dans le vagin de l'enfant au seul contact de sa peau avec une tache de sperme qui se trouvait déjà sur la literie. On a trouvé du sang de Samantha et du sperme de l'intimé sur le pantalon de survêtement gris de ce dernier, de même que ce qui semblait être des résidus du jus de fruits de Samantha. Le témoignage de l'agent Bennett et de la mère tendait à confirmer que l'intimé portait son pantalon de survêtement gris au moment du meurtre de l'enfant. La preuve n'étaye aucunement l'idée qu'un autre homme s'est introduit dans la chambre de l'enfant et a commis l'agression sexuelle juste avant ou après que la mère eut commis le meurtre.

142 My colleague Major J. draws attention to matters in the record that *could* have raised a reasonable doubt in the jurors' minds regarding the sexual assault, but it is clear that at the actual trial they did not do so. The point here is that in order to find the respondent guilty of first degree murder the jury not only had to entirely reject the respondent's evidence but had to accept the circumstantial evidence of sexual assault by the respondent that did not depend on the jailhouse confession supplied by Balogh and King. I cannot believe that a jury that was prepared to conclude that the respondent was guilty of sex with the 19-month-old girl at the time of her murder would have reached a different conclusion because of a warning to treat with caution the evidence of Balogh and King of *non*-sexual physical violence on the night in question.

Mon collègue le juge Major signale des éléments du dossier qui auraient *pu* faire naître dans l'esprit des jurés un doute raisonnable concernant l'agression sexuelle, mais il est clair que ces éléments n'ont pas eu cet effet au procès. Il reste que, pour déclarer l'intimé coupable de meurtre au premier degré, le jury devait non seulement écarter totalement la preuve offerte par l'intimé, mais également retenir la preuve circonstancielle d'une agression sexuelle par l'intimé qui n'avait rien à voir avec l'aveu d'un codétenu rapporté par Balogh et King. Je ne puis croire qu'un jury disposé à conclure que l'intimé était coupable d'avoir agressé sexuellement une fillette de 19 mois au moment du meurtre de celle-ci serait arrivé à une conclusion différente s'il avait été prévenu de traiter avec circonspection le témoignage de Balogh et de King concernant les actes de violence physique de caractère *non* sexuel survenus la nuit en question.

3. Respondent's Relationship with the Victim

3. Les rapports de l'intimé avec la victime

143 There was already ample evidence from Samantha's relatives on the issue of the respondent's pattern of violence towards Samantha, albeit not in relation to the night of her murder. The respondent himself acknowledged that there were bruise marks close to Samantha's vaginal area when he bathed her earlier that day, but he said he did not know where they came from. The respondent's suggestion that the mother, Norma Jean, in a fury murdered her own child was not consistent

Des membres de la famille de Samantha avaient déjà amplement témoigné que l'intimé avait l'habitude d'être violent dans ses rapports avec Samantha, même s'ils ne l'avaient pas fait relativement à la nuit où celle-ci a été assassinée. L'intimé a lui-même reconnu que Samantha avait des contusions près de son vagin lorsqu'il l'avait baignée plus tôt ce jour-là, mais il a dit en ignorer la cause. L'idée de l'intimé voulant que ce fut la mère, Norma Jean, qui dans un accès de colère avait tué son pro-

with the respondent's own statement to the police that the mother did *not* have a bad temper:

Q. She's got a bad temper?

A. Norma, ah, no.

Q. No?

A. Nope.

Q. You've never seen her blow her cool?

A. No.

Q. How about you, do you blow your cool?

A. Ah, I try to hold it in and that there, cause I get frustrated a lot, and I'll just hold it in instead of exploding, cause if I explode, I get myself into trouble, so I, hold it in.

Although the mother was criticized for lack of parenting skills and some inappropriate discipline of Samantha (who was given to the occasional tantrum and flailing of arms and legs), all of the witnesses, including the respondent, agreed that she loved Samantha and that the child was well nourished and thriving. There was no evidence of any significant physical injuries inflicted at any time by the mother. Her expressed concern to the ambulance attendant that she might have hurt or even killed her baby was in the context of talking about thumping the baby's back in a futile effort to revive the child after she was found comatose in her crib, i.e., after she was already dead. The respondent, on the other hand, was said to have inflicted several injuries on Samantha in their short period of cohabitation in exasperation because of her crying, including picking the child up and throwing her about a metre into the wooden base of a couch with a "heavy thud" a few weeks before the murder. The jury heard that Samantha had a crying fit the night of her murder.

4. A Vetrovec Warning Would Likely Have Been Accompanied by a Review of the Corroborative Evidence

pre enfant n'était pas compatible avec sa propre déclaration aux policiers selon laquelle la mère n'avait *pas* mauvais caractère:

[TRANSDUCTION]

Q. Elle a mauvais caractère?

R. Norma, euh, non.

Q. Non?

R. Non.

Q. Vous ne l'avez jamais vue perdre son sang-froid?

R. Non.

Q. Et vous, est-ce qu'il vous arrive de perdre votre sang-froid?

R. Eh bien, j'essaie de rester calme, parce que je deviens très frustré, et je me retiens simplement au lieu d'exploser, car si j'explose, je m'attire des ennuis, donc je me retiens.

Même si on a reproché à la mère son inhabileté à s'acquitter de ses responsabilités de mère et certaines corrections inappropriées infligées à Samantha (qui avait tendance à piquer des crises de colère et à devenir agitée), tous les témoins, y compris l'intimé, ont convenu qu'elle aimait Samantha et que l'enfant était bien nourrie et en bonne santé. Il n'y avait aucune preuve que des blessures importantes avaient été infligées par la mère à quelque moment que ce soit. Lorsqu'elle a dit à l'ambulancier qu'elle craignait d'avoir blessé et même tué son bébé, elle racontait alors qu'elle avait tenté vainement de le réanimer en lui donnant des tapes dans le dos après l'avoir trouvé comateux dans son lit, c'est-à-dire au moment où il était déjà mort. Par contre, on avait dit que, pendant sa courte période de cohabitation avec Norma Jean, l'intimé avait infligé plusieurs blessures à Samantha parce que ses pleurs l'exaspéraient. Quelques semaines avant le meurtre, il aurait notamment projeté l'enfant sur une distance d'environ un mètre contre l'armature en bois d'un divan, et [TRANSDUCTION] un «grand bruit sourd» aurait alors été entendu. On a dit au jury que Samantha avait fait une crise de larmes la nuit où elle a été assassinée.

4. Une mise en garde de type Vetrovec aurait vraisemblablement été assortie d'un examen de la preuve corroborante

144 Consideration of the likely impact of the failure to give a *Vetrovec* warning must also be qualified by the trial judge's undoubted discretion to bring to the jury's attention other evidence capable of corroborating the testimony of Balogh and King, specifically their knowledge of some details of the respondent's relationship with the mother and Samantha and some details of the child's injuries which the jury might think would be unlikely to be known to Balogh and King unless told to them by the respondent. As stated, the respondent was not entitled to a trial free of the evidence of Balogh and King. He was entitled only to a *Vetrovec* warning, which in this case would have been a mixed blessing, as defence counsel perhaps acknowledged by his lack of objection to the trial judge's failure to deliver a *Vetrovec* warning.

5. Lack of Objection by the Defence

145 While the Crown correctly concedes that lack of objection does not foreclose the right of the respondent to a proper instruction by the trial judge on the issue of jailhouse confessions, such failure usefully indicates the absence of prejudice in the professional opinion of experienced counsel who was retained to protect the interests of the accused and who was fully alive to the atmosphere and dynamics of the trial. The position taken by defence counsel in that sense is properly considered as a factor in the application of the curative provision.

6. An Otherwise Favourable Jury Instruction

146 Finally, while the jury charge was insufficient to constitute a proper *Vetrovec* warning, it laid out other issues very fairly, many of them in a manner favourable to the respondent.

147 For these reasons, I conclude that the failure of the trial judge to give a *Vetrovec* warning was an

L'analyse de l'incidence probable de l'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* doit aussi tenir compte du pouvoir discrétionnaire incontestable du juge du procès d'attirer l'attention du jury sur d'autres éléments de preuve susceptibles de corroborer le témoignage de Balogh et de King, notamment leur connaissance de certains détails des rapports de l'intimé avec Samantha et la mère de cette dernière, de même que certains détails des blessures infligées à l'enfant qui, d'après ce que le jury pourrait croire, ne seraient probablement pas connus de Balogh et King s'ils ne leur avaient pas été communiqués par l'intimé. Comme nous l'avons vu, l'intimé n'avait pas droit à un procès dépourvu du témoignage de Balogh et de King. Il n'avait droit qu'à une mise en garde de type *Vetrovec* qui, en l'espèce, aurait comporté à la fois des avantages et des désavantages, ce qui pourrait expliquer pourquoi l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'omission du juge du procès de la faire.

5. L'absence d'objection de la part de la défense

Même si le ministère public reconnaît à juste titre qu'elle n'a pas pour effet de priver l'intimé de son droit à ce que le juge du procès donne des directives appropriées sur la question des aveux faits par un codétenu, l'absence d'objection de la part de l'avocat expérimenté dont les services avaient été retenus pour protéger les intérêts de l'accusé et qui était parfaitement conscient de l'atmosphère et de la dynamique du procès reflète utilement son avis professionnel qu'aucun préjudice ne résultait. Ainsi, la position adoptée à cet égard par l'avocat de la défense est à juste titre considérée comme un facteur qui entre en jeu dans l'application de la disposition réparatrice.

6. Des directives au jury par ailleurs favorables

Enfin, même si l'exposé au jury n'était pas suffisant pour constituer une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée, d'autres questions y ont été présentées d'une manière très équitable et souvent favorable à l'intimé.

Pour ces motifs, je conclus que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde de type

error of law, but that there is no *reasonable* possibility the jury would have rendered a different verdict had the proper warning been given. The Crown bears a heavy onus in seeking the application of the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) but, for the reasons given, it is my view that justice does not require a new trial on the particular facts of this case. The appeal should therefore be allowed and the respondent's conviction and sentence restored.

Appeal allowed, IACOBUCCI, MAJOR and ARBOUR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: Irwin Koziemrocki, Toronto.

Vetrovec constituait une erreur de droit, mais qu'il n'existe aucune possibilité *raisonnable* que le jury eût rendu un verdict différent si la mise en garde appropriée avait été faite. Un lourd fardeau incombe au ministère public lorsqu'il cherche à faire appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iii), mais pour les motifs déjà exposés, j'estime que, d'après les faits de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de tenir un nouveau procès pour que justice soit rendue. Il y a donc lieu d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité et la peine de l'intimé.

Pourvoi accueilli, les juges IACOBUCCI, MAJOR et ARBOUR sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: Irwin Koziemrocki, Toronto.