

Guy Paul Morin Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. V. MORIN

File No.: 20449.

1988: June 30; 1988: November 17.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson,
Le Dain*, La Forest and Sopinka JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge misdirected jury as to burden of proof — Whether standard of proof beyond reasonable doubt applied to individual pieces of evidence.

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether jury's deliberations involve a two-stage process: the "fact finding" stage and the "verdict" stage — Whether trial judge should instruct jurors to apply standard of proof beyond reasonable doubt at each stage.

Criminal law — Charge to jury — Psychiatric evidence — Evidence tending to show accused's propensity to commit crime — Crown seeking to refer to the psychiatric evidence on the issue of identity — Whether trial judge should have directed the jury to consider the psychiatric evidence on the issue of the identity of the killer.

Evidence — Psychiatric evidence — Admissibility — Evidence tending to show accused's propensity to commit crime — Crown seeking to refer to the psychiatric evidence on the issue of identity — Whether psychiatric evidence admissible if tendered by the Crown — Whether evidence relevant on the issue of identity — Whether evidence admissible as evidence of similar facts.

Criminal law — Appeal from an acquittal — Trial judge misdirected jury as to burden of proof — Crown's duty to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed — New trial ordered by Court of Appeal — Whether Crown had discharged the onus.

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Guy Paul Morin Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. C. MORIN

N° du greffe: 20449.

1988: 30 juin; 1988: 17 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et Sopinka.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury quant à la charge de la preuve? — La norme de preuve hors de tout doute raisonnable a-t-elle été appliquée aux éléments de preuve individuels?

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Y a-t-il deux étapes dans les délibérations du jury: l'étape de la «recherche des faits» et l'étape du «verdict»? — Le juge du procès doit-il dire aux jurés d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à chaque étape?

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve psychiatrique — Preuve tendant à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime — Tentative de la poursuite de recourir à la preuve psychiatrique relativement à la question de l'identité — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury d'examiner la preuve psychiatrique sur la question de l'identité du meurtrier?

Preuve — Preuve psychiatrique — Admissibilité — Preuve tendant à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime — Tentative de la poursuite de recourir à la preuve psychiatrique relativement à la question de l'identité — La preuve psychiatrique est-elle admissible si elle est présentée par la poursuite? — La preuve est-elle pertinente relativement à la question de l'identité? — La preuve est-elle admissible en tant que preuve de faits similaires?

Droit criminel — Appel d'un acquittement — Directives erronées quant à la charge de la preuve — Obligation de la poursuite de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — La poursuite s'était-elle acquittée de son obligation?

* Le juge Le Dain n'a pas pris part au jugement.

Practice — Supreme Court of Canada — Introduction of fresh evidence — Procedure to follow.

The appellant was acquitted on a charge of first degree murder of a nine-year-old girl. On appeal, the Court of Appeal unanimously found (1) that the trial judge erred in his charge when he invited the jury to apply the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt to individual pieces of evidence; and (2) that he ought to have directed the jury that certain evidence elicited on the Crown's examination of the defence psychiatrist, tending to show that both the perpetrator and the appellant shared abnormal traits, was relevant on the issue of identity. The Court also rejected appellant's application to admit fresh evidence, in affidavit form, of the psychiatrist's explanation of the answers given on examination. This fresh evidence supported the contention that the evidence was not relevant on the issue of identity. In light of the seriousness of the errors, the majority of the Court of Appeal ordered a new trial. In this Court, the appellant submitted that the charge, when read as a whole, did not invite a piecemeal examination of the evidence and that the Court of Appeal failed to recognize a two-stage process in the deliberation of the jury, each of which attracts the application of the doctrine of reasonable doubt. The appellant submitted that in the "fact finding" stage, the evidence must be examined in relation to the other evidence but, having been so examined, it must individually meet the test of proof beyond a reasonable doubt. At the verdict stage, the jury looks at all the evidence which it has accepted and determines whether this evidence as a whole establishes the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. He also submitted that the evidence of the psychiatrist on examination did not establish the necessary nexus between the perpetrator and the appellant to be admissible, if such evidence is ever admissible for the prosecution; and finally, that the Court of Appeal erred in dismissing his application to admit fresh evidence.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and McIntyre, La Forest and Sopinka JJ.: It is misdirection to instruct the jury to apply the standard of reasonable doubt to individual pieces of evidence. In this case, the jury would likely have concluded from the trial judge's charge read as a whole that, in examining the evidence, they were to give the appellant the benefit of the doubt in respect of any evidence. The effect of the misdirection may very well

Pratique — Cour suprême du Canada — Présentation d'une nouvelle preuve — Procédure applicable.

L'appellant a été acquitté du meurtre au premier degré d'une fillette de neuf ans. En appel, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité (1) que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé lorsqu'il a invité le jury à appliquer la norme de preuve criminelle hors de tout doute raisonnable à des éléments de preuve individuels; et (2) qu'il aurait dû dire au jury que certains éléments de preuve tirés de l'interrogatoire d'un psychiatre de la défense par la poursuite, tendant à démontrer que l'auteur du crime et l'appellant partageaient des traits de caractère anormaux, étaient pertinents relativement à la question de l'identité. La Cour a également rejeté la demande présentée par l'appellant pour faire admettre une nouvelle preuve sous forme d'affidavit dans laquelle le psychiatre expliquait les réponses données à l'interrogatoire. Cette dernière appuyait l'argument que la preuve n'était pas pertinente relativement à la question de l'identité. Compte tenu de la gravité des erreurs, la Cour d'appel à la majorité a ordonné la tenue d'un nouveau procès. En cette Cour, l'appellant a allégué que l'exposé, lu dans son ensemble, n'invitait pas à un examen de la preuve élément par élément et que la Cour d'appel n'a pas reconnu l'existence d'un processus en deux étapes dans les délibérations du jury, dont chacune commande l'application de la doctrine du doute raisonnable. L'appellant a allégué qu'à l'étape de la «recherche des faits» les éléments de preuve doivent être examinés les uns par rapport aux autres mais, après cet examen, chacun doit, individuellement, passer le test de la preuve hors de tout doute raisonnable. À l'étape du verdict, le jury examine tous les éléments de preuve qu'il a retenus et détermine si ces éléments, dans leur ensemble, établissent la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Il a également allégué que les éléments de preuve tirés de l'interrogatoire du psychiatre n'établissaient pas le lien nécessaire entre l'auteur du crime et l'appellant pour qu'ils soient admissibles, si tant est qu'ils le soient pour la poursuite et, enfin, que la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant sa demande de production d'une nouvelle preuve.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, La Forest et Sopinka: Constitue une directive erronée que de dire au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à des éléments de preuve individuels. En l'espèce, l'exposé du juge du procès lu dans son ensemble aurait vraisemblablement amené le jury à conclure qu'en examinant la preuve il devait accorder à l'appellant le bénéfice du doute à l'égard de

have been that the jury examined evidence that was crucial to the Crown's case in bits and pieces. Standing alone or pitted against the evidence of the appellant without the support of other evidence, much of this evidence might have been discarded. When the jury came to consider the Crown's case as a whole there may not have been very much left of it. This scenario is a very likely one and the charge therefore constituted a serious misdirection.

It is also misdirection to instruct the jury to apply the criminal standard at two stages as submitted. The two-stage application of the criminal standard is wrong in principle because the function of a standard of proof is not the weighing of individual items of evidence but the determination of ultimate issues. Furthermore, it would require the individual member of the jury to rely on the same facts in order to establish guilt. The law is clear on this point: the members of the jury can arrive at their verdict by different routes and need not rely on the same facts. Indeed, the jurors need not agree on any single fact except the ultimate conclusion. During the process of deliberation, the jury must consider the evidence as a whole and determine whether guilt is established by the prosecution beyond a reasonable doubt. This of necessity requires that each element of the offence or issue be proved beyond a reasonable doubt. Beyond this injunction, it is for the trier of fact to determine how to proceed and a trial judge should not lay down additional rules for the weighing of the evidence. But there are two exceptions: (1) a jury should be instructed that the facts are not to be examined separately and in isolation with reference to the criminal standard; and (2) where issues of credibility arise between the evidence for the prosecution and the defence, the jury should be charged that it is not necessary for them to believe the defence evidence on a vital issue but that it is sufficient if it, viewed in the context of all the evidence, leaves them in a state of reasonable doubt as to the accused's guilt.

The trial judge was right in instructing the jury that the evidence elicited on the Crown's examination of the defence psychiatrist was inadmissible as proof of identity. The Court of Appeal erred in directing a new trial on this ground. Conduct tending to establish that the appellant is a member of an abnormal group with the same propensities as the perpetrator is insufficient to render the evidence admissible as similar fact evidence. There

toute preuve. Il est très possible que la directive erronée ait amené le jury à examiner de façon fragmentée des éléments de preuve qui étaient décisifs pour la poursuite. Pris isolément ou comparés au témoignage de l'appellant sans l'appui d'autres témoignages, plusieurs de ces éléments de preuve ont pu être écartés. Lorsque le jury est arrivé à l'examen de la preuve de la poursuite prise dans son ensemble, il se peut qu'il n'en soit pas resté grand-chose. Cette situation est très vraisemblable et l'exposé constituait donc une directive erronée aux conséquences sérieuses.

Constitue également une directive erronée que de dire au jury d'appliquer la norme en matière criminelle aux deux étapes, comme on l'a allégué. L'application en deux étapes de la norme en matière criminelle est erronée en principe parce que le rôle d'une norme de preuve n'est pas de permettre l'appréciation des éléments de preuve individuels, mais de rendre une décision sur des questions finales. De plus, il faudrait que chacun des jurés se fonde sur les mêmes faits pour établir la culpabilité. Le droit est clair sur ce point: les jurés peuvent arriver à leur verdict par des moyens différents et ils ne sont pas tenus de se fonder sur les mêmes faits. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que les jurés soient d'accord sur chaque fait individuel, pourvu qu'ils le soient sur la conclusion finale. Pendant les délibérations, le jury doit examiner la preuve comme un tout et décider si la poursuite a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cela exige nécessairement que chaque élément de l'infraction ou du point en litige ait été prouvé hors de tout doute raisonnable. Cette exigence mise à part, il appartient au juge des faits de décider comment procéder et le juge du procès ne devrait pas imposer de règles supplémentaires pour l'appréciation de la preuve. Il y a toutefois deux exceptions: (1) on devrait dire au jury que les faits ne doivent pas être examinés séparément et isolément en regard de la norme en matière criminelle; et (2) lorsqu'il se pose des questions de crédibilité entre la preuve à charge et à décharge, il convient de dire au jury qu'il n'est pas nécessaire qu'il croie la preuve à décharge sur une question fondamentale, mais qu'il suffit que, considérée dans le contexte de toute la preuve, elle le laisse dans un état de doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Le juge du procès a eu raison de dire au jury que la preuve obtenue au cours de l'interrogatoire du psychiatre de la défense par la poursuite n'était pas admissible comme preuve de l'identité. La Cour d'appel a erré en ordonnant un nouveau procès pour ce motif. Une conduite tendant à établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal qui a les mêmes propensions que l'auteur du crime ne suffit pas pour rendre la preuve

must be some further distinguishing features. The proffered evidence must tend to show that there was some striking similarity between the manner in which the perpetrator committed the criminal act and such evidence. Apart from that requirement, such evidence will also be excluded if its prejudicial effect overbears its probative value.

The admission of psychiatric evidence tendered by the Crown tending to show disposition should be subject to the same test. Accordingly, it is only admissible where it is relevant to an issue in the case apart from its tendency to show disposition and, if it is relevant to that issue, where its probative value outweighs its prejudicial effect. If the evidence sole relevance or primary relevance is to show disposition, then the evidence must be excluded. In order to be relevant on the issue of identity, the evidence must tend to show that the accused shared a distinctive unusual behavioural trait with the perpetrator of the crime. The trait must be sufficiently distinctive that it operates virtually as a badge or mark identifying the perpetrator. In this case, the fact that the appellant was a member of an abnormal group, some of whose members have the unusual behavioural characteristics shown to have been possessed by the perpetrator, was not sufficient.

Given the conclusion with respect to the second ground, the ground of appeal relating to the Court of Appeal's refusal to permit the introduction of fresh evidence need not be considered. Nevertheless, a party who intends to introduce fresh evidence in the argument of an appeal in this Court should apply by motion to this Court for an order admitting the new evidence. The application should be supported by an affidavit establishing the pre-conditions for the reception of such evidence. If this procedure is adopted when the Court of Appeal has refused to hear the evidence, a motion can be made to this Court in advance of the appeal to determine whether it will hear the evidence. Nothing is gained by making the Court of Appeal's refusal a ground of appeal since the criteria for admissibility of the evidence are precisely the same in this Court as in the Court of Appeal.

On an appeal from an acquittal, it is the duty of the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed. The burden is a heavy one and the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. The charge with respect to the burden of proof lays down for the jury one of the most fundamental rules of criminal trial process. If the jury accepted

admissible en tant que preuve de faits similaires. Il doit y avoir d'autres caractéristiques distinctives. La preuve offerte doit tendre à démontrer qu'il y a des similitudes frappantes entre la manière dont l'auteur du crime a commis l'acte criminel et cette preuve. Indépendamment de cette exigence, cette preuve sera aussi exclue si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante.

Il faut soumettre au même test l'admission d'une preuve psychiatrique présentée par la poursuite qui tend à démontrer une disposition. Par conséquent, elle n'est admissible que si elle est pertinente relativement à un point litigieux de l'affaire, indépendamment de sa tendance à démontrer une disposition, et, si elle est pertinente relativement à ce point, lorsque sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable. Si l'unique pertinence ou la pertinence principale de la preuve est de démontrer une disposition, alors il faut exclure la preuve. Pour être pertinente relativement à la question de l'identité, la preuve doit tendre à démontrer que l'accusé partageait avec l'auteur du crime un trait de comportement distinctif inhabituel. Le trait doit être distinctif au point d'agir presque comme une étiquette ou une marque qui identifie l'auteur du crime. En l'espèce, l'appartenance de l'appelant à un groupe anormal dont certains membres présentent des caractéristiques de comportement inhabituelles que possédait l'auteur du crime, n'est pas suffisante.

Vu la conclusion sur le second moyen, il est inutile d'examiner le moyen d'appel portant sur le refus de la Cour d'appel de permettre la présentation d'une nouvelle preuve. Néanmoins, une partie, qui a l'intention de présenter une nouvelle preuve au cours des plaidoiries dans un pourvoi devant cette Cour, devrait présenter à cette Cour une requête en recevabilité d'une nouvelle preuve. La requête devrait être appuyée d'un affidavit établissant les conditions préalables à la réception de cette preuve. Si cette procédure est adoptée quand la Cour d'appel a refusé de recevoir la preuve, on peut, par requête adressée à cette Cour avant l'audition du pourvoi, lui demander si elle la recevra. On ne gagne rien à faire du refus de la Cour d'appel un moyen d'appel puisque les critères d'admissibilité de la preuve sont exactement les mêmes en cette Cour et en Cour d'appel.

En appel d'un acquittement, la poursuite a l'obligation de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées. Il s'agit d'une lourde charge et la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. L'exposé sur la charge de la preuve présente au jury une des règles les plus fondamentales du procès criminel. Si le jury a accepté la directive et

the instruction and examined the evidence separately, subjecting each item to the standard of proof beyond a reasonable doubt, then the whole process of decision was distorted and there was no proper trial of the appellant. Therefore, the Crown discharged the onus. Given the cogency of the evidence, there was the requisite degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same if the proper instruction had been given.

Per Lamer and Wilson JJ.: Reasonable doubt plays two distinct roles in the criminal trial process. First, at the primary level, the facts upon which the jury rely in order to arrive at a determination of guilt must be established beyond a reasonable doubt. This means that the jury must be satisfied, within the context of all the facts of the case, that each of the facts they rely on for a finding of guilt has been proved beyond a reasonable doubt. After looking at the context of all the facts, if the jury still has a reasonable doubt about a particular fact, this doubt must be resolved in favour of the accused and that piece of evidence rejected. At the second level, reasonable doubt operates in the determination of guilt or innocence. The jury must look at the totality of the evidence and determine whether on the proved facts, i.e., on those facts which have survived the scrutiny at the primary level, the accused is guilty. If there remains a reasonable doubt as to the accused's guilt, the doubt must be resolved in favour of the accused and a verdict of not guilty entered.

In this case, while the trial judge was correct to direct the jury not to use facts that were not proved beyond a reasonable doubt in order to found a conviction, he erred in suggesting that each fact should be assessed in isolation from the others. The trial judge should have instructed the jury that in their ultimate determination of guilt they could rely only on facts which, when assessed in the context of all the facts, they found to have been proved beyond a reasonable doubt; that they must not make a finding of guilt on doubtful facts; and, that facts, which might seem doubtful when viewed in isolation, might become completely credible against the backdrop of all the other facts.

The Court of Appeal erred also on this point when it indicated that the only thing that must be proved beyond a reasonable doubt was the guilt of the accused. The implication of the Court of Appeal's judgment is that the facts underlying this conclusion do not themselves need to be proved beyond a reasonable doubt. This is wrong. It gives the jury no guidance as to what standard of proof it must apply to the "fact finding" exercise. In the absence of direction they might apply a

examiné les éléments de preuve séparément, soumettant chacun à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable, alors tout le processus de décision a été faussé et l'appelant n'a pas eu un procès régulier. Par conséquent, la poursuite s'est acquittée de la charge qui lui incombait. Étant donné la force de la preuve, la Cour a le degré requis de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si la directive appropriée avait été donnée.

Les juges Lamer et Wilson: Le doute raisonnable joue deux rôles distincts dans un procès criminel. D'abord, au premier niveau, les faits sur lesquels se fonde le jury pour arriver à un verdict de culpabilité doivent être établis hors de tout doute raisonnable. Cela signifie que le jury doit être convaincu, dans le contexte de tous les faits de la cause, que chacun des faits sur lesquels il se fonde pour conclure à la culpabilité a été prouvé hors de tout doute raisonnable. Si, après avoir examiné le contexte de tous les faits, le jury a encore un doute raisonnable sur un fait particulier, ce doute doit profiter à l'accusé et cet élément de preuve doit être rejeté. Au second niveau, le doute raisonnable joue un rôle dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Le jury doit examiner la totalité de la preuve et déterminer si, suivant les faits établis, c.-à-d. suivant les faits qui ont résisté à l'examen au premier niveau, l'accusé est coupable. S'il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, le doute doit profiter à l'accusé et il faut inscrire un verdict de non-culpabilité.

En l'espèce, bien que le juge du procès ait eu raison de dire au jury de ne pas utiliser de faits qui n'étaient pas établis hors de tout doute raisonnable pour rendre un verdict de culpabilité, il a commis une erreur en indiquant que chaque fait devait être apprécié isolément. Il aurait dû dire au jury que, dans sa conclusion finale de culpabilité, il ne pouvait se fonder que sur des faits qui, lorsqu'ils étaient appréciés dans le contexte de tous les faits, avaient selon lui été prouvés hors de tout doute raisonnable; qu'il ne devrait pas tirer une conclusion de culpabilité de faits douteux et que des faits qui pourraient sembler douteux pris isolément pouvaient devenir tout à fait crédibles en regard de la toile de fond des autres faits.

La Cour d'appel a également commis une erreur sur ce point lorsqu'elle a indiqué que la seule chose qui devait être prouvée hors de tout doute raisonnable était la culpabilité de l'accusé. Le jugement de la Cour d'appel a clairement comme conséquence que les faits qui sous-tendent cette conclusion n'ont pas eux-mêmes à être prouvés hors de tout doute raisonnable. C'est faux. Cela ne fournit au jury aucune indication quant à la norme de preuve qu'il doit appliquer à l'exercice de la

balance of probabilities or even less stringent test. The jury must be instructed that in making a determination as to the guilt of the accused they must have resort only to facts which, when assessed in the context of all the facts, have been proved to their satisfaction beyond a reasonable doubt.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Stewart v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 748; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 485; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, aff'g (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (Sask. C.A.); *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353; *Thomas v. The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Glynn* (1971), 5 C.C.C. (2d) 364; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (Ont. C.A.), aff'd [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *R. v. Speid* (1985), 20 C.C.C. (3d) 534; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Lynch, Malone and King* (1978), 40 C.C.C. (2d) 7; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Agbim*, [1979] *Crim. L.R.* 171.

By Wilson J.

Applied: *Chamberlain v. The Queen*, [1984] 58 A.L.J.R. 133; **referred to:** *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353.

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 21 O.A.C. 38, 36 C.C.C. (3d) 50, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

«recherche des faits». En l'absence de directive, il pourrait appliquer la norme de prépondérance des probabilités ou un critère encore moins sévère. Il faut dire au jury que, dans l'examen de la culpabilité de l'accusé, il doit utiliser seulement les faits qui, évalués dans le contexte de tous les faits, ont été établis à sa satisfaction hors de tout doute raisonnable.

Jurisprudence

^b Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Stewart c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 748; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), conf. [1985] 2 R.C.S. 485; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, conf. (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Sask.); *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353; *Thomas v. The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Glynn* (1971), 5 C.C.C. (2d) 364; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (C.A. Ont.), conf. [1977] 2 R.C.S. 824; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *R. v. Speid* (1985), 20 C.C.C. (3d) 534; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. v. Lynch, Malone and King* (1978), 40 C.C.C. (2d) 7; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Agbim*, [1979] *Crim. L.R.* 171.

Citée par le juge Wilson

^g **Arrêt appliqué:** *Chamberlain v. The Queen*, [1984] 58 A.L.J.R. 133; **arrêts mentionnés:** *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353.

Doctrine citée

^h Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

ⁱ Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 21 O.A.C. 38, 36 C.C.C. (3d) 50, qui a accueilli l'appel de la poursuite contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation de meurtre au premier degré et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Clayton Ruby and Michael Code, for the appellant.

David Fairgrieve and Laurie Vechter, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, La Forest and Sopinka J.J. was delivered by

SOPINKA J.—This case illustrates once again the hazards in attempting to amplify the application of the principle that in a criminal case all elements of the charge must be proved by the prosecution beyond a reasonable doubt.

On February 7, 1986, Guy Paul Morin was acquitted on a charge of first degree murder of Christine Jessop, allegedly committed between October 2, 1984 and January 1, 1985.

The appellant entered a plea of not guilty at trial. His position was that he was not the killer, but in the alternative, if he was the killer he was not guilty by reason of insanity.

The evidence at trial was reviewed in some detail in the reasons of the Court of Appeal, now reported at (1987), 36 C.C.C. (3d) 50 (Ont.), and need not be repeated here.

The Crown appealed the acquittal to the Court of Appeal on the basis of two alleged errors in the charge to the jury. The Court of Appeal was unanimous that the jury had been misdirected in the following respect:

(i) Standard of Proof

The trial judge invited the jury to apply the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt to individual pieces of evidence.

(ii) Psychiatric Evidence

That the trial judge ought to have directed the jury that certain evidence elicited on examination from a defence psychiatrist, Dr. Orchard, tending to show that both the perpetrator and the appellant shared abnormal traits, was relevant on the issue of identity.

Clayton Ruby et Michael Code, pour l'appellant.

David Fairgrieve et Laurie Vechter, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, La Forest et Sopinka rendu par

LE JUGE SOPINKA—La présente affaire illustre encore une fois les dangers que comporte la tentative d'étendre l'application du principe que, dans une affaire criminelle, la poursuite doit prouver tous les éléments de l'accusation hors de tout doute raisonnable.

Le 7 février 1986, Guy Paul Morin a été acquitté du meurtre au premier degré de Christine Jessop, meurtre qui aurait été commis entre le 2 octobre 1984 et le 1^{er} janvier 1985.

Au procès, l'appellant a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité. Il a affirmé qu'il n'était pas le meurtrier, mais que, subsidiairement, s'il l'était, il n'était pas coupable pour cause d'aliénation mentale.

Les éléments de preuve offerts au procès ont été examinés assez en détail dans les motifs de la Cour d'appel, maintenant publiés à (1987), 36 C.C.C. (3d) 50 (Ont.), et n'ont pas besoin d'être repris ici.

La poursuite en a appelé de l'acquittement, invoquant deux erreurs que comporterait l'exposé au jury. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le jury avait reçu des directives erronées quant aux aspects suivants:

(i) La norme de preuve

Le juge du procès a invité le jury à appliquer la norme de preuve criminelle hors de tout doute raisonnable à des éléments de preuve individuels.

(ii) La preuve psychiatrique

On allègue que le juge du procès aurait dû dire au jury que certains éléments de preuve tirés de l'interrogatoire d'un psychiatre de la défense, le Dr Orchard, tendant à démontrer que l'auteur du crime et l'appellant partageaient des traits de caractère anormaux, étaient pertinents relativement à la question de l'identité.

The Court of Appeal did not, however, agree on the disposition of the appeal. Brooke and Robins J.J.A. were satisfied that the errors warranted a new trial. Cory J.A. was not satisfied that the Crown had established that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

In the result, a new trial was directed and that decision is challenged in this appeal.

In outline the submission of the appellant on these two points is:

(i) Standard of Proof

Mr. Ruby submitted that the charge as a whole did not invite a piecemeal examination of the evidence. The Court of Appeal erred in failing to recognize a two-stage process in the deliberation of the jury, each of which attracts the application of the doctrine of reasonable doubt. During the first, or "fact finding" stage, the jury determines "what happened". The evidence must be examined in relation to the other evidence but, having been so examined, it must individually meet the test of proof beyond a reasonable doubt. Only evidence that does so is considered at the next stage.

The second is the guilty, or verdict, stage during which the jury looks at all the evidence which it has accepted and determines whether this evidence as a whole establishes the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. It is submitted by the appellant that the charge to the jury was in accordance with the foregoing.

(ii) Psychiatric Evidence

Mr. Code submitted that the evidence of Dr. Orchard on examination did not establish the necessary nexus between the perpetrator and the appellant to be admissible, if such evidence is ever admissible for the prosecution. The evidence obtained did not go beyond evidence of mere disposition and is excluded on policy grounds.

La Cour d'appel n'a cependant pas été unanime sur l'issue de l'appel. Les juges Brooke et Robins étaient convaincus que les erreurs justifiaient la tenue d'un nouveau procès. Le juge Cory n'était pas convaincu que la poursuite avait établi que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Finale^bment la Cour a ordonné un nouveau procès, décision qui est contestée dans le présent pourvoi.

Voici les grandes lignes de l'argument de l'appellant sur ces deux points:

(i) La norme de preuve

M^c Ruby a allégué que l'exposé dans son ensemble n'invitait pas à un examen de la preuve élément par élément. La Cour d'appel a commis une erreur en ne reconnaissant pas l'existence d'un processus à deux étapes dans les délibérations du jury, dont chacune commande l'application de la doctrine du doute raisonnable. Au cours de la première étape, celle de la «recherche des faits», le jury détermine «ce qui s'est passé». Les éléments de preuve doivent être examinés les uns par rapport aux autres mais, après cet examen, chacun doit passer individuellement le test de la preuve hors de tout doute raisonnable. Seuls les éléments qui le passent sont examinés au cours de l'étape suivante.

Au cours de la seconde étape, celle de la culpabilité ou du verdict, le jury examine tous les éléments de preuve qu'il a retenus et décide si ces éléments, dans leur ensemble, établissent la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. L'appellant allègue que l'exposé au jury était conforme à ce qui précède.

(ii) La preuve psychiatrique

M^c Code a allégué que les éléments de preuve tirés de l'interrogatoire du D^r Orchard n'établissaient pas le lien nécessaire entre l'auteur du crime et l'appellant pour qu'ils soient admissibles, si tant est qu'ils le soient pour la poursuite. Les éléments de preuve recueillis ne sont pas autre chose que la preuve d'une simple disposition et ils sont exclus pour des motifs de principe.

Furthermore, even if the evidence possessed the necessary ingredients to establish some nexus between the killer and the appellant, the Court of Appeal erred in failing to balance its probative value as against its prejudicial effect.

In aid of this ground an application had been made to the Court of Appeal to admit fresh evidence in the form of an affidavit of Dr. Orchard explaining the answers given on examination. The Court of Appeal rejected this application without hearing the fresh evidence. The appellant says the Court of Appeal erred and the refusal is put forward as a ground of appeal.

Factual Background

Although a detailed review of the evidence is neither necessary nor, in the circumstances, desirable, a few brief extracts will serve to make the issues more intelligible. The Crown relied, *inter alia*, on the following evidence:

- (i) hair embedded in tissue on a silver chain around the deceased's neck was analyzed scientifically and found to match the hair of the appellant;
- (ii) several hairs in the appellant's car were similarly matched with the hair of Christine Jessop. The appellant denied that Christine Jessop was ever in his car;
- (iii) certain fibres and animal hairs found at the murder scene were matched with fibre and animal hairs found in the appellant's car or residence;
- (iv) statements alleged to have been made by the appellant to one Hobbs, an undercover officer, from which an inference of guilt might be drawn and appellant's demonstration in the Whitby jail in May 1985 of how he repeatedly stabbed his victim;

En outre, même si la preuve possédait les éléments nécessaires pour établir un certain lien entre le meurtrier et l'appellant, la Cour d'appel a commis une erreur en n'appréciant pas sa valeur probante en regard de son effet préjudiciable.

À l'appui de ce moyen, on a demandé à la Cour d'appel d'autoriser la production d'une nouvelle preuve sous forme de l'affidavit du Dr Orchard expliquant les réponses données au cours de l'interrogatoire. La Cour d'appel a rejeté cette demande sans prendre connaissance de la nouvelle preuve. L'appellant prétend que la Cour d'appel a commis une erreur et le refus est avancé comme moyen d'appel.

Les faits

Bien qu'une revue détaillée de la preuve ne soit ni nécessaire ni souhaitable dans les circonstances, quelques brefs extraits nous aideront à mieux comprendre les points en litige. La poursuite s'est notamment fondée sur les éléments de preuve suivants:

- (i) après analyse scientifique, on a constaté que les cheveux trouvés sur la chaîne d'argent que la victime portait autour du cou correspondait aux cheveux de l'appellant;
- (ii) de la même façon, plusieurs cheveux trouvés dans l'auto de l'appellant correspondaient aux cheveux de Christine Jessop. L'appellant a nié que Christine Jessop se soit jamais trouvée dans son auto;
- (iii) certaines fibres et certains poils d'animaux trouvés sur les lieux du meurtre correspondaient à des fibres et à des poils d'animaux trouvés dans l'auto ou dans la résidence de l'appellant;
- (iv) des déclarations que l'appellant aurait faites à un nommé Hobbs, un agent secret, desquelles on aurait pu déduire la culpabilité, et la démonstration faite par l'appellant dans la prison de Whitby en mai 1985 de la façon dont il a poignardé sa victime à plusieurs reprises;

(v) the appellant's admissions and inculpatory statements to two cell-mates, Leyte and May, in the Whitby jail.

The appellant disputed the significance of the expert evidence relating to the samples of hair and fibre. The evidence of Hobbs, Leyte and May was forcefully attacked on the grounds of inaccuracy and lack of credibility. The appellant also put forward an alibi defence, the gist of which was that after leaving work he went shopping and did not return home until after Christine Jessop disappeared.

With respect to the alternative defence of insanity, the appellant called psychiatric evidence including that of Dr. Orchard, a forensic psychiatrist. It was during the examination of this witness by Crown counsel, Mr. Scott, that the evidence which gave rise to the second ground of appeal was elicited.

First Ground: Alleged Misdirection Concerning the Standard of Proof

The appellant submits that the charge, when read as a whole, did not invite the jury to subject individual pieces of evidence to the criminal standard but rather the effect of the charge was that during the "fact finding" stage items of evidence were to be examined in relation to other evidence. The residuum resulting from this process constitutes the "whole of the evidence" from which the jury determines whether guilt has been proved beyond a reasonable doubt.

This argument raises two questions:

- (i) Is the appellant's interpretation of the charge correct?
- (ii) Assuming it is, is it misdirection to instruct the jury to apply the criminal standard at two stages as submitted?

The appellant does not contest that it is misdirection to instruct the jury to apply the standard of reasonable doubt to individual pieces of evidence. There is ample authority for this view: *Stewart v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 748, at pp. 759-61; *R.*

(v) les aveux et les déclarations inculpatives que l'appelant a faits à deux compagnons de cellule, Leyte et May, dans la prison de Whitby.

a L'appelant a contesté l'importance de la preuve d'expert relative aux échantillons de cheveux et de fibres. Il a vigoureusement attaqué le témoignage de Hobbs, Leyte et May en invoquant leur inexactitude et leur manque de crédibilité. L'appelant a également présenté une défense d'alibi dont le point essentiel était qu'après le travail il est allé faire des courses et n'est revenu chez lui qu'après la disparition de Christine Jessop.

c En ce qui concerne le moyen de défense subsidiaire d'aliénation mentale, l'appelant a offert une preuve psychiatrique, notamment le témoignage du Dr Orchard, un psychiatre médico-légal. C'est au cours du contre-interrogatoire de ce témoin par d M^e Scott, l'avocat de la poursuite, qu'on a obtenu les éléments de preuve qui sont à l'origine du second moyen d'appel.

Le premier moyen: allégations de directives erronées concernant la norme de preuve

L'appelant allègue que, pris dans son ensemble, l'exposé n'invitait pas le jury à soumettre les éléments de preuve individuels à la norme en matière criminelle, mais qu'il avait plutôt pour effet de faire examiner les éléments de preuve les uns par rapport aux autres à l'étape de la «recherche des faits». Les éléments qui résistent à cette démarche constituent «l'ensemble de la preuve» à partir de laquelle le jury détermine si la culpabilité a été prouvée hors de tout doute raisonnable.

Cet argument soulève deux questions:

- h (i) L'interprétation de l'exposé avancée par l'appelant est-elle correcte?
- (ii) Dans l'affirmative, est-ce une directive erronée que de dire au jury d'appliquer la norme en matière criminelle en deux étapes?

L'appelant ne conteste pas que constitue une directive erronée que de dire au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à des éléments de preuve individuels. Il y a une jurisprudence abondante en ce sens: *Stewart c. La*

v. Bouvier (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), at p. 265, aff'd [1985] 2 S.C.R. 485.

The following are the relevant excerpts from the charge to the jury set out in the order in which they occurred:

1. Concerning Evidence

You are not obliged to accept any part of the evidence of a witness just because there is no denial of it. If you have a reasonable doubt about any of the evidence you will give the benefit of that doubt to the accused with respect to such evidence. Having decided what evidence you consider worthy of belief, you will consider it as a whole, of course, in arriving at your verdict. [Emphasis added.]

2. Concerning Burden of Proof

The accused is entitled to the benefit of reasonable doubt on the whole of the case and on each and every issue in the case.

Proof beyond a reasonable doubt does not apply to the individual items of evidence or the separate pieces of evidence in the case, but to the total body of evidence upon which the Crown relies to prove guilt. Before you can convict you must be satisfied beyond a reasonable doubt of his guilt.

3. Concerning Hairs and Fibres

It seems to me that this evidence does not go beyond proving that Christine could have been in the Honda motor vehicle and that the accused could have been at the scene of the killing and, of course, that is not proof beyond a reasonable doubt.

4. Concerning Appellant's Statements to Hobbs

I was going to go on to say that if you find that the evidence of the accused at trial here represents the correct interpretation of those tapes and transcripts, or parts of the tapes and transcripts, or if you have a reasonable doubt that that might be so, you will give him the benefit of the doubt as to those parts of the tapes or transcripts and adopt his interpretation.

5. Concerning Appellant's Statement to Inmate May

Now, as to that evidence in relation to that part of the tape that I have just read, if you find the evidence of the accused at trial represents the correct interpretation of that exchange, or if you have a reasonable

Reine, [1977] 2 R.C.S. 748, aux pp. 759 et 761; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), à la p. 265, conf. [1985] 2 R.C.S. 485.

Voici les extraits pertinents de l'exposé au jury dans l'ordre chronologique.

1. Concernant le témoignage

[TRADUCTION] Vous n'êtes pas tenus d'accepter une partie quelconque de la déposition d'un témoin seulement parce qu'elle n'a pas été niée. Si vous avez un doute raisonnable quant à un témoignage, vous accorderez à l'accusé le bénéfice du doute à cet égard. Ayant décidé quel témoignage vous estimez digne de foi, vous l'examinerez dans son ensemble, évidemment, pour arriver à votre verdict. [Je souligne.]

2. Concernant la charge de la preuve

[TRADUCTION] L'accusé a droit au bénéfice du doute raisonnable sur l'ensemble de la cause et sur chacun des points de la cause.

La preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas aux éléments de preuve individuels ou aux différentes parties de la preuve; elle s'applique à tout l'ensemble de la preuve sur laquelle s'appuie la poursuite pour prouver la culpabilité. Vous ne pouvez déclarer quelqu'un coupable sans d'abord être convaincus de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

3. Concernant les cheveux et les fibres

[TRADUCTION] Il me semble que cette preuve ne fait pas plus que démontrer que Christine a pu se trouver dans l'auto Honda et que l'accusé a pu se trouver sur les lieux du meurtre et, évidemment, ce n'est pas là une preuve hors de tout doute raisonnable.

4. Concernant les déclarations de l'appelant à Hobbs

[TRADUCTION] J'allais vous dire que si vous concluez que le témoignage de l'accusé à ce procès constitue la bonne interprétation de ces bandes et de ces transcriptions, ou de parties de celles-ci, ou si vous avez un doute raisonnable que ce pourrait être le cas, vous lui accorderez le bénéfice du doute quant à ces parties des bandes ou transcriptions et vous adopterez son interprétation.

5. Concernant la déclaration de l'appelant au détenu May

[TRADUCTION] Maintenant, quant à ce témoignage relativement à cette partie de la bande que je viens de lire, si vous concluez que le témoignage de l'accusé au procès constitue la bonne interprétation de cette con-

doubt that that may be so, you will give the benefit of the doubt to the accused and adopt his interpretation.

In my opinion, based on my reading of the charge as a whole, a jury would likely have concluded that in examining the evidence they were to give the accused the benefit of the doubt in respect of any evidence. This process of examination and elimination would occur during the so-called "fact finding" stage, to use the appellant's phrase. The evidence as a whole to which the jury was to apply itself in order to determine guilt or innocence was the residuum after the "fact finding" stage. There is no other way of reading the first excerpt from the charge.

The appellant contends, however, that the second excerpt corrected this error. Cory J.A. agreed that it and the instruction as to alibi "do much to rectify the errors made on this subject" (p. 62). The second excerpt refers to the "whole of the case" and the "total body of evidence". Having been told earlier that the "whole" upon which the verdict was to be based consisted of the evidence that had been accepted, I am not satisfied that the jury would have interpreted this passage as a correction. Rather, they might very well have assumed that the earlier definition of the "whole" still applied. At best, from the appellant's standpoint the jury would be confused. Subsequent passages in the charge illustrate what is meant by the first excerpt and would confirm that individual pieces of evidence were to be examined by reference to the criminal standard.

Excerpt 3 occurs after a review of the evidence relating to the hair and fibres. The appellant suggests that this observation by the trial judge is merely descriptive of the inference that can be drawn from the evidence. In my opinion, in light of what was said in the first excerpt, the jury would conclude that the appellant was to be given the benefit of the doubt and this evidence was not to be considered as part of the whole in arriving at the jury's verdict.

Excerpt 4 deals with the evidence of undercover officer Hobbs and the appellant's interpretation of

versation, ou si vous avez un doute raisonnable que ce soit le cas, vous accorderez le bénéfice du doute à l'accusé et adopterez son interprétation.

a Suivant mon interprétation de l'ensemble de l'exposé, un jury aurait vraisemblablement conclu qu'en examinant la preuve il devait accorder à l'accusé le bénéfice du doute à l'égard de toute preuve. Ce processus d'examen et d'élimination b aurait eu lieu à l'étape de la «recherche des faits» pour reprendre l'expression de l'appellant. L'ensemble de la preuve que le jury devait examiner pour établir la culpabilité ou l'innocence était ce c qui avait résisté à l'étape de la «recherche des faits». Il n'y a aucune autre façon d'interpréter le premier extrait de l'exposé.

L'appelant prétend cependant que le deuxième extrait a corrigé cette erreur. Le juge Cory a d convenu que cet extrait et la directive quant à l'alibi [TRADUCTION] «font beaucoup pour corriger les erreurs sur ce sujet» (p. 62). Le deuxième extrait mentionne «l'ensemble de la cause» et «tout e l'ensemble de la preuve». Comme on avait déjà dit au jury que «l'ensemble» sur lequel le verdict devait être fondé était la preuve qui avait été acceptée, je ne suis pas convaincu qu'il ait interprété ce passage comme une correction. Il a très f bien pu supposer que la définition antérieure de «l'ensemble» continuait de s'appliquer. Au mieux, du point de vue de l'appellant, il y aurait eu g confusion dans l'esprit du jury. Les passages subséquents de l'exposé montrent ce que signifie le premier extrait et confirment que les éléments de h preuve doivent être examinés en fonction de la norme en matière criminelle.

Le troisième extrait intervient après un examen de la preuve relative aux cheveux et aux fibres. L'appelant avance que cette observation du juge du procès décrit simplement ce qu'on peut déduire de la preuve. À mon avis, vu la teneur du premier i extrait, le jury aurait conclu qu'il devait accorder le bénéfice du doute à l'appellant et qu'il ne devait pas considérer que cette preuve faisait partie de l'ensemble qui devait lui permettre de rendre un verdict.

j Le quatrième extrait traite du témoignage de l'agent secret Hobbs et de l'interprétation que

what was said. Hobbs' version might have been strengthened in the minds of the jury if considered along with other evidence, in particular the evidence of Leyte and May. These two cell-mates gave evidence about statements and actions of the appellant tending to incriminate him. This passage in the charge invited the jury to pit the evidence of Hobbs in isolation against that of the appellant. If the evidence of the appellant put the evidence of Hobbs in doubt, then by reason of the instruction in the first excerpt, this evidence was to be rejected in favour of the appellant's interpretation which was not inculpatory.

The instruction in excerpt 5 invited the jury to deal with the evidence of cell-mate May in the same manner, with the same result.

The appellant submits, citing *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), that different considerations apply where the credibility of defence evidence is at issue. In such cases the argument is that the defence evidence does not have to be believed but "only has to raise a reasonable doubt". That does not mean, however, that the defence evidence or the evidence which it contradicts or explains is to be examined piecemeal. The judgment of Morden J.A. in *Challice*, *supra*, which the appellant agrees expresses the traditional view and is consistent with the judgment of this Court in *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570, and *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, correctly states the law in the following passage (at p. 557):

Understandably, a jury have to give careful consideration to issues of credibility when deliberating upon their verdict, and with respect to various pieces of evidence they may have differing views: total acceptance, total rejection, or something in between. An effective and desirable way of recognizing this necessary part of the process, and putting it to the jury in a way that accurately comports with their duty respecting the burden and standard of proof, is to instruct the jury that it is not necessary for them to believe the defence evidence on a vital issue—but that it is sufficient if it, viewed in the context of all the evidence, leaves them in a state of reasonable doubt as to the accused's guilt: see *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547 at p. 551, *per* Lord Goddard, C.J. [Emphasis added.]

l'appelant donne de ces conversations. La version de Hobbs aurait pu être renforcée dans l'esprit du jury si on l'avait rapprochée d'autres témoignages, en particulier ceux de Leyte et de May. Ces deux compagnons de cellule ont témoigné au sujet de déclarations et d'actes de l'appelant qui tendent à l'incriminer. Cet extrait de l'exposé invitait le jury à comparer le témoignage de Hobbs, pris isolément, à celui de l'appelant. Si le témoignage de l'appelant jetait un doute sur celui de Hobbs, alors, vu la directive contenue dans le premier extrait, le jury devait lui préférer l'interprétation non inculpatrice proposée par l'appelant.

La directive contenu dans le cinquième extrait invitait le jury à traiter le témoignage du compagnon de cellule May de la même manière, ce qui amenait le même résultat.

Citant *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), l'appelant allègue que des considérations différentes s'appliquent lorsque la crédibilité de la preuve à décharge est en cause. En pareil cas, soutient-il, la preuve à décharge n'a pas besoin d'être crue, mais elle [TRADUCTION] «doit seulement soulever un doute raisonnable». Cela ne signifie cependant pas que la preuve à décharge ou celle qu'elle contredit ou explique doit être examinée élément par élément. Le jugement du juge Morden dans l'arrêt *Challice*, précité, qui, l'appelant en convient, exprime l'opinion traditionnelle et est compatible avec les arrêts de cette Cour *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570, et *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, expose correctement le droit dans l'extrait suivant (à la p. 557):

[TRADUCTION] Naturellement, le jury doit examiner attentivement les questions de crédibilité au cours de ses délibérations sur le verdict et les jurés peuvent avoir des opinions divergentes à l'égard de différents éléments de preuve: acceptation complète, rejet complet ou quelque chose entre les deux. Une façon efficace et souhaitable de reconnaître cette partie nécessaire du processus et de la présenter au jury d'une manière qui convient exactement à son devoir relativement au fardeau et à la norme de preuve, consiste à dire au jury qu'il n'est pas nécessaire qu'il croie la preuve à décharge sur une question fondamentale, mais qu'il suffit que, considérée dans le contexte de toute la preuve, elle le laisse dans un état de doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé: voir *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547, à la p. 551, le lord juge en chef Goddard. [Je souligne.]

Nothing in *Nadeau, supra*, supports the appellant's submission. In that case the trial judge charged the jury in effect that they should accept either the Crown's version of the facts or that of the accused. He added that the accused was entitled to the benefit of the doubt only if the versions were equally consistent with the evidence. The judgment of Lamer J. makes it plain that the accused's version is entitled to the benefit of the doubt unless when considered in light of all the evidence the jury is satisfied beyond a reasonable doubt that the Crown's version is correct. He said (at p. 573):

The jurors cannot accept his [a Crown witness'] version, or any part of it, unless they are satisfied beyond all reasonable doubt, having regard to all the evidence, that the events took place in this manner; otherwise, the accused is entitled, unless a fact has been established beyond a reasonable doubt, to the finding of fact the most favourable to him, provided of course that it is based on evidence in the record and not mere speculation. [Emphasis added.]

There is nothing in the judgment in the *Thatcher* case which is inconsistent with this view.

The effect of the misdirections referred to above may very well have been that the jury examined evidence that was crucial to the Crown's case in bits and pieces. Standing alone or pitted against the evidence of the accused without the support of other evidence, much of this evidence might have been discarded as not measuring up to the test. When the jury came to consider the Crown's case as a whole there may not have been very much left of it. We cannot know for certain, but this scenario is a very likely one and the charge therefore constituted a serious misdirection.

This conclusion is sufficient to dispose of this ground of appeal without addressing the second point in the appellant's argument: the submission that it is a correct instruction to a jury that they are to apply the criminal standard in two stages—the fact finding stage and the verdict, or guilt, stage. Since, however, it was an attempt to do so by the trial judge that led to the difficulties in the charge, I propose to consider this point.

Rien dans l'arrêt *Nadeau*, précité, n'appuie l'allegation de l'appelant. Dans cette affaire, le juge du procès a dit au jury qu'il devait accepter ou bien la version des faits avancés par la poursuite, ou bien celle présentée par l'accusé. Il a ajouté que l'accusé n'avait droit au bénéfice du doute que si les versions sont également concordantes avec la preuve. Il ressort clairement du jugement du juge Lamer que la version de l'accusé a droit au bénéfice du doute à moins que, compte tenu de toute la preuve, le jury ne soit convaincu hors de tout doute raisonnable que la version de la poursuite est la bonne. Il dit (à la p. 573):

Les jurés ne peuvent retenir sa version [celle d'un témoin de la poursuite], ou portion de celle-ci, que s'ils sont, en regard de toute la preuve, satisfaits hors de tout doute raisonnable que les événements se sont passés comme tels; à défaut de quoi, et à moins qu'un fait ne soit prouvé hors de tout doute raisonnable, l'accusé a droit à la détermination de fait qui lui est la plus favorable, en autant, bien sûr, qu'elle repose sur une preuve au dossier et n'est pas pure spéculation. [Je souligne.]

Rien dans l'arrêt *Thatcher* n'est incompatible avec cette opinion.

Il est très possible que ces directives erronées aient amené le jury à examiner de façon fragmentée des éléments de preuve qui étaient décisifs pour la poursuite. Pris isolément ou comparés au témoignage de l'accusé sans l'appui d'autres témoignages, plusieurs de ces éléments de preuve auraient pu être écartés parce qu'ils ne résistaient pas au test. Lorsque le jury est arrivé à l'examen de la preuve de la poursuite prise dans son ensemble, il se peut qu'il n'en soit pas resté grand-chose. On ne peut en être certain, mais c'est très vraisemblable et l'exposé constituait donc une directive erronée aux conséquences sérieuses.

Cette conclusion suffit pour régler ce moyen d'appel sans examiner le second point de l'argument de l'appelant, savoir qu'il est exact de dire au jury qu'il doit appliquer la norme en matière criminelle en deux étapes, l'étape de la recherche des faits et l'étape du verdict ou de la culpabilité. Cependant, puisque c'est la tentative du juge du procès à cet égard qui a provoqué les difficultés dans l'exposé, j'ai l'intention d'examiner ce point.

The authorities reviewed above are clear that the jury is not to examine the evidence piecemeal by reference to the criminal standard. Otherwise, there is virtually no guidance in previous cases as to what legal rules, if any, apply to the process of weighing the evidence. Attempts to formulate such rules have been frowned upon. Thus, in *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353 (S.C. *in banco*), a case heavily relied on by the appellant, the full Court of South Australia held that in finding the facts the jury could not draw an inference of guilt from several facts whose existence was in doubt. The learned author of *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), in referring to this case characterizes this as an esoteric question and concludes (at p. 146):

Whatever may be the proper direction in the circumstances of a particular case, it is to be hoped that questions such as those which have just been raised will never be allowed to become the basis of prescribed rules.

A case which comes closest in grappling with this problem is *Thomas v. The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34 (C.A.) The trial judge charged the jury in the following language (at p. 36):

Now whilst each piece of evidence must be carefully examined, because that is the accused's right and that is your duty, the case is not decided by a series of separate and exclusive judgments on each item or by asking what does that by itself prove, or does it prove guilt? That is not the process at all. It is the cumulative effect [Emphasis added by the Court of Appeal.]

Counsel for the appellant in that case contended that the jury should be instructed to proceed in a series of separate steps to examine the evidence and eliminate that which did not meet the requisite standard. This submission was answered as follows by North P. (at p. 37):

If we have understood Mr Temm's argument correctly, it is the passage in the summing-up which we have italicised that he challenges. As the argument proceeded, it became increasingly plain to us that the premise for his propositions was based on a misconception of the respective functions of the Judge and the jury in a criminal case. It is the duty and obligation of the Judge to instruct the jury on all matters of law, including the burden and standard of proof required in criminal cases.

Suivant la jurisprudence mentionnée précédemment, il est clair que le jury ne doit pas examiner la preuve élément par élément en regard de la norme en matière criminelle. Par ailleurs, la jurisprudence antérieure ne contient à peu près aucune indication quant aux règles de droit, s'il en est, qui s'appliquent à l'appréciation de la preuve. Les tentatives de formulation de ces règles ont été mal vues. Ainsi, dans l'arrêt *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353 (C.S. en banc), sur lequel a beaucoup insisté l'appelant, la Court of South Australia siégeant au complet a conclu qu'en recherchant les faits le jury ne pouvait déduire la culpabilité des différents faits dont l'existence était douteuse. À propos de cet arrêt, l'ouvrage *Cross on Evidence* (6th ed. 1985) dit qu'il s'agit d'une question obscure et conclut (à la p. 146):

[TRADUCTION] Quelle que puisse être la bonne directive suivant les circonstances d'un cas particulier, il est à espérer qu'on ne permette jamais à des questions comme celles qui viennent d'être soulevées de devenir le fondement de règles impératives.

L'affaire qui vient très près de s'attaquer à ce problème est *Thomas v. The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34 (C.A.) Dans son exposé, le juge du procès avait dit au jury (à la p. 36):

[TRADUCTION] Bien qu'il faille examiner chaque élément de preuve avec attention, parce que c'est le droit de l'accusé et que c'est votre devoir, l'affaire ne doit pas être tranchée par une série de jugements distincts et exclusifs sur chaque élément ou par une recherche de ce que chacun prouve en lui-même, ou prouve-t-il la culpabilité? Ce n'est pas la bonne façon. C'est l'effet cumulatif . . . [Mis en italique par la Cour d'appel.]

L'avocat de l'appelant dans cette affaire-là a prétendu qu'on aurait dû dire au jury de procéder par une série d'étapes distinctes pour examiner la preuve et en écarter les éléments qui ne respectaient pas la norme requise. Le président North a répondu à cette prétention (à la p. 37):

[TRADUCTION] Si nous avons bien compris l'argument de M^e Temm, c'est le passage du résumé que nous avons mis en italique qu'il conteste. Au fur et à mesure qu'il avançait dans son développement, il nous est apparu de plus en plus clairement que la prémisse de ses propositions était fondée sur une conception erronée des fonctions respectives du juge et du jury dans une affaire criminelle. Le juge a le devoir et l'obligation de donner au jury des directives sur tous les points de droit, y

The facts, on the other hand, are for the jury, and while the Judge may think it right to give the jury some assistance in dealing with the facts, it is no part of his duty to tell the jury that each item of evidence must be weighed by them separately, and that they must decide that it has been proved beyond reasonable doubt before they can use it in reaching their verdict. It is for the jury to determine for themselves which parts of the evidence they are prepared to accept or to reject. What Mr Temm apparently sought in vain at the trial and now sought to support in this Court, was, what he claimed as the appellant's right to a direction instructing the jury to proceed by a series of separate steps, eliminating as they proceeded on their intellectual journey every fact which, considered by itself, raised more than one inference, so that in the end the jury should consider only those facts and inferences which in themselves proved beyond reasonable doubt that the appellant was guilty.

The Crown case in this instance was built up of a number of separate ingredients, which it was contended acquired a meaning in the context of the indictment, only when examined with proper regard to the interrelation of the constituent elements.

The argument in favour of a two-stage application of the criminal standard has superficial appeal in theory but in my respectful opinion is wrong in principle and unworkable in practice. In principle it is wrong because the function of a standard of proof is not the weighing of individual items of evidence but the determination of ultimate issues. Furthermore, it would require the individual member of the jury to rely on the same facts in order to establish guilt. The law is clear that the members of the jury can arrive at their verdict by different routes and need not rely on the same facts. Indeed the jurors need not agree on any single fact except the ultimate conclusion. See *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1981), vol. 9, § 2497, at pp. 412-14; *R. v. Lynch, Malone and King* (1978), 40 C.C.C. (2d) 7 (Ont. C.A.), at p. 19; *R. v. Bouvier* (Ont. C.A.), *supra*, at pp. 264-65; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (Ont. C.A.), at p. 389; *R. v. Agbim*, [1979] *Crim. L.R.* 171 (C.A.); *R. v. Thatcher* (1986), 24

compris le fardeau de la preuve et la norme de preuve requise dans les affaires criminelles. Les faits, par contre, sont laissés à l'appréciation du jury et, bien que le juge puisse estimer qu'il convient de fournir au jury une certaine aide dans l'examen des faits, il ne lui appartient pas de dire au jury qu'il doit apprécier chaque élément de preuve séparément et qu'il doit décider que l'élément a été prouvé hors de tout doute raisonnable avant de pouvoir l'utiliser pour en arriver au verdict. Le jury doit déterminer par lui-même quelles parties de la preuve il est disposé à accepter ou à rejeter. Ce que M^e Temm a apparemment cherché en vain au procès, et qu'il cherche à faire valoir maintenant devant cette Cour, est ce qu'il appelle le droit de l'appelant à ce que le juge donne comme directive au jury de procéder par une série d'étapes distinctes, d'éliminer au fur et à mesure qu'il avance dans sa démarche intellectuelle chaque fait qui, considéré en lui-même, amène plus d'une déduction de sorte que, à la fin, le jury n'examine que les faits et les déductions qui, en eux-mêmes, prouvent hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'appelant.

La preuve de la poursuite en l'espèce est constituée de plusieurs éléments distincts qui, a-t-on prétendu, n'arrivent à avoir un sens dans le contexte de l'acte d'accusation que lorsqu'on les examine en tenant dûment compte de l'interdépendance de leurs parties constitutives.

L'argument en faveur d'une application en deux étapes de la norme en matière criminelle a un attrait superficiel en théorie, mais, à mon humble avis, il est mal fondé en principe et irréalisable en pratique. Il est mal fondé en principe parce que la fonction de la norme de preuve n'est pas de soulever chaque élément de preuve mais de décider des questions fondamentales. De plus, cela obligerait chaque juré à s'appuyer sur les mêmes faits afin d'établir la culpabilité. Il est clair en droit que les jurés peuvent arriver à leur verdict par des chemins différents sans avoir à se fonder sur les mêmes faits. Et même, il n'est pas nécessaire que les jurés soient d'accord sur chaque fait individuel, pourvu qu'ils le soient sur la conclusion finale. Voir *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1981), vol. 9, § 2497, aux pp. 412 à 414; *R. v. Lynch, Malone and King* (1978), 40 C.C.C. (2d) 7 (C.A. Ont.), à la p. 19; *R. v. Bouvier* (C.A. Ont.), précité, aux pp. 264 et 265; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (C.A. Ont.), à la p. 389; *R. v. Agbim*, [1979] *Crim. L.R.* 171 (C.A.); *R. v. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (C.A.

C.C.C. (3d) 449 (Sask. C.A.), at p. 510, appeal dismissed, [1987] 1 S.C.R. 652, at p. 697.

The matter is summed up in *Cross on Evidence*, op. cit., at p. 146:

It has been held by the Court of Appeal that it is unnecessary for a judge to direct the jury that it must be unanimous with regard to even one item of evidence bearing upon a particular count before convicting on it. It seems to be enough that all members of the jury find the accused guilty upon the basis of some of the facts bearing upon that count.

In practice it is not practical not only because the jury would have to agree on the same facts but what individual facts prove. Individual facts do not necessarily establish guilt but are a link in the chain of ultimate proof. It is not possible therefore to require the jury to find facts proved beyond a reasonable doubt without identifying what it is that they prove beyond a reasonable doubt. Since the same fact may give rise to different inferences tending to establish guilt or innocence, the jury might discard such facts on the basis that there is doubt as to what they prove.

The concern which proponents of the two-stage process express is, that facts which are doubtful will be used to establish guilt. The answer to this concern is that a chain is only as strong as its weakest link. If facts which are essential to a finding of guilt are still doubtful notwithstanding the support of other facts, this will produce a doubt in the mind of the jury that guilt has been proved beyond a reasonable doubt.

I conclude from the foregoing that the facts are for the jury to determine subject to an instruction by the trial judge as to the law. While the charge may and often does include many helpful tips on the weighing of evidence such as observing demeanour, taking into the account the interest of the witness and so forth, the law lays down only one basic requirement: during the process of deliberation the jury or other trier of fact must consider the evidence as a whole and determine whether guilt is established by the prosecution beyond a reasonable doubt. This of necessity requires that each element of the offence or issue be proved

Sask.), à la p. 510, pourvoi rejeté, [1987] 1 R.C.S. 652, à la p. 697.

La question est résumée dans *Cross on Evidence*, op. cit., à la p. 146:

[TRADUCTION] La Cour d'appel a jugé qu'il est inutile qu'un juge dise au jury qu'il doit être unanime sur un élément de preuve portant sur un chef particulier pour pouvoir prononcer la culpabilité à son égard. Il semble suffire que tous les membres du jury concluent à la culpabilité de l'accusé en s'appuyant sur certains faits relatifs à ce chef.

En réalité ce n'est pas pratique non seulement parce que le jury devrait être d'accord sur les mêmes faits mais sur ce que chaque fait pris isolément prouve. Chaque fait pris isolément n'établit pas nécessairement la culpabilité mais constitue un maillon de la chaîne de la preuve ultime. Il n'est donc pas possible d'obliger le jury à chercher des faits prouvés hors de tout doute raisonnable sans identifier ce qu'effectivement ils prouvent hors de tout doute raisonnable. Puisque le même fait peut entraîner des déductions différentes tendant à établir la culpabilité ou l'innocence, le jury pourrait écarter ces faits étant donné qu'il existe un doute sur ce qu'ils prouvent.

Les partisans du processus en deux étapes craignent que des faits qui sont douteux ne soient utilisés pour établir la culpabilité. On peut leur répondre que la solidité de la chaîne est fonction du plus faible de ses maillons. Si les faits qui sont essentiels à la conclusion de culpabilité sont encore douteux malgré l'apport d'autres faits, cela amènera le jury à douter que la culpabilité a été prouvée hors de tout doute raisonnable.

Je conclus de ce qui précède que l'appréciation des faits appartient au jury, sous réserve de directives du juge du procès quant au droit. Bien que l'exposé puisse contenir et contienne souvent de nombreuses suggestions utiles pour apprécier la preuve, comme observer le comportement, tenir compte de l'intérêt du témoin et ainsi de suite, le droit n'impose qu'une seule exigence fondamentale: pendant les délibérations, le jury ou un autre juge des faits doit examiner la preuve comme un tout et décider si la poursuite a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cela exige nécessairement que chaque élément de l'infraction ou

beyond a reasonable doubt. Beyond this injunction it is for the trier of fact to determine how to proceed. To intrude in this area is, as pointed out by North P., an intrusion into the province of the jury.

The reason we have juries is so that lay persons and not lawyers decide the facts. To inject into the process artificial legal rules with respect to the natural human activity of deliberation and decision would tend to detract from the value of the jury system. Accordingly, it is wrong for a trial judge to lay down additional rules for the weighing of the evidence. Indeed, it is unwise to attempt to elaborate on the basic requirement referred to above. I would make two exceptions. The jury should be told that the facts are not to be examined separately and in isolation with reference to the criminal standard. This instruction is a necessary corollary to the basic rule referred to above. Without it there is some danger that a jury might conclude that the requirement that each issue or element of the offence be proved beyond a reasonable doubt demands that individual items of evidence be so proved.

The second exception is that it is appropriate where issues of credibility arise between the evidence for the prosecution and the defence that the jury be charged as suggested by Morden J.A. in *Challice*, *supra*. There is a danger in such a situation that a jury might conclude that it is simply a matter as to which side they believe. The suggested charge alerts them to the fact that, if the defence evidence leaves them in a state of doubt after considering it in the context of the whole of the evidence, then they are to acquit.

Consequently, even if the appellant is correct in his interpretation of the charge to the jury, there was misdirection—although not as serious as the misdirection which I have found occurred.

du point en litige ait été prouvé hors de tout doute raisonnable. Cette exigence mise à part, il appartient au juge des faits de décider comment procéder. S'immiscer dans ce domaine constitue, comme
a le signale le président North, une intrusion dans le domaine du jury.

La raison d'être des jurys est qu'on a voulu que
b ce soit des profanes et non des avocats qui décident des faits. Introduire dans le processus des règles juridiques artificielles relativement à l'activité humaine naturelle de délibération et de décision tendrait à diminuer la valeur du système de jury.
c Par conséquent, c'est à tort qu'un juge du procès impose des règles supplémentaires pour l'appréciation de la preuve. De fait, il est imprudent de tenter d'entrer dans le détail de l'exigence fondamentale mentionnée précédemment. Je ferais deux
d exceptions. On devrait dire au jury que les faits ne doivent pas être examinés séparément et isolément en regard de la norme en matière criminelle. Cette directive est un corollaire nécessaire de la règle
e fondamentale mentionnée précédemment. Sans elle, il y a un certain danger qu'un jury puisse conclure que l'exigence suivant laquelle chaque point en litige ou élément de l'infraction doit être prouvé hors de tout doute raisonnable nécessite
f que les éléments de preuve individuels soient prouvés ainsi.

La seconde exception est que, lorsqu'il se pose
g des questions de crédibilité entre la preuve à charge et à décharge, il convient de donner au jury une directive comme celle proposée par le juge Morden dans l'arrêt *Challice*, précité. Dans une situation comme celle-là, il y a un danger que le
h jury puisse conclure qu'il s'agit simplement de savoir quelle partie il doit croire. La directive proposée lui signale que, si la preuve à décharge le laisse dans un état de doute une fois qu'il l'a
i examinée dans le contexte de l'ensemble de la preuve, il doit alors prononcer un acquittement.

Par conséquent, même si l'interprétation de l'exposé au jury proposée par l'appelant est correcte, il y a eu directive erronée, quoiqu'elle ne soit pas aussi grave que celle que j'ai déjà constatée.

Second Ground: The Psychiatric Evidence

The Court of Appeal accepted the submission of the prosecution that the trial judge had misdirected the jury when he charged them as follows:

One more thing I must tell you about this psychiatric evidence. There is contained in that evidence, I believe, particularly from Dr. Orchard, that the accused is a person who is quite capable of committing the type of crime we are considering in this case. I instruct you that you must not use that evidence as proof or indication of proof that he did, in fact, kill Christine Jessop just because he is capable of it.

The evidence referred to was elicited on the examination of Dr. Orchard by Mr. Scott, counsel for the Crown. The purport of this evidence is vital in the resolution of this ground of appeal. It is, therefore, necessary to quote it at some length:

Q. [Mr. Scott] I take it by the very fact that you are capable of expressing an opinion on what condition this man would be in, in the event that he sexually assaulted—raped and stabbed many times Christine Jessop, that you must be of the opinion that he has the psychological make-up to commit such an offence.

A. No, I am of the opinion that, in fact, the illness—and if he did that—did disturb his psychological make-up so that he could do such an act.

HIS LORDSHIP: Excuse me. I didn't get that. Your answer was "No..." what, Doctor?

THE WITNESS: No. The illness very likely did—could have or very likely did disturb his psychological make-up to the point that he could commit such an offence. I didn't feel that he had necessarily the psychological make-up to molest children.

Q. Coming back to where we started about capacity and your responses to certain hypotheticals, I am suggesting to you the man sitting there, on what you have told us in this Court, is a man that has mental problems, who is capable of raping and of stabbing multiply an individual. Isn't that correct?

A. He is capable of forcing intercourse and stabbing multiply a person if he did that, yes, he is capable of it.

Q. With a 40 pound girl, a nine year old.

Le second moyen: la preuve psychiatrique

La Cour d'appel a accepté l'allégation de la poursuite portant que le juge du procès a donné une directive erronée au jury lorsqu'il lui a dit:

[TRADUCTION] Je dois vous dire autre chose concernant cette preuve psychiatrique. Elle est contenue dans le témoignage, je crois, en particulier celui du Dr Orchard, que l'accusé est une personne tout à fait capable de commettre le genre de crime que nous examinons en l'espèce. Je vous dis que vous ne devez pas utiliser ce témoignage comme une preuve ou indication de preuve qu'il a effectivement tué Christine Jessop seulement parce qu'il en est capable.

La preuve mentionnée a été obtenue au cours du contre-interrogatoire du Dr Orchard par M^e Scott, l'avocat de la poursuite. La portée de cette preuve est essentielle pour la décision sur ce moyen d'appel. Il est donc nécessaire d'en citer un assez long extrait.

[TRADUCTION] Q. [M^e Scott] Je comprends, du fait même que vous êtes en mesure d'exprimer une opinion sur l'état de cet homme, dans l'éventualité où il aurait agressé sexuellement, violé et poignardé plusieurs fois Christine Jessop, que vous devez être d'avis qu'il a la constitution psychologique de l'auteur d'une telle infraction.

R. Non, je suis d'avis que, en fait, la maladie—et s'il l'a fait—a perturbé sa constitution psychologique de sorte qu'il a pu accomplir un tel acte.

SA SEIGNEURIE: Pardon. Je n'ai pas compris. Votre réponse est «Non...» quoi, Docteur?

LE TÉMOIN: Non. La maladie a très vraisemblablement—a pu ou a très vraisemblablement perturbé sa constitution psychologique au point qu'il a pu commettre une telle infraction. Je ne crois pas qu'il avait nécessairement la constitution psychologique d'une personne qui moleste les enfants.

Q. Revenant à notre point de départ à propos de la capacité et à vos réponses à certaines questions hypothétiques. Je vous dis que l'homme assis là, suivant ce que vous nous avez dit en cette cour, est un homme qui a des problèmes mentaux, qui est capable de violer et de poignarder une personne à plusieurs reprises. N'est-ce pas exact?

R. Il est capable de forcer une personne à des relations sexuelles et de la poignarder à plusieurs reprises s'il l'a fait, oui, il en est capable.

Q. Une fillette de 40 livres, de neuf ans?

A. Yes.

Q. Now, you talked of schizophrenia. I suggest to you that the broad range of schizophrenics would not be so capable, would they?

A. Well, the majority of people with schizophrenia don't get into violent behaviour, but some of them do. So the majority of cases of schizophrenia would not be involved in this kind of behaviour. The point is I don't know whether he was involved in the behaviour or not, but I do know about the illness.

Q. You know that this illness is such that it would permit him to do that to that nine year old, don't you?

A. Yes.

Q. And I am suggesting to you that the number who could do that to a nine year old is minuscule.

A. That is true.

Q. That this man is something special, isn't he?

A. Yes. It is not a usual kind of thing, not a common kind of thing, so yes, in that way it is unusual.

Q. It could only be an offence committed by a member of an abnormal group. Isn't that correct?

A. Well, almost, at any rate. I never say "only" or "never" or "always" because that's when I am wrong, but I would say in the vast, vast majority of cases such an offence would likely be committed by somebody who had some sort of pretty strong abnormality; a serious abnormality.

Q. Are not the psychiatric disorders that you are describing that this man has, similar to what you would expect to find in terms of the scene that has unfolded before you on Exhibit 8, an isolated area, sexual assault of a nine year old left with her clothes askew, stabbed many times?

A. Yes, certainly. I don't know—first of all sexual assault of a nine year old, if it was attempting to force intercourse, would be pretty unusual because that is not a thing that a nine year old is usually attractive for. They usually are not developed to the point that they are usual sexual objects. Stabbed many times is often a sign that there is something strange going on. If somebody wants to kill somebody they can usually do it without doing it many times. They can usually manage not to sort of continue on in the activity.

R. Oui.

Q. Bon, vous avez parlé de schizophrénie. Si je vous disais que la grande majorité des schizophrènes n'en seraient pas capables, serait-ce exact?

R. Bien, la majorité des gens qui souffrent de schizophrénie n'ont pas de comportements violents, mais certains en ont. Donc, la majorité des cas de schizophrénie ne présenteraient pas ce genre de comportement. C'est que je ne sais pas s'il a eu ce comportement ou non, mais je connais la maladie.

Q. Vous savez que cette maladie est telle qu'elle lui permettrait de faire cela à cette enfant de neuf ans, n'est-ce-pas?

R. Oui.

Q. Et je vous dis que le nombre de ceux qui pourraient faire cela à une fillette de neuf ans est minime.

R. C'est exact.

Q. Que cet homme est quelque chose de spécial, n'est-ce pas?

R. Oui. Ce n'est pas une chose habituelle, pas le genre de chose courante, donc oui, en ce sens, c'est inhabituel.

Q. Ce ne peut être qu'une infraction commise par quelqu'un faisant partie d'un groupe anormal. N'est-ce pas exact?

R. Bien, presque, en tout cas. Je ne dis jamais «seulement» ou «jamais» ou «toujours» parce c'est à ce moment-là que je suis dans l'erreur, mais je dirais que dans la vaste, très vaste majorité des cas, une telle infraction serait vraisemblablement commise par quelqu'un qui avait une sorte d'anomalie assez forte; une anomalie grave.

Q. Les désordres psychiatriques que vous décrivez, dont cet homme souffre, ne sont-ils pas semblables à ce que vous vous attendriez de trouver sur la scène qu'on vous a présentée sur la pièce 8, un endroit isolé, agression sexuelle d'une enfant de neuf ans les vêtements en désordre, poignardée à plusieurs reprises?

R. Oui, certainement. Je ne sais pas—D'abord, l'agression sexuelle d'une enfant de neuf ans, si c'était une tentative de relations sexuelles forcées, serait passablement inhabituelle parce que ce n'est pas une chose pour laquelle une enfant de neuf ans est habituellement attirante. Elles ne sont habituellement pas développées au point qu'elles sont des objets sexuels habituels. Poignardée à plusieurs reprises signifie souvent qu'il se passe quelque chose d'étrange. Si quelqu'un veut tuer une personne, il peut habituellement le faire sans le faire plusieurs fois. Il peut habituellement agir de manière à ne pas avoir à prolonger l'activité.

Q. That is a sign of disorganization, isn't it?

A. Yes, it is.

Q. Multiple stab wounds on the chest and back are clearly an indication of a very disorganized crime, aren't they?

A. Yes.

Q. And particularly when you look at it as being a 40 pound, nine year old person, the victim.

Q. So they are able to come here, get in the witness stand and say "Not me"?

A. Yes, that could happen.

Q. And that is, again, a classic symptom of the disease which that man, Morin, has, isn't it?

A. Yes.

Q. So I am a little surprised that you indicate that you are surprised that he denied it. Why would you be at all surprised about that, Doctor?

A. I don't know that I am surprised that he denied it. I just say that when someone is able to take me through their memory and their mental processes about a certain time, then I can draw a conclusion from that. When a person does not have that available, then I can't draw conclusions from what he tells me about the incident or about the particular time. I have to draw conclusions from my diagnosis. That is what the difficulty is, you see. I don't know; I have nothing in my interviews with him that I could say, "Ah, yes, he did this", but I did have an illness. Whether he did it or not, that is up to somebody else to decide, that is not for me because I have nothing that can add to that one way or the other, except that there is this illness.

Q. And the second thing you can add is that in your opinion that man is the type of man who could commit this crime.

A. Yes, that is possible with this illness, that happens with this illness.

Q. That is very helpful, isn't it, sir, in terms of assessing a situation?

A. Whoever hears it will have to decide whether that is helpful.

Q. Then you went a third step and indicated — I think you indicated that there would be a very small, small area of the population that could be capable of such a crime, didn't you?

Q. C'est un signe de désordre, n'est-ce pas?

R. Oui, c'est cela.

Q. Des coups de couteau multiples à la poitrine et au dos indiquent clairement qu'il s'agit d'un crime très désordonné, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Et particulièrement lorsque vous considérez que la victime est une personne de 40 livres, âgée de neuf ans.

Q. Ainsi, ils sont capables de venir ici, d'aller à la barre des témoins et dire «Ce n'est pas moi»?

R. Oui, cela pourrait arriver.

Q. Et, encore une fois, c'est un symptôme classique de la maladie dont souffre cet homme, Morin, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Je suis un peu étonné que vous disiez que vous êtes surpris qu'il l'ait nié. Pourquoi cela vous surprend-il, Docteur?

R. Je ne crois pas avoir dit que je suis surpris qu'il l'ait nié. J'ai simplement dit que, lorsque quelqu'un peut faire appel à sa mémoire et m'exposer ses processus mentaux au sujet d'un moment particulier, je peux en tirer des conclusions. Lorsqu'une personne ne peut pas le faire, je ne peux pas tirer de conclusions à partir de ce qu'il me raconte au sujet de l'incident ou du moment particulier. Je dois tirer des conclusions à partir de mon diagnostic. Voilà la difficulté, vous voyez. Je ne sais pas; rien de ce que j'ai obtenu de mes entrevues avec lui ne me permet de dire, «Ah, oui, il a fait cela», mais il y a la maladie. S'il l'a fait ou non, c'est à quelqu'un d'autre de le décider, ce n'est pas à moi parce que je ne dispose d'aucun élément qui puisse ajouter quelque chose dans un sens ou dans l'autre, excepté cette maladie.

Q. Et la deuxième chose que vous pouvez ajouter est qu'à votre avis cet homme est le type de personne qui pourrait commettre ce crime.

R. Oui, cela est possible avec cette maladie, cela se produit avec cette maladie.

Q. Cela est très utile, n'est-ce pas, Monsieur, dans l'évaluation d'une situation?

R. Ceux qui l'entendent auront à décider si cela est utile.

Q. Puis, en troisième lieu vous avez indiqué — je crois que vous avez indiqué qu'il y aurait une très petite, petite portion de la population qui pourrait être capable d'un tel crime, n'est-ce pas?

A. Yes, it is not a common thing. [Emphasis added.]

The Court of Appeal held that this evidence was admissible on the issue of identity. At page 66 of his reasons (concurrent in by Robins and Brooke J.J.A., on this point), Cory J.A. stated:

The critical psychiatric evidence, called as it was on behalf of the respondent and going as it did to identify the perpetrator of the crime, was admissible on the issue of identity notwithstanding the prejudicial effect it might have had upon the respondent: see *R. v. Glynn*, [infra].

The impugned passage from the charge was preceded by submission by both sides with respect to the issue and resulted in the following ruling:

On the issue of insanity there was considerable psychiatric evidence to the effect that the accused is a person with a mental illness and that he is so constituted that he is quite capable of committing the crime in question, that is sexual assault and killing. However, unless I change my mind between now and tomorrow when I charge the jury, I will be instructing the jury that that evidence should not be used as proof that the accused did, in fact, kill Christine Jessop. There may be more than one reason for that conclusion, but at the moment it is sufficient for me to say that there is no evidence in this case that this crime could only be committed by a person with the mental characteristics of the accused. [Emphasis added.]

In my opinion the trial judge was right in concluding that the evidence was not admissible as proof of identity.

Cory J.A. arrived at his conclusion that the evidence was admissible by reviewing certain authorities from which he developed a list of five criteria (p. 64). He then concluded the evidence of Dr. Orchard referred to above met these criteria.

The authorities reviewed by His Lordship dealt with two categories of evidence:

- (i) similar fact evidence; and
- (ii) psychiatric evidence tendered by accused persons to exclude the accused from membership in a special abnormal group to

R. Oui, ce n'est pas une chose courante. [Je souligne.]

La Cour d'appel a conclu que ce témoignage était admissible relativement à la question de l'identité. Voici ce que le juge Cory a dit (avec l'appui des juges Robins et Brooke sur ce point), à la p. 66 de ses motifs:

[TRADUCTION] La preuve psychiatrique décisive, introduite pour le compte de l'intimé et portant sur l'identité de l'auteur du crime, était admissible relativement à la question de l'identité, nonobstant l'effet préjudiciable qu'elle a pu avoir pour l'intimé: voir *R. v. Glynn*, cité plus loin.

Le passage contesté de l'exposé a été précédé d'arguments des deux parties sur la question, qui ont eu comme résultat la décision suivante:

[TRADUCTION] Sur la question de l'aliénation mentale, il y a eu une preuve psychiatrique abondante suivant laquelle l'accusé est un individu souffrant d'une maladie mentale et qu'il est constitué de telle sorte qu'il est tout à fait capable de commettre le crime en question, c'est-à-dire l'agression sexuelle et le meurtre. Cependant, à moins que je ne change d'avis d'ici demain lorsque je ferai mon exposé, je dirai au jury que cette preuve ne devrait pas être utilisée comme preuve que l'accusé a, en fait, tué Christine Jessop. Il peut y avoir plusieurs raisons à cette conclusion, mais il me suffit maintenant de dire qu'il n'y a aucune preuve en l'espèce que ce crime ne pourrait être commis que par une personne qui possède les caractéristiques mentales de l'accusé. [Je souligne.]

À mon avis, le juge du procès a eu raison de conclure que la preuve n'était pas admissible comme preuve de l'identité.

Le juge Cory est arrivé à sa conclusion que la preuve était admissible après un examen de certains précédents dont il a tiré une liste de cinq critères (p. 64). Il a alors conclu que le témoignage déjà mentionné du Dr Orchard respectait ces critères.

Les précédents examinés par le juge Cory traitaient de deux catégories de preuve:

- (i) la preuve de faits similaires et
- (ii) la preuve psychiatrique présentée par des accusés pour établir qu'ils ne font pas partie d'un groupe particulier anormal auquel, sui-

which the perpetrator is shown to have belonged.

I propose to review these cases and determine whether the principles which emerge from them support the conclusion of the Court of Appeal.

(i) *Similar Facts*

In similar fact cases it is not sufficient to establish that the accused is a member of an abnormal group with the same propensities as the perpetrator. There must be some further distinguishing feature. Accordingly, if the crime was committed by someone with homosexual tendencies, it is not sufficient to establish that the accused is a practising homosexual or indeed has engaged in numerous homosexual acts. The tendered evidence must tend to show that there was some striking similarity between the manner in which the perpetrator committed the criminal act and such evidence. To quote from *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), at p. 454, per Lord Hailsham:

... whilst it would certainly not be enough to identify the culprit in a series of burglaries that he climbed in through a ground floor window, the fact that he left the same humorous limerick on the walls of the sitting room, or an esoteric symbol written in lipstick on the mirror, might well be enough. In a sex case, to adopt an example given in argument in the Court of Appeal, whilst a repeated homosexual act by itself might be quite insufficient to admit the evidence as confirmatory of identity or design, the fact that it was alleged to have been performed wearing the ceremonial head-dress of a Red Indian chief or other eccentric garb might well in appropriate circumstances suffice.

Similarly in *R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437, evidence that the accused was a practising homosexual was rejected by the Ontario Court of Appeal notwithstanding that the assault in issue was a homosexual act.

Apart from the requirement that the proffered evidence tends to show that the accused shared some distinctive feature with the perpetrator, such evidence will be excluded if its prejudicial effect overbears its probative value. The admission of similar facts is an exception to an exclusionary

vant la preuve, l'auteur du crime appartenait.

Je vais examiner ces arrêts pour décider si les principes qui s'en dégagent appuient la conclusion de la Cour d'appel.

(i) *Les faits similaires*

Dans les affaires de faits similaires, il ne suffit pas d'établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal qui a les mêmes propensions que l'auteur du crime. Il doit y avoir d'autres caractéristiques distinctives. Par conséquent, si le crime a été commis par quelqu'un qui a des tendances homosexuelles, il ne suffit pas d'établir que l'accusé est un homosexuel actif ni même qu'il a pratiqué de nombreux actes homosexuels. La preuve offerte doit tendre à démontrer qu'il y a des similitudes frappantes entre la manière dont l'auteur du crime a commis l'acte criminel et cette preuve. Je cite lord Hailsham, dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), à la p. 454:

[TRADUCTION] ... le fait qu'il est entré par une fenêtre du rez-de-chaussée ne serait certainement pas suffisant pour identifier l'auteur d'une série de vols avec effraction, mais le fait qu'il a laissé le même épigramme sur les murs du salon ou un symbole ésotérique écrit au rouge à lèvres sur le miroir pourrait bien être suffisant. Dans une affaire d'ordre sexuel, pour reprendre un exemple donné au cours des débats devant la Cour d'appel, bien qu'un acte homosexuel répété puisse en lui-même être tout à fait insuffisant pour qu'on admette la preuve à titre de confirmation d'identité ou de dessein, l'allégation que l'auteur de l'acte portait la coiffure de cérémonie d'un chef indien ou un autre costume excentrique pourrait bien suffire dans des circonstances appropriées.

De même, dans l'arrêt *R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la preuve que l'accusé était un homosexuel actif, même si l'agression en cause était un acte homosexuel.

Indépendamment de l'exigence que la preuve offerte tende à démontrer que l'accusé partageait certaines caractéristiques distinctives avec l'auteur du crime, cette preuve sera exclue si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. L'admission de faits similaires est une exception à

rule of evidence which rules out evidence of past misconduct which would tend to show that the accused had the propensity to commit the crime. As pointed out by Lamer J. in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, this rule of exclusion evolved as a result of the repeated exercise of a judicial discretion excluding such evidence because its probative value was outweighed by its prejudicial effect (p. 201). In considering whether an exception should be made, regard must be had for the underlying rationale of the exclusionary rule: does the prejudicial effect of the evidence outweigh its probative value? An exception should be made if the scales tip in favour of probative value. In *Morris, supra*, Lamer J. expressed this principle as follows (at p. 202):

This is not to say that evidence which is relevant to a given issue in a case will of necessity be excluded merely because it also tends to prove disposition. Such evidence will be admitted subject to the judge weighing its probative value to that issue (e.g., identity), also weighing its prejudicial effect, and then determining its admissibility by measuring one to the other. The degree of probative value required to overcome the exclusionary rule is presently the object of some disagreement and the law is as a result somewhat unclear. We do not need consider this aspect of the rule at any length as the facts of this case do not bring us within the exception.

This principle was reaffirmed by La Forest J. (speaking for the majority in this respect) in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670. La Forest J. referred to the cardinal principle of our law of evidence to exclude otherwise relevant evidence if it "may unduly prejudice, mislead or confuse the trier of fact . . ." (p. 714).

Reference was also made to *R. v. Glynn* (1971), 5 C.C.C. (2d) 364 (Ont. C.A.) (leave to appeal refused, [1971] S.C.R. ix), a case in which a murder had apparently been committed by a person with homosexual tendencies. Evidence of previous homosexual acts on the part of the accused were admitted on the issue of identity. That case appears to conflict with *Boardman, supra*, and indeed with the decision in *Taylor*,

une règle d'exclusion de preuve qui écarte la preuve d'inconduite antérieure qui tendrait à démontrer que l'accusé avait la propension à commettre le crime. Comme l'a fait observer le juge Lamer dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, cette règle d'exclusion est le résultat de l'exercice répété d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire qui a exclu ce genre de preuve parce que sa valeur probante avait moins de poids que son effet préjudiciable (p. 201). Quand on se demande s'il faut faire une exception, il faut tenir compte de la raison d'être de la règle d'exclusion: l'effet préjudiciable de la preuve a-t-il plus de poids que sa valeur probante? Si la balance penche en faveur de la valeur probante, il y a lieu de faire une exception. Dans l'arrêt *Morris*, précité, le juge Lamer a exprimé ce principe en ces termes (à la p. 202):

Cela ne signifie pas qu'une preuve qui se rapporte à une question litigieuse donnée sera nécessairement exclue simplement parce qu'elle tend également à établir la propension. Une telle preuve sera recevable à la condition que le juge en détermine d'abord la recevabilité en comparant sa valeur probante relativement à la question soulevée (par exemple, l'identité) et l'effet préjudiciable qu'elle risque d'avoir. Le degré de valeur probante requis pour surmonter la règle d'exclusion fait actuellement l'objet d'un désaccord et le droit est donc quelque peu incertain. Point n'est besoin de nous attarder sur cet aspect de la règle, puisque l'exception ne s'applique pas aux faits en l'espèce.

Le juge La Forest (au nom de la majorité à cet égard) a réaffirmé ce principe dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670. Le juge La Forest a renvoyé au principe fondamental de notre droit de la preuve pour exclure un élément de preuve par ailleurs pertinent s'il «risque de causer un préjudice indu, d'induire en erreur ou d'embrouiller le juge des faits . . .» (p. 714).

On a également mentionné *R. v. Glynn* (1971), 5 C.C.C. (2d) 364 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée, [1971] R.C.S. ix), une affaire dans laquelle un meurtre avait apparemment été commis par une personne ayant des tendances homosexuelles. La preuve d'actes homosexuels antérieurs de la part de l'accusé a été admise relativement à la question de l'identité. Cet arrêt paraît incompatible avec l'arrêt *Boardman*, pré-

supra. The court in *Glynn* was very much impressed by the analogy to a case in which it is shown that the crime was committed by a left-handed person. In such circumstances clearly evidence would be admissible that the accused was left-handed. The analogy is not apt because the evidence of the accused's physical state is not evidence showing propensity or disposition and therefore is not subject to the policy against the reception of such evidence unless its probative value outweighs its prejudicial effect.

(ii) *Psychiatric Evidence Tendered by the Defence*

Cases such as *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (Ont. C.A.), *aff'd* [1977] 2 S.C.R. 824, and *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.) (leave to appeal refused, [1975] 1 S.C.R. xi), were cases in which psychiatric evidence was tendered by the defence. The distinction was aptly put by Spence J. in *McMillan* (at p. 828) affirming the judgment of Martin J.A.:

I further agree ... that when such evidence is adduced by the defence there is no policy preventing its admission such as the requirement of fairness to the accused which applies to prevent its being adduced by the Crown.

This passage suggests that such evidence is never admissible when tendered by the Crown even if it is relevant to some issue.

Martin J.A. reiterated this proposition in *R. v. Speid* (1985), 20 C.C.C. (3d) 534. He said (at p. 545):

Such evidence is, however, excluded by a rule of policy when proffered by the Crown against the accused, notwithstanding its relevance. It was not suggested by Crown counsel that the appellant had put his disposition in issue enabling the Crown to rebut an assertion that he was of non-violent disposition: see *R. v. McMillan*, *supra*.

On the other hand, the Court of Appeal treated the matter as if the only question was whether the evidence had relevance to some other issue, in this case, identity. For instance, Cory J.A. said (at p. 66):

cité, et même avec l'arrêt *Taylor*, précité. Dans l'affaire *Glynn*, la cour a été très impressionnée par l'analogie avec une affaire dans laquelle il était démontré que le crime avait été commis par un gaucher. Dans ces circonstances, la preuve que l'accusé était gaucher serait nettement admissible. L'analogie n'est pas juste parce que la preuve de l'état physique de l'accusé n'est pas une preuve montrant la propension ou la disposition et, par conséquent, elle n'est pas visée par le principe qui écarte ce genre de preuve à moins que sa valeur probante ne l'emporte sur son effet préjudiciable.

(ii) *La preuve psychiatrique offerte par la défense*

Dans les arrêts *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263, *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (C.A. Ont.), *conf.* [1977] 2 R.C.S. 824, et *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée [1975] 1 R.C.S. xi), la défense a offert une preuve psychiatrique. Le juge Spence a bien énoncé la distinction dans l'arrêt *McMillan*, (à la p. 828) confirmant l'arrêt du juge Martin:

De plus, je suis d'accord [...] que lorsque pareille preuve est produite par la défense, il n'y a pas de principe qui s'oppose à sa recevabilité, telle l'exigence d'équité à l'égard de l'accusé qui s'applique pour empêcher qu'elle soit invoquée par le ministère public.

Cet extrait laisse entendre que cette preuve n'est jamais admissible lorsqu'elle est présentée par la poursuite, même si elle est pertinente relativement à un point en litige.

Le juge Martin a répété cette proposition dans l'arrêt *R. v. Speid* (1985), 20 C.C.C. (3d) 534. Il dit (à la p. 545):

[TRADUCTION] Cette preuve est cependant exclue par une règle de principe lorsqu'elle est présentée par la poursuite contre l'accusé, nonobstant sa pertinence. L'avocat de la poursuite n'a pas dit que l'appelant avait mis sa disposition en cause, ce qui aurait permis à la poursuite de réfuter une affirmation qu'il est un non-violent: voir *R. v. McMillan*, précité.

D'autre part, la Cour d'appel a considéré l'affaire comme si la seule question était de savoir si la preuve était pertinente relativement à un autre point, en l'espèce, l'identité. Par exemple, le juge Cory dit (à la p. 66):

The Crown, however, did not seek to refer to the evidence on the issue of propensity but rather on the issue of identity. The evidence was relevant and significant on the question of the identity of the killer of Christine Jessop, and on that issue it was admissible.

In my opinion, the correct view lies in between these two positions. The evidence should not always be excluded, but neither should it necessarily be admitted because it is relevant to an issue. It seems to me that the policy against the admission of such evidence is satisfied if its probative value exceeds its prejudicial effect. On the other hand, that mere fact that the evidence has some relevance does not secure its admissibility if it does not meet this test.

It is illogical to treat evidence tending to show the accused's propensity to commit the crime differently because such propensity is introduced by expert evidence rather than by means of past similar conduct. If in the latter case the evidence is admitted provided its probative value exceeds its prejudicial effect, then the same test of admissibility should apply in the former case.

Accordingly, when the prosecution tenders expert psychiatric evidence, the trial judge must determine whether it is relevant to an issue in the case apart from its tendency to show propensity. If it is relevant to another issue (e.g. identity), it must then be determined whether its probative value on that other issue outweighs its prejudicial effect on the propensity question. In sum, if the evidence's sole relevance or primary relevance is to show disposition, then the evidence must be excluded.

It is difficult and arguably undesirable to lay down stringent rules for the determination of the relevance of a particular category of evidence. Relevance is very much a function of the other evidence and issues in a case. Attempts in the past to define the criteria for the admission of similar facts have not met with much success (see *Cross on Evidence*, op. cit., at pp. 310-11). The test must

[TRANSLATION] La poursuite n'a cependant pas cherché à recourir à la preuve sur la question de la propension, mais plutôt sur la question de l'identité. La preuve était pertinente et importante quant à la question de l'identité du meurtrier de Christine Jessop et, sur ce point, elle était admissible.

À mon avis, la bonne façon de voir se trouve entre ces deux positions. La preuve ne devrait pas toujours être exclue, mais elle ne devrait pas non plus être nécessairement admise parce qu'elle est pertinente relativement à un point en litige. Il me semble que le principe qui s'oppose à l'admission de ce genre de preuve est respecté si sa valeur probante est supérieure à son effet préjudiciable. D'autre part, le simple fait que la preuve a une certaine pertinence n'assure pas son admissibilité si elle ne respecte pas ce critère.

Il est illogique que la preuve qui tend à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime soit traitée différemment parce qu'elle est introduite par un témoignage d'expert plutôt qu'au moyen de la conduite similaire passée. Si, dans le dernier cas, la preuve est admise pourvu que sa valeur probante soit supérieure à son effet préjudiciable, le même critère d'admissibilité devrait s'appliquer au premier cas.

Par conséquent, lorsque la poursuite présente une preuve psychiatrique d'expert, le juge du procès doit déterminer si elle est pertinente relativement à un point litigieux de l'affaire, indépendamment de sa tendance à indiquer la propension. Si elle est pertinente relativement à un autre point (p. ex. l'identité), il faut alors établir si sa valeur probante à cet égard l'emporte sur son effet préjudiciable sur la question de la propension. En somme, si l'unique pertinence ou la pertinence principale de la preuve est de démontrer une propension, alors il faut exclure la preuve.

Il est difficile et peut-on prétendre peu souhaitable de formuler des règles strictes pour servir à déterminer la pertinence d'une catégorie particulière de preuve. La pertinence dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire. Les tentatives pour définir par le passé les critères d'admission de faits similaires n'ont pas connu beaucoup de succès

be sufficiently flexible to accommodate the varying circumstances in which it must be applied.

In my opinion, in order to be relevant on the issue of identity the evidence must tend to show that the accused shared a distinctive unusual behavioural trait with the perpetrator of the crime. The trait must be sufficiently distinctive that it operates virtually as a badge or mark identifying the perpetrator. The judgment of Lord Hailsham in *Boardman*, quoted above, provides one illustration of the kind of evidence that would be relevant.

Similarly, psychiatric evidence that the male accused had a strong inclination to choke his female partner during intercourse would be relevant on the issue of identity in a murder case in which death ensued to the female victim as a result of strangulation during intercourse with the perpetrator.

Conversely, the fact that the accused is a member of an abnormal group some of the members of which have the unusual behavioural characteristics shown to have been possessed by the perpetrator is not sufficient. In some cases it may, however, be shown that all members of the group have the distinctive unusual characteristics. If a reasonable inference can be drawn that the accused has those traits then the evidence is relevant subject to the trial judge's obligation to exclude it if its prejudicial effect outweighs its probative value. The greater the number of persons in society having these tendencies, the less relevant the evidence on the issue of identity and the more likely that its prejudicial effect predominates over its probative value.

The evidence of Dr. Orchard referred to above amounts to no more than this. The appellant is a simple schizophrenic. A small percentage of simple schizophrenics have the tendency or capability of committing the crime in question in the abnormal fashion in which it was committed. There is no evidence that the appellant has these tendencies or capability unless one assumes, as Dr. Orchard was asked to do, that the appellant committed the

(voir *Cross on Evidence*, op. cit., aux pp. 310 et 311). Le critère doit présenter suffisamment de souplesse pour s'adapter aux circonstances diverses dans lesquelles il doit être appliqué.

^a À mon avis, pour être pertinente relativement à la question de l'identité, la preuve doit tendre à démontrer que l'accusé partageait avec l'auteur du crime un trait de comportement distinctif inhabituel. Le trait doit être distinctif au point d'agir presque comme une étiquette ou une marque qui identifie l'auteur du crime. L'extrait précité des motifs de lord Hailsham dans l'arrêt *Boardman* donne un exemple du genre de preuve qui serait pertinente.

^b De même, la preuve psychiatrique que l'accusé avait une forte tendance à étrangler sa partenaire pendant les rapports sexuels serait pertinente relativement à la question de l'identité dans une affaire de meurtre où la victime est morte par suite de strangulation pendant des rapports sexuels avec l'auteur du crime.

^c Inversement, l'appartenance de l'accusé à un groupe anormal dont certains membres présentent des caractéristiques de comportement inhabituelles que possédait l'auteur du crime, n'est pas suffisante. Dans certains cas, cependant, il peut être démontré que tous les membres du groupe ont les caractéristiques distinctives inhabituelles. Si on peut raisonnablement en déduire que l'accusé possède ces traits, la preuve est alors pertinente sous réserve de l'obligation du juge du procès de l'exclure si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Plus le nombre de personnes dans la société présente ces tendances, moins la preuve est pertinente relativement à la question de l'identité et plus il est vraisemblable que son effet préjudiciable soit supérieur à sa valeur probante.

^d Le témoignage déjà mentionné du Dr Orchard signifie simplement ce qui suit. L'appelant est un simple schizophrène. Un faible pourcentage de simples schizophrènes ont tendance à commettre le crime en question de la manière anormale dont il a été commis ou la capacité de le faire. Il n'y a aucune preuve que l'appelant a ces tendances ou cette capacité à moins que l'on ne présume, comme on a demandé au Dr Orchard de le faire, que

crime. Accordingly the learned trial judge was right when he ruled that the evidence was not admissible as proof that the appellant did, in fact, kill Christine Jessop. There was, therefore, no error at trial in this respect.

Fresh Evidence

In view of the conclusion reached with respect to the second ground, it is unnecessary to deal with the ground of appeal relating to the refusal by the Court of Appeal to permit the introduction of fresh evidence. This evidence was designed to explain the testimony of Dr. Orchard referred to above in order to support the contention that it was not relevant.

In view of the procedure adopted by the appellant in this case and the absence of any guidance in the rules or authorities as to the practice in this Court in respect of this matter, I propose to make a few observations which I hope will be helpful. This is not intended as a criticism of counsel in this case.

In *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, McIntyre J. has dealt exhaustively with the procedure to be followed in the Court of Appeal when fresh evidence is sought to be introduced under s. 610 of the *Criminal Code*. *Stolar* was a case in which the fresh evidence was tendered in aid of an order for a new trial on the basis that its availability at trial could reasonably have affected the verdict.

The fresh evidence in this appeal was not sought for that purpose but in aid of a submission that there should not be a new trial. The Court of Appeal dismissed the application. As pointed out by McIntyre J. in *Stolar*, at p. 491, they are empowered to do so. Indeed, that is the correct course where the conditions for the introduction of fresh evidence are absent. This Court was not given the same opportunity by reason of the procedure adopted. The refusal of the Court of Appeal was made a ground of appeal, the fresh evidence of Dr. Orchard was included in the Case on Appeal (apparently by agreement between counsel), referred to in the appellant's factum and during

l'appelant a commis le crime. Par conséquent, le savant juge du procès a eu raison de décider que la preuve n'était pas admissible comme preuve que l'appelant avait, en fait, tué Christine Jessop. Il n'y a donc pas eu d'erreur au procès à cet égard.

La nouvelle preuve

Compte tenu de ma conclusion sur le second moyen, il est inutile d'examiner le moyen d'appel portant sur le refus de la Cour d'appel de permettre la présentation d'une nouvelle preuve. Cette preuve était destinée à expliquer le témoignage déjà mentionné du Dr Orchard afin d'appuyer la prétention qu'il n'était pas pertinent.

Vu la façon de procéder adoptée par l'appelant en l'espèce et en l'absence de toute indication dans les règles ou les précédents sur la pratique en cette Cour à cet égard, je vais faire quelques observations qui, je l'espère, seront utiles. Elles ne se veulent pas une critique des avocats en l'espèce.

Dans l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, le juge McIntyre a traité en détail de la procédure à suivre en Cour d'appel lorsqu'on cherche à présenter une nouvelle preuve en vertu de l'art. 610 du *Code criminel*. Dans l'affaire *Stolar*, on avait offert une nouvelle preuve à l'appui d'une ordonnance de nouveau procès sur le fondement que, si elle avait pu être présentée au procès, il était raisonnable de croire que le verdict aurait été différent.

En l'espèce, on a plutôt cherché à présenter la nouvelle preuve pour appuyer la prétention qu'il ne devrait pas y avoir de nouveau procès. La Cour d'appel a rejeté la demande. Comme l'a signalé le juge McIntyre dans l'arrêt *Stolar*, à la p. 491, elle a le pouvoir de le faire. C'est même la bonne façon de faire lorsque les conditions de présentation d'une nouvelle preuve sont absentes. Cette Cour n'a pas eu la même possibilité en raison de la procédure adoptée. Le refus de la Cour d'appel est devenu un moyen d'appel, le nouveau témoignage du Dr Orchard a été inclus dans le dossier conjoint (apparemment du consentement des avocats), mentionné dans le mémoire de l'appelant et au

oral argument, all as if the Court had ruled that it would hear the evidence.

I can understand the appellant's dilemma. If reference was to be made to the evidence during the argument of this appeal it would not await a determination of that ground of appeal unless that ground was argued first and disposed of before the rest of the appeal was heard.

In order to solve this dilemma, a party who intends to introduce fresh evidence in the argument of an appeal in this Court should apply by motion to this Court for an order admitting the new evidence. The application should be supported by an affidavit establishing the pre-conditions for the reception of such evidence (see *Stolar, supra*, and *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759). No such affidavit was filed by the appellant in this Court, nor apparently in the Court of Appeal.

If this procedure is adopted when the Court of Appeal has refused to hear the evidence, a motion can be made to this Court in advance of the appeal to determine whether it will hear the evidence. Nothing is gained by making the Court of Appeal's refusal a ground of appeal since the criteria for admissibility of the evidence are precisely the same in this Court as in the Court of Appeal.

Disposition

What consequences flow from the finding of misdirection on ground one but not ground two?

In the Court of Appeal, Cory J.A. would not have directed a new trial by reason of the heavy onus resting on the Crown in the case of an appeal from an acquittal. He was also of the opinion that the jury must have accepted the alibi evidence introduced by the defence or had a reasonable doubt with respect to it.

Robins J.A. would have directed a new trial based on the two errors. It is not clear that he would not have done so on the basis of the error in ground one alone. At the conclusion of his reasons relating to ground one he said (at p. 81):

cours des plaidoiries, tout cela comme si la Cour avait décidé d'entendre le témoignage.

Je peux comprendre le dilemme de l'appelant. Si mention du témoignage devait être faite au cours des plaidoiries en l'espèce, cela se ferait avant une décision sur ce moyen d'appel à moins qu'il ne soit d'abord plaidé et tranché avant l'audition du reste du pourvoi.

Pour résoudre ce dilemme, une partie, qui a l'intention de présenter une nouvelle preuve au cours des plaidoiries dans un pourvoi devant cette Cour, devrait présenter à cette Cour une requête en recevabilité d'une nouvelle preuve. La requête devrait être appuyée d'un affidavit établissant les conditions préalables à la recevabilité de cette preuve (voir les arrêts *Stolar*, précité, et *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759). L'appelant n'a pas produit ce genre d'affidavit en cette Cour ni, apparemment, en Cour d'appel.

Si cette procédure est adoptée, quand la Cour d'appel a refusé de recevoir la preuve on peut, par requête adressée à cette Cour avant l'audition du pourvoi, lui demander si elle la recevra. On ne gagne rien à faire du refus de la Cour d'appel un moyen d'appel puisque les critères d'admissibilité de la preuve sont exactement les mêmes en cette Cour et en Cour d'appel.

Conclusion

Quelles conséquences la conclusion qu'il y a eu directive erronée à l'égard du premier moyen mais non à l'égard du second a-t-elle?

En Cour d'appel, le juge Cory n'aurait pas ordonné la tenue d'un nouveau procès à cause du lourd fardeau imposé à la poursuite dans le cas d'un appel contre un acquittement. Il a également exprimé l'opinion que le jury avait dû accepter la preuve d'alibi présentée par la défense ou qu'il avait un doute raisonnable à cet égard.

Le juge Robins aurait ordonné un nouveau procès à cause des deux erreurs. Il n'est pas clair qu'il ne l'aurait pas fait à cause de l'erreur à l'égard du premier moyen seulement. À la fin de ses motifs sur le premier moyen, il a dit (à la p. 81):

The correct instruction stated as it was in general terms did not overcome the possible consequences of the incorrect instructions aimed as they were one by one at separate parts of the Crown's case relating to the identity of the killer of Christine Jessop. In my opinion, the considerations which led to a new trial being directed in *Bouvier* apply with equal force to this situation.

Brooke J.A. attached a great deal of importance to the misdirection relating to the burden of proof and concluded (at p. 85) that:

I think the onus on the Crown is satisfied when one examines the result of departing from the principle that proof beyond a reasonable doubt applies when the jury considers the whole of the evidence which it believes to determine the guilt or innocence of the accused, and not the test which is applied to individual pieces of the evidence. As to the individual pieces of the evidence, the fundamental issue is whether or not the jury believes that evidence and the facts that are to be found from it.

The onus resting on the Crown when it appeals an acquittal was settled in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. It is the duty of the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do.

I do not agree with Cory J.A. that we can say that the jury accepted or was in doubt about the alibi evidence. As pointed out by Mr. Fairgrieve, counsel for the respondent, the jury might not have found it necessary to deal with the alibi because when the Crown's evidence was examined piecemeal and subjected in isolation to the criminal standard, there was no case left against the appel-

[TRADUCTION] La bonne directive énoncée en des termes généraux n'écartait pas les conséquences possibles des directives erronées qui visaient une à une des parties distinctes de la preuve de la poursuite relative à l'identité du meurtrier de Christine Jessop. À mon avis, les considérations qui ont motivé l'ordonnance de nouveau procès dans l'affaire *Bouvier* s'appliquent avec autant de force à la présente situation.

Le juge Brooke a accordé une grande importance à la directive erronée relative à la charge de la preuve et a conclu (à la p. 85):

[TRADUCTION] Je crois que la poursuite s'est acquittée de la charge qui lui incombait quand on examine les conséquences de la non-application du principe que la preuve hors de tout doute raisonnable est la règle lorsque le jury examine l'ensemble de la preuve qui, à son avis, détermine la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et non le test qui est appliqué à des éléments de preuve individuels. Quant aux éléments de preuve individuels, la question fondamentale est de savoir si le jury croit cette preuve et les faits qu'il faut en dégager.

L'étendue de la charge qui incombe à la poursuite quand elle en appelle d'un acquittement a été établie dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La poursuite a l'obligation de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire.

Je ne partage pas l'avis du juge Cory selon lequel nous pouvons dire que le jury a accepté la preuve d'alibi ou avait des doutes à son égard. Comme l'a signalé M^e Fairgrieve, avocat de l'intimée, le jury a pu ne pas estimer nécessaire de traiter de l'alibi parce que, après avoir examiné élément par élément la preuve à charge et les avoir soumis isolément à la norme en matière criminelle,

lant. Or the jury may have rejected the alibi but found that what was left of the Crown's case did not satisfy them beyond a reasonable doubt.

The charge with respect to the burden of proof lays down for the jury one of the most fundamental rules of the game. Experience and jury studies tend to confirm the importance of these rules in relation to the outcome (see *Wigmore on Evidence*, op. cit., § 2497, fn. 9). The Court of Appeal recognized this principle in *Bouvier*, *supra*, and was affirmed by this Court. If, as I have found, the jury accepted the instruction and examined the evidence separately subjecting each item to the standard of proof beyond a reasonable doubt, then the whole process of decision was distorted and there has not been a proper trial of the appellant.

In my opinion, therefore, the Crown has discharged the onus. Given the cogency of the evidence, I have the requisite degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same if the proper instruction had been given.

Accordingly, the appeal is dismissed.

The reasons of Lamer and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice Sopinka, and while I agree with his disposition of the appellant's second ground of appeal for the reasons given by him and with his disposition of the appeal as a whole, i.e., to dismiss it, I have some reservations about his approach to the reasonable doubt issue. I prefer therefore to write my own concurring reasons on this aspect of the appeal.

All three members of the Court of Appeal (1987), 36 C.C.C. (3d) 50 found that the following passages from Craig J.'s charge to the jury were erroneous:

(i) (in the context of credibility)

If you have a reasonable doubt about any of the evidence you will give the benefit of the doubt to the accused with respect to such evidence.

il ne restait plus rien qui soit opposable à l'appellant. Ou encore le jury a pu rejeter la défense d'alibi, mais conclure que ce qui restait de la preuve à charge ne le convainquait pas hors de tout doute raisonnable.

L'exposé sur la charge de la preuve présente au jury une des règles du jeu les plus fondamentales. L'expérience et les études sur le jury tendent à confirmer l'importance de ces règles sur le résultat (voir *Wigmore on Evidence*, op. cit., § 2497, note 9). Ce principe a été reconnu par la Cour d'appel dans l'arrêt *Bouvier*, précité, et a été confirmé par cette Cour. Si, comme je l'ai conclu, le jury a accepté la directive et examiné les éléments de preuve séparément, soumettant chacun à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable, alors tout le processus de décision a été faussé et l'appellant n'a pas eu un procès régulier.

À mon avis, donc, la poursuite s'est acquittée de la charge qui lui incombait. Étant donné la force de la preuve, j'ai le degré requis de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si la directive appropriée avait été donnée.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs des juges Lamer et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka et, bien que je sois d'accord avec sa conclusion quant au second moyen d'appel de l'appellant pour les motifs qu'il a donnés et avec sa conclusion quant au pourvoi dans son ensemble, c'est-à-dire de le rejeter, j'ai quelques réserves au sujet de son interprétation de la question du doute raisonnable. Je préfère donc rédiger mes propres motifs concordants sur cet aspect du pourvoi.

Les trois juges de la Cour d'appel (1987), 36 C.C.C. (3d) 50 ont conclu que les passages suivants de l'exposé du juge Craig au jury étaient erronés:

[TRADUCTION]

(i) (concernant la crédibilité)

Si vous avez un doute raisonnable quant à un témoignage, vous accorderez à l'accusé le bénéfice du doute à cet égard. Ayant décidé quel

Having decided what evidence you consider worthy of belief, you will consider it as a whole, of course, in arriving at your verdict.

(ii) (with respect to the hair and fibre evidence)

It seems to me that this evidence does not go beyond proving that Christine could have been in the Honda motor vehicle and that the accused could have been at the scene of killing and, of course, that is not proof beyond a reasonable doubt.

(iii) (with respect to the respondent's statements to the undercover officer)

I was going to go on to say that if you find that the evidence of the accused at trial here represents the correct interpretation of those tapes and transcripts, or parts of the tapes and transcripts, or if you have a reasonable doubt that that might be so, you will give him the benefit of the doubt as to those parts of the tapes or transcripts and adopt his interpretation.

(iv) (with respect to the respondent's statements to his cellmate)

Now, as to the evidence in relation to that part of the tape that I have just read, if you find the evidence of the accused at trial represents the correct interpretation of that exchange, or if you have a reasonable doubt that that may be so, you will give the benefit of the doubt to the accused and adopt his interpretation.

Cory J.A. concluded (for the Court) that they constituted misdirection because "the standard of proof beyond a reasonable doubt does not apply to the individual items of evidence which make up the Crown's case but rather to the total body of evidence upon which the Crown relies to prove the guilt of the accused" (p. 60).

Mr. Ruby takes issue with this statement. He submits that the Court of Appeal failed to recognize that the deliberations of the jury involve a two-stage process and that the reasonable doubt doctrine plays a role at both stages. If the evidence does not pass the first stage, Mr. Ruby submits, it never gets considered at the second stage. I believe that the authorities relied on by Mr. Ruby support his submission that reasonable doubt plays two distinct roles in the criminal trial process.

témoignage vous estimez digne de foi, vous l'examinerez dans son ensemble, évidemment, pour arriver à votre verdict.

(ii) (concernant les cheveux et les fibres)

Il me semble que cette preuve ne fait pas plus que démontrer que Christine a pu se trouver dans l'auto Honda et que l'accusé a pu se trouver sur les lieux du meurtre et, évidemment, ce n'est pas là une preuve hors de tout doute raisonnable.

(iii) (concernant les déclarations de l'intimé à l'agent secret)

J'allais vous dire que si vous concluez que le témoignage de l'accusé à ce procès constitue la bonne interprétation de ces bandes et de ces transcriptions, ou de parties de celles-ci, ou si vous avez un doute raisonnable que ce pourrait être le cas, vous lui accorderez le bénéfice du doute quant à ces parties des bandes ou transcriptions et vous adopterez son interprétation.

(iv) (concernant la déclaration de l'intimé à son compagnon de cellule)

Maintenant, quant à ce témoignage relativement à cette partie de la bande que je viens de lire, si vous concluez que le témoignage de l'accusé au procès constitue la bonne interprétation de cette conversation, ou si vous avez un doute raisonnable que ce peut être le cas, vous accorderez le bénéfice du doute à l'accusé et adopterez son interprétation.

Le juge Cory a conclu (au nom de la Cour d'appel) qu'il s'agissait de directives erronées parce que [TRADUCTION] «la norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas aux éléments de preuve individuels qui forment la cause de la poursuite, mais plutôt à tout l'ensemble de la preuve sur laquelle se fonde la poursuite pour établir la culpabilité de l'accusé» (p. 60).

M^e Ruby conteste cette affirmation. Il allègue que la Cour d'appel n'a pas reconnu que les délibérations du jury comportent une démarche en deux étapes et que la doctrine du doute raisonnable joue un rôle dans chacune. Si la preuve ne passe pas la première étape, allègue-t-il, elle n'est jamais examinée à la seconde étape. Je crois que la jurisprudence et la doctrine qu'invoque M^e Ruby appuient son allégation que le doute raisonnable joue deux rôles distincts dans un procès criminel.

First, at the primary level, the facts upon which the jury rely in order to arrive at a determination of guilt must be established beyond a reasonable doubt. This does not mean, as the trial judge apparently thought, that each fact in isolation from the rest must be proved beyond a reasonable doubt. Rather, it means that the jury must be satisfied, within the context of all the facts of the case, that each of the facts they rely on for a finding of guilt has been proved beyond a reasonable doubt. After looking at the context of all the facts, if the jury still has a reasonable doubt about a particular fact, this doubt must be resolved in favour of the accused and that piece of evidence rejected.

At the second level, reasonable doubt operates in the determination of guilt or innocence. The jury must look at the totality of the evidence and determine whether on the proved facts, i.e., on those facts which have survived the scrutiny at the primary level, the accused is guilty. If there remains a reasonable doubt as to the accused's guilt, the doubt must be resolved in favour of the accused and a verdict of not guilty entered. Neither counsel questions this latter proposition. The Court of Appeal's statement that "reasonable doubt does not apply to the individual items of evidence which make up the Crown's case" does, however, cast doubt on the role of the doctrine at the first stage of the process. Was the Court of Appeal wrong? In my view, both authority and logic suggest that it was.

In *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570, Lamer J. made the following comment at p. 573 on the issue of the standard of proof which must be met for the facts upon which a conviction is based:

The jurors cannot accept his version [of the facts], or any part of it, unless they are satisfied beyond all reasonable doubt, having regard to all the evidence, that the events took place in this manner; otherwise, the accused is entitled, unless a fact has been established beyond a reasonable doubt, to the finding of fact the most favourable to him, provided of course that it is based on evidence in the record and not mere speculation. [Emphasis added.]

D'abord, au premier niveau, les faits sur lesquels se fonde le jury pour arriver à un verdict de culpabilité doivent être établis hors de tout doute raisonnable. Cela ne signifie pas, comme le juge du procès semble l'avoir pensé, que chaque fait pris isolément doit être prouvé hors de tout doute raisonnable. Cela signifie plutôt que le jury doit être convaincu, dans le contexte de tous les faits de la cause, que chacun des faits sur lesquels il se fonde pour conclure à la culpabilité a été prouvé hors de tout doute raisonnable. Si, après avoir examiné le contexte de tous les faits, le jury a encore un doute raisonnable sur un fait particulier, ce doute doit profiter à l'accusé et cet élément de preuve être rejeté.

Au second niveau, le doute raisonnable influe sur la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Le jury doit examiner la totalité de la preuve et déterminer si, suivant les faits établis, c'est-à-dire suivant les faits qui ont résisté à l'examen au premier niveau, l'accusé est coupable. S'il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, le doute doit profiter à l'accusé et un verdict de non-culpabilité inscrit. Aucun des avocats n'a contesté cette dernière proposition. L'affirmation de la Cour d'appel que «la norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas aux éléments de preuve individuels qui forment la cause de la poursuite» jette cependant un doute sur le rôle de la doctrine à la première étape du processus. La Cour d'appel s'est-elle trompée? À mon avis, tant la jurisprudence que la logique semblent indiquer une réponse affirmative.

Dans l'arrêt *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570, le juge Lamer a fait le commentaire suivant à la p. 573 sur la norme de preuve à laquelle doivent satisfaire les faits sur lesquels est fondée une déclaration de culpabilité:

Les jurés ne peuvent retenir sa version [des faits], ou portion de celle-ci, que s'ils sont, en regard de toute la preuve, satisfaits hors de tout doute raisonnable que les événements se sont passés comme tels; à défaut de quoi, et à moins qu'un fait ne soit prouvé hors de tout doute raisonnable, l'accusé a droit à la détermination de fait qui lui est la plus favorable, en autant, bien sûr, qu'elle repose sur une preuve au dossier et n'est pas pure spéculation. [Je souligne.]

I believe this statement is addressing the role of the reasonable doubt doctrine at the primary, i.e., the fact-finding stage. It requires a fact elicited through the mouth of a witness to be assessed by the jury in the context of all the evidence and to be rejected if it has not been proved beyond a reasonable doubt.

In *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, Chief Justice Dickson, speaking on this particular point for a unanimous Court, cited the foregoing passage from *Nadeau* with approval and applied the reasonable doubt doctrine to the fact-finding process. Referring to the judge's charge in *Thatcher* he said at p. 701:

Moreover, early on in his charge he stated:

It is up to you to weigh the evidence of each witness, one against the other, and determine what you find to be true and reject what you do not believe. [Emphasis in original.]

When the offending passages are read with the above and subsequent admonitions, it is clear—and, I believe, must have been clear to the jury—that the trial judge means “accept beyond a reasonable doubt” when he refers to “accepting” Crown evidence, and means “accept as raising a reasonable doubt” when he refers to “accepting” defence evidence. I believe there was no error made when the charge is read as a whole.

The issue was addressed in much greater depth by the High Court of Australia in *Chamberlain v. The Queen*, [1984] 58 A.L.J.R. 133. Gibbs C.J. and Mason J. set out the question as follows at p. 139:

The final question of law that arises is whether, in a case where the evidence is circumstantial, each fact on which an inference is sought to be based must itself be proved beyond a reasonable doubt. In considering this matter it is necessary to keep distinct a number of questions which tend to be confused. In the first place, the question arises whether the proper method of approach to the facts is for the jury to consider each item of evidence separately, and to eliminate it from consideration unless satisfied about it beyond a reasonable doubt.

Je crois que cet énoncé vise le rôle de la doctrine du doute raisonnable à la première étape, c'est-à-dire celle de la recherche des faits. Elle exige qu'un fait exposé oralement par un témoin soit évalué par le jury dans le contexte de toute la preuve et rejeté s'il n'a pas été prouvé hors de tout doute raisonnable.

Dans l'arrêt *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, le juge en chef Dickson, exprimant sur ce point l'opinion unanime de la Cour, a cité l'extrait précédent de l'arrêt *Nadeau* en l'approuvant et a appliqué la doctrine du doute raisonnable au processus de recherche des faits. En parlant de l'exposé du juge dans l'affaire *Thatcher*, il dit à la p. 701:

De plus, il avait déjà déclaré ceci dans son exposé au jury:

[TRADUCTION] Il vous revient d'évaluer le témoignage de chaque témoin, l'un en fonction de l'autre, de déterminer ce que vous croyez être vrai et de rejeter ce à quoi vous n'ajoutez pas foi. [Souligné dans l'original.]

Lorsque les passages fautifs sont rapprochés de cet avertissement et des avertissements subséquents, il est évident, et, à mon avis il doit avoir été évident pour le jury, que le juge du procès veut dire «accepter hors de tout doute raisonnable» lorsqu'il parle d'«accepter» les éléments de preuve du ministère public et veut dire «accepter comme soulevant un doute raisonnable» lorsqu'il parle d'«accepter» les éléments de preuve de la défense. Je crois qu'aucune erreur n'a été commise si on lit l'exposé dans son ensemble.

La High Court d'Australie a examiné la question beaucoup plus en profondeur dans l'arrêt *Chamberlain v. The Queen*, [1984] 58 A.L.J.R. 133. Le juge en chef Gibbs et le juge Mason ont formulé la question en ces termes à la p. 139:

[TRADUCTION] La dernière question de droit qui se pose est de savoir si, dans une affaire où la preuve est de nature circonstancielle, chaque fait sur lequel on cherche à fonder une déduction doit lui-même être prouvé hors de tout doute raisonnable. Dans l'examen de cette question, il ne faut pas mélanger un certain nombre de questions qui tendent à être confondues. En premier lieu, il faut déterminer si la bonne méthode pour le jury d'aborder les faits est d'examiner chaque élément de preuve séparément et de l'éliminer s'il n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable à son égard.

The Justices repudiated that approach. They stated at p. 139:

We have no doubt that the position is correctly stated in the following passage in *R. v. Beble*, [1979] Qd. R. 278 at 289, that "It is not the law that a jury should examine separately each item of evidence adduced by the prosecution, apply the onus of proof beyond reasonable doubt as to that evidence and reject it if they are not so satisfied". At the end of the trial the jury must consider all the evidence, and in doing so they may find that one piece of evidence resolves their doubts as to another. For example, the jury, considering the evidence of one witness by itself, may doubt whether it is truthful, but other evidence may provide corroboration, and when the jury considers the evidence as a whole they may decide that the witness should be believed. Again, the quality of evidence of identification may be poor, but other evidence may support its correctness; in such a case the jury should not be told to look at the evidence of each witness "separately in, so to speak, a hermetically sealed compartment"; they should consider the accumulation of the evidence . . .

At page 140 the Justices expressed their agreement with the observation in *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353 (S.C. *in banco*), at p. 379, that it is "an obvious proposition in logic, that you cannot be satisfied beyond reasonable doubt of the truth of an inference drawn from facts about the existence of which you are in doubt".

The Justices then tried to resolve a confusion (p. 140) that had arisen from another passage in *Van Beelen* which had been taken by some to suggest that the jury was literally required to split up their deliberations into two separate stages:

The court [in *Van Beelen*] said, at p. 374:

"But the requirement of proof beyond reasonable doubt relates to the final stage in the process; the jury is not, in our view, required to split up the various stages in the process of reasoning leading to the conclusion of guilt beyond reasonable doubt and to apply some particular standard of proof to each of those steps . . . and to instruct them to do so would, in our view, be confusing and possibly misleading and would tend to the imposition of an artificial and scholastic straight-jacket on their deliberations.

Les juges ont rejeté cette méthode. Ils ont dit à la p. 139:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas de doute que la position est correctement formulée dans l'extrait suivant de l'arrêt *R. v. Beble*, [1979] Qd. R. 278, à la p. 289: «Il n'est pas reconnu en droit qu'un jury doit examiner séparément chaque élément de preuve produit par la poursuite, appliquer à cet élément la charge de la preuve hors de tout doute raisonnable et le rejeter s'il n'a pas cette conviction». À la fin du procès, le jury doit examiner toute la preuve et, ce faisant, il peut conclure qu'un élément de preuve dissipe ses doutes quant à un autre. Par exemple, dans l'examen de la déposition d'un témoin en elle-même, le jury peut douter de sa véracité, mais d'autres éléments de preuve peuvent le corroborer et, lorsque le jury examine la preuve comme un tout, il peut décider de croire ce témoin. Encore une fois, la qualité de la preuve d'identification peut être faible, mais d'autres éléments de preuve peuvent appuyer son exactitude; en pareil cas, on ne devrait pas dire au jury d'examiner la déposition de chaque témoin «séparément dans, pour ainsi dire, un compartiment hermétiquement fermé»; il doit examiner la somme des éléments de preuve . . .

À la page 140, les juges ont exprimé leur accord avec l'observation formulée dans l'arrêt *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353 (S.C. *en banc*), à la p. 379, qu' [TRADUCTION] «il est tout à fait logique qu'on ne puisse être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'exactitude d'une déduction tirée de faits dont l'existence soulève un doute».

Les juges ont alors tenté de dissiper une confusion (à la p. 140) qu'avait suscitée un autre extrait de l'arrêt *Van Beelen* que d'aucuns avaient interprété comme suggérant que le jury était littéralement tenu de diviser ses délibérations en deux étapes distinctes:

[TRADUCTION] La cour [dans l'arrêt *Van Beelen*] a dit, à la p. 374:

«Mais l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable se rapporte à l'étape finale du processus; à notre avis, le jury n'est pas tenu de diviser les diverses étapes du processus de raisonnement conduisant à la conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable et d'appliquer une norme de preuve particulière à chacune de ces étapes [. . .] et, à notre avis, lui donner comme directive d'agir de cette façon serait susceptible de créer de la confusion et éventuellement de l'induire en erreur et tendrait à imposer à ses délibérations un carcan artificiel et théorique.

That, of course, does not mean that they ought to be encouraged or permitted to draw inferences of guilt from doubtful facts. As a matter of common sense it is impossible to infer guilt beyond reasonable doubt from facts which are in doubt. There is a clear distinction between drawing an inference of guilt from a combination of several proved facts, none of which by itself would support the inference, and drawing an inference of guilt from several facts whose existence is in doubt. In the first place the combination does what each fact taken in isolation could not do; in the second case the combination counts for nothing."

It is clear that the first part of this statement was not intended to contradict the second. It refers only to the manner in which the jury should be directed. It is quite correct to say that the jury are not required to split up the various stages in the process of their reasoning: they are not required to make findings on questions of primary fact, and jurors who agree in reaching the same ultimate conclusion may nevertheless disagree as to what evidence is to be accepted, or as to what inferences are to be drawn from evidence which they do accept. However, that does not mean that the jury may draw an inference of guilt from a fact which is not proved beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

The Justices then (p. 140) adopted the following passage from *Van Beelen* as to what instruction should be given to the jury:

We think, as we shall develop later, that the jury should be told that they can draw inferences only from facts which are clearly proved, but further than that it is neither necessary nor desirable to go.

and rejected a criticism which had been made of it:

Sir Richard Eggleston in *Evidence, Proof and Probability* (2nd ed., 1983), p. 122, expresses the view that this statement is erroneous. With all respect we do not agree with the criticism of the learned author, but it must be understood that the court was intending to say that inferences cannot be drawn from facts that remain doubtful at the end of the jury's consideration, and did not mean that facts which, viewed in isolation, seem doubtful must be disregarded. However, in our opinion, it must follow from the reasoning in *R. v. Van Beelen* that the jury can draw inferences only from facts which are proved beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

Évidemment, cela ne signifie pas qu'il faudrait l'encourager ou l'autoriser à tirer des conclusions de culpabilité à partir de faits douteux. Le bon sens nous dit qu'il est impossible de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable à partir de faits douteux. Il existe une distinction claire entre déduire la culpabilité d'une combinaison de plusieurs faits établis dont aucun en lui-même n'appuie la déduction, et déduire la culpabilité à partir de différents faits dont l'existence est douteuse. Dans le premier cas, la combinaison accomplit ce que chaque fait pris isolément ne peut accomplir; dans le second, la combinaison n'a aucun effet.»

Il est évident que la première partie de cette affirmation ne voulait pas contredire la seconde. Elle parle seulement de la manière de donner des directives au jury. Il est tout à fait exact de dire que le jury n'est pas tenu de diviser les diverses étapes de son processus de raisonnement: il n'est pas tenu de tirer des conclusions sur des questions de fait primaire, et les jurés qui sont d'accord sur la conclusion peuvent néanmoins être d'avis différents quant à savoir quels éléments de preuve doivent être acceptés, ou quelles conclusions doivent être tirées des éléments de preuve qu'ils acceptent. Cela ne signifie toutefois pas que le jury peut tirer une conclusion de culpabilité à partir d'un fait qui n'est pas prouvé hors de toute doute raisonnable. [Je souligne.]

Les juges ont alors (à la p. 140) adopté le passage suivant de l'arrêt *Van Beelen* quant à la directive qu'il faut donner au jury:

[TRADUCTION] Nous pensons, comme nous l'explicitons plus loin, qu'il faut dire au jury qu'il ne peut faire de déductions qu'à partir des faits qui sont clairement prouvés, mais qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'aller plus loin.

et ils ont rejeté une critique dont il avait fait l'objet:

[TRADUCTION] Dans l'ouvrage *Evidence, Proof and Probability* (2nd ed., 1983), à la p. 122, sir Richard Eggleston exprime l'opinion que cette affirmation est erronée. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord avec la critique de l'auteur, mais il faut comprendre que la cour voulait dire que des déductions ne peuvent être faites à partir de faits qui demeurent douteux à la fin de l'examen du jury, et qu'elle ne voulait pas dire que les faits qui, pris isolément, semblent douteux doivent être écartés. À notre avis, cependant, il découle nécessairement du raisonnement dans l'arrêt *R. v. Van Beelen* que le jury ne peut faire de déductions qu'à partir de faits qui sont prouvés hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

The Justices referred at p. 141 to the conflict of authority on the subject in the United States:

In the United States there is a conflict of authority on the question, and we do not share Wigmore's apparent preference for the view that it is only the whole issue (or the elements of the offence) that must be proved beyond a reasonable doubt: *Wigmore on Evidence* (3rd. ed., 1940), vol. IX, p. 324.

Murphy J. concurred with Gibbs C.J. and Mason J. at p. 155:

I agree that requirement of proof beyond reasonable doubt means that any fact should not be accepted for the purpose of inferring guilt unless, in the light of all the evidence, existence of that fact is established beyond reasonable doubt. Every crucial element must be proved beyond reasonable doubt.

Brennan J. added his concurrence at p. 168:

The prosecution case rested on circumstantial evidence. Circumstantial evidence can, and often does, clearly prove the commission of a criminal offence, but two conditions must be met. First, the primary facts from which the inference of guilt is to be drawn must be proved beyond reasonable doubt. No greater cogency can be attributed to an inference based upon particular facts than the cogency that can be attributed to each of those facts. Secondly, the inference of guilt must be the only inference which is reasonably open on all the primary facts which the jury finds. The drawing of the inference is not a matter of evidence: it is solely a function of the jury's critical judgment of men and affairs, their experience and their reason. An inference of guilt can safely be drawn if it is based upon primary facts which are found beyond reasonable doubt and if it is the only inference which is reasonably open upon the whole body of primary facts.

Only Deane J. disagreed on this issue (p. 181).

I find the position taken by the majority in *Chamberlain* compelling and consistent with this Court's approach in *Nadeau* and *Thatcher*. Moreover, as a matter of strict logic the approach has a lot to commend it. How could one come to a conclusion with any degree of certainty if one has

À la page 141, les juges ont mentionné le conflit doctrinal américain à ce sujet:

[TRADUCTION] Aux États-Unis, il existe un conflit doctrinal sur la question et nous ne partageons pas la préférence évidente de Wigmore pour l'opinion que ce n'est que l'ensemble de la question litigieuse (ou les éléments de l'infraction) qui doit être prouvé hors de tout doute raisonnable: *Wigmore on Evidence* (3rd ed., 1940), vol. IX, p. 324.

Le juge Murphy a souscrit à l'opinion du juge en chef Gibbs et du juge Mason à la p. 155:

[TRADUCTION] Je conviens que l'exigence de la preuve hors de tout doute raisonnable signifie qu'aucun fait ne devrait être accepté pour déduire la culpabilité à moins que, compte tenu de toute la preuve, l'existence de ce fait ne soit établi hors de tout doute raisonnable. Chaque élément crucial doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

Le juge Brennan a ajouté son opinion concordante à la p. 168:

[TRADUCTION] La poursuite s'appuyait sur une preuve circonstancielle. La preuve circonstancielle peut, et elle y arrive souvent, prouver clairement la perpétration d'une infraction criminelle, mais deux conditions doivent être respectées. Premièrement, les faits primaires dont doit découler la conclusion de culpabilité doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable. On ne peut attribuer à une déduction fondée sur des faits particuliers plus de valeur qu'à chacun de ces faits. Deuxièmement, la déduction de culpabilité doit être la seule qui soit raisonnablement possible compte tenu de tous les faits primaires que le jury a retenus. Faire une déduction n'est pas une question de preuve: c'est seulement une fonction du jugement critique du jury à l'égard de personnes et de choses, de son expérience et de son bon sens. On peut sans risque déduire la culpabilité si on se fonde sur des faits fondamentaux établis hors de tout doute raisonnable et s'il s'agit de la seule déduction qui est raisonnablement possible compte tenu de tout l'ensemble de faits primaires.

Seul le juge Deane n'a pas été d'accord sur ce point (p. 181).

J'estime que la position adoptée par la majorité dans l'arrêt *Chamberlain* est convaincante et compatible avec l'interprétation de cette Cour dans les arrêts *Nadeau* et *Thatcher*. De plus, en stricte logique, cette façon de voir est des plus bénéfiques. Comment pourrait-on arriver à une conclusion

reasonable doubts about the facts upon which the conclusion is based?

Was the trial judge in error then in the passages from the charge cited above? In my view, he was. While the trial judge was correct to direct the jury not to use facts that were not proved beyond a reasonable doubt in order to found a conviction, he erred in suggesting (or seeming to suggest) that each fact should be assessed in isolation from the others. What he should have told the jury, in my opinion, is that in their ultimate determination of guilt they could rely only on facts which, when assessed in the context of all the facts, they found to have been proved beyond a reasonable doubt; that they must not make a finding of guilt on doubtful facts; but that facts which might seem completely credible against the backdrop of all the other facts.

It would be my respectful view that if the trial judge was in error on this point, and I think he was, the Court of Appeal was also in error. The Court of Appeal indicated that the only thing that must be proved beyond a reasonable doubt was the guilt of the accused. The fairly clear implication of the Court of Appeal's judgment is that the facts underlying this conclusion do not themselves require to be proved beyond a reasonable doubt. In my view, this is wrong. It gives the jury no guidance as to what standard of proof it must apply to the fact-finding exercise. In the absence of direction they might apply a balance of probabilities or even less stringent test. I agree with the Justices of the High Court of Australia that the jury must be instructed at some point in the charge that in making a determination as to the guilt of the accused they must have resort only to facts which, when assessed in the context of all the facts, have been proved to their satisfaction beyond a reasonable doubt. I believe that a jury would have no difficulty in comprehending such a direction since it accords with logic and common sense as well as with the law.

avec un certain degré de certitude si on a des doutes raisonnables quant aux faits sur laquelle cette conclusion est fondée?

^a Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans les extraits de l'exposé cités plus tôt? À mon avis, il a commis une erreur. Bien qu'il ait eu raison de dire au jury de ne pas utiliser de faits qui n'étaient pas établis hors de tout doute raisonnable pour rendre un verdict de culpabilité, il a commis une erreur en indiquant (ou en semblant indiquer) que chaque fait devait être apprécié isolément. À mon avis, il aurait dû dire au jury que, dans sa conclusion finale de culpabilité, il ne pouvait se fonder que sur des faits qui, lorsqu'ils étaient appréciés dans le contexte de tous les faits, avaient selon le jury été prouvés hors de tout doute raisonnable; qu'il ne devait pas tirer une conclusion de culpabilité de faits douteux; mais que des faits qui pouvaient sembler douteux pris isolément pouvaient devenir tout à fait crédibles en regard de la toile de fond des autres faits.

^e Avec égards, je suis d'avis que si le juge du procès a commis une erreur sur ce point, et je pense que c'est le cas, la Cour d'appel a également commis une erreur. Celle-ci a indiqué que la seule chose qui devait être prouvée hors de tout doute raisonnable était la culpabilité de l'accusé. Il est assez clair que le jugement de la Cour d'appel a comme conséquence que les faits qui sous-tendent cette conclusion n'ont pas eux-mêmes à être prouvés hors de tout doute raisonnable. À mon avis, c'est faux. Cela ne fournit au jury aucune indication quant à la norme de preuve qu'il doit appliquer à la recherche des faits. En l'absence de directive, il risque d'appliquer la prépondérance des probabilités ou un critère encore moins sévère. Je partage l'opinion des juges de la High Court d'Australie qu'il faut dire au jury à un moment ou à un autre de l'exposé que, dans l'examen de la culpabilité de l'accusé, il doit utiliser seulement les faits qui, évalués dans le contexte de tous les faits, ont été établis à sa satisfaction hors de tout doute raisonnable. Je crois qu'un jury n'aurait aucune difficulté à comprendre une telle directive puisqu'elle est conforme à la logique et au bon sens ainsi qu'au droit.

In my view then the trial judge's charge to the jury was in error although not for the reasons given by the Court of Appeal. I do, however, agree with my colleague that the trial judge's misdirection mandates the new trial ordered by the Court of Appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

À mon avis donc, l'exposé du juge du procès au jury était erroné, mais pour des motifs autres que ceux donnés par la Cour d'appel. Je partage cependant l'avis de mon collègue que la directive erronée du juge du procès commande la tenue du nouveau procès ordonné par la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

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

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