

**Dennis Robert White** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. WHITE**

**2011 SCC 13**

File No.: 33464.

2010: May 14; 2011: March 11.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Trial — Charge to jury — Post-offence conduct — Murder — Accused fleeing crime scene after shooting victim — Accused conceding at trial to having shot victim unlawfully but claiming lack of intent to kill — Crown stating in closing argument that accused fled with no hesitation, shock or uncertainty — Trial judge instructing jury to be “careful” in considering post-offence conduct — Whether lack of instruction stating that post-offence conduct had no probative value constituting error of law — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

The accused and the victim were engaged in a physical altercation when a loaded handgun in the accused's possession was fired into the victim's chest, killing him instantly. Immediately and without hesitation, the accused fled the scene. He was later apprehended by police and charged with second degree murder. Throughout the Crown's case, the identity of the shooter was a live issue, but by trial's end, the accused effectively admitted to manslaughter, and thus the only live issue before the jury was whether he had the requisite intent for murder. In response to the accused's theory according to which he shot the victim accidentally as the two grappled with one another, the Crown pointed out in its closing argument that the accused had fled with “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part” and that one would expect hesitation if the shot had been anything other than intended. In his charge

**Dennis Robert White** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. WHITE**

**2011 CSC 13**

N° du greffe : 33464.

2010 : 14 mai; 2011 : 11 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Comportement postérieur à l'infraction — Meurtre — Accusé ayant fui après avoir tiré sur la victime — Accusé ayant concédé au procès avoir abattu la victime illégalement, mais niant avoir eu l'intention de tuer — Ministère public ayant mentionné dans sa plaidoirie finale que l'accusé avait fui sans hésiter, se montrer bouleversé ni indécis — Juge du procès appelant les jurés à la « prudence » à l'égard du comportement postérieur à l'infraction — L'absence de directive indiquant que le comportement postérieur à l'infraction n'avait aucune valeur probante constitue-t-elle une erreur de droit? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

L'accusé et la victime se battaient lorsqu'un coup de feu provenant du pistolet chargé que tenait l'accusé a atteint la victime à la poitrine, la tuant instantanément. L'accusé a fui sur-le-champ, sans hésiter. Il a été arrêté plus tard par la police et accusé de meurtre au deuxième degré. L'identité du tireur est demeurée en litige tout au long de la preuve du ministère public, mais à la fin du procès l'accusé avait concédé dans les faits avoir commis un homicide involontaire coupable, de sorte que la seule question que le jury devait trancher était de savoir s'il avait l'intention requise pour commettre un meurtre. En réponse à la thèse de l'accusé selon laquelle il avait tiré accidentellement sur la victime alors que les deux hommes luttaient corps à corps, le ministère public a souligné, dans sa plaidoirie finale, que l'accusé avait fui « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » et qu'on se serait attendu à ce qu'il hésite

to the jury, the trial judge referred to the accused's post-offence conduct on two occasions, namely in the context of his instructions on the issue of intent where he stated: "You may consider [the accused's] post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it" and "it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired", and in his summary of the Crown's theory of the case. The accused was convicted as charged. On appeal, the accused argued that the trial judge should have specifically instructed the jury that the evidence concerning the circumstances of his flight had no probative value in relation to the issue of intent, because that evidence was consistent with both manslaughter and second degree murder. The majority of the Court of Appeal upheld the conviction, concluding that although the jury charge was deficient, the error was minor and could have no impact on the final verdict. The dissenting judge concluded that the trial judge had erred in failing to give a "no probative value" instruction. In his view, the error was serious such that it could not be saved by using the curative proviso found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

*Held* (McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* LeBel, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.: This case is distinguishable from *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, on the facts, and the jury charge was adequate. Even assuming that the trial judge erred in his instructions to the jury, the error was harmless and should be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The principle that post-offence conduct may constitute circumstantial evidence of guilt remains good law. At its heart, the question of whether such evidence should be subject to a "no probative value" limiting instruction is simply a matter of relevance. As with all other evidence, the relevance and probative value of post-offence conduct must be assessed on a case-by-case basis. Given that post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence, its admissibility and the formulation of limiting instructions should be governed by the same principles of evidence that govern other circumstantial evidence. In particular, to be admissible, post-offence conduct evidence must be relevant to a live issue and must not be subject to a specific exclusionary rule; it

si le coup de feu n'avait pas été intentionnel. Dans son exposé au jury, le juge du procès a parlé à deux reprises du comportement de l'accusé après l'infraction : une première fois, en donnant ses directives aux jurés sur la question de l'intention, lorsqu'il a dit : « Vous pouvez tenir compte du comportement que [l'accusé] a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence » et « il se peut [que cette preuve] ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré »; une deuxième fois, en résumant la thèse du ministère public. L'accusé a été déclaré coupable de l'infraction dont il était accusé. En appel, il a soutenu que le juge du procès aurait dû mentionner expressément aux jurés que la preuve des circonstances entourant sa fuite n'avait aucune valeur probante quant à la question de l'intention, car cette preuve était tout aussi compatible avec l'homicide involontaire coupable qu'avec le meurtre au deuxième degré. La cour d'appel, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité, concluant que l'exposé au jury était entaché d'une erreur, mais que cette erreur était négligeable et ne pouvait avoir d'incidence sur le verdict final. Le juge dissident a statué que le juge du procès avait commis une erreur en n'indiquant pas que la preuve n'avait « aucune valeur probante ». Selon lui, cette erreur était grave au point où la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne permettait pas d'y remédier.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* LeBel, Abella, Rothstein et Cromwell : Les faits diffèrent de ceux de l'affaire *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, et l'exposé au jury était correct. Même en supposant que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives, cette erreur était inoffensive et la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* doit lui être appliquée.

Le principe selon lequel le comportement postérieur à l'infraction peut constituer une preuve circonstancielle de culpabilité est toujours valable. Fondamentalement, la question de savoir si une telle preuve doit faire l'objet d'une directive restrictive indiquant qu'elle n'a « aucune valeur probante » est simplement fonction de sa pertinence. Comme pour tous les autres éléments de preuve, la pertinence et la valeur probante du comportement postérieur à l'infraction s'apprécient au cas par cas. Comme la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle, son admissibilité et la formulation de directives restrictives devraient obéir aux mêmes principes de preuve que les autres éléments de preuve circonstancielle. Plus particulièrement, pour

may also be excluded pursuant to the exercise of a recognized judicial discretion. It is also possible, and often appropriate, for a trial judge to warn the jury of the risks associated with certain types of evidence. The purpose of such a caution is to alert the jury to the danger, which has been recognized through judicial experience, but then allow the properly informed jurors to evaluate the evidence with care. Moreover, there is an important distinction to be made between a limiting instruction and a warning or caution. A limiting instruction tells the jury they must not consider the evidence for one or several purposes, and a warning or caution leaves the evidence for the jury to consider, but warns them to be careful with it. In the present case, the judge did warn the jury to be careful with the evidence relating to the accused's flight and that there may be one or more explanations for his conduct.

*Arcangioli* and its successor cases, such as *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, do not support the very broad proposition that post-offence conduct is generally inadmissible in determining whether an accused is guilty of manslaughter or murder. Indeed, they stand for the proposition that a "no probative value" instruction will be required when an accused's post-offence conduct is "equally explained by" or "equally consistent with" two or more offences. Those cases should be understood as a restatement, tailored to specific circumstances, of the established rule that circumstantial evidence must be relevant to the fact in issue. Whether or not a given instance of post-offence conduct has probative value with respect to an accused's level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial. Furthermore, when the question is whether certain evidence should be removed from the jury because it is irrelevant, it is enough to evaluate whether that evidence is relevant to the material fact at issue as a matter of logic and human experience. The risk that a jury will misuse or be misled by an item of evidence should not inform the relevance determination. Instead, this risk is appropriately addressed through the trial judge's discretion to exclude evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value or through a caution in the jury charge.

être admise, la preuve du comportement postérieur à l'infraction doit être pertinente relativement à une question en litige et n'être visée par aucune règle d'exclusion particulière; elle peut également être exclue par suite de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire reconnu. Il est aussi possible, et souvent opportun, pour le juge du procès de prévenir le jury des risques associés à certains types de preuve. Pareille mise en garde a pour objet de signaler au jury le danger, constaté par les tribunaux au fil du temps, tout en lui permettant, une fois bien informé, d'apprécier la preuve avec prudence. De plus, il existe une distinction importante entre une directive limitative et une mise en garde ou un avertissement. Une directive restrictive interdit au jury de tenir compte de la preuve à une ou plusieurs fins alors qu'une mise en garde ou un avertissement laisse au jury le soin d'apprécier la preuve, mais l'appelle à la prudence. En l'espèce, le juge a dit aux jurés qu'ils devaient apprécier la preuve relative à la fuite de l'accusé avec prudence et que son comportement pouvait avoir une ou plusieurs explications.

L'arrêt *Arcangioli* et ceux qui l'ont suivi, notamment *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, n'appuient pas le principe très large selon lequel le comportement postérieur à l'infraction est généralement inadmissible pour déterminer si un accusé est coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre. En effet, ils énoncent le principe qu'une directive indiquant que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'a « aucune valeur probante » est nécessaire lorsque ce comportement peut « s'expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus. Il faut voir ces arrêts comme reformulant, en l'adaptant à un contexte précis, la règle établie selon laquelle un élément de preuve circonstancielle doit être pertinent à l'égard du fait en cause. La valeur probante de la preuve du comportement postérieur à l'infraction à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. En outre, lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu de soustraire une certaine preuve à l'examen du jury parce qu'elle n'est pas pertinente, il suffit de déterminer si elle est pertinente relativement au fait substantiel en cause selon la logique et l'expérience humaine. Pour évaluer la pertinence d'un élément de preuve, il ne faut pas prendre en considération le risque qu'il induise le jury en erreur ou qu'il soit mal utilisé par le jury. Le juge du procès doit plutôt remédier à ce risque en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'exclure un élément de preuve qui est plus préjudiciable qu'il n'est probant ou en incluant une mise en garde dans son exposé aux jurés.

In this case, the trial judge's instructions to the jury on the question of post-offence conduct were adequate and did not constitute an error of law. Indeed, the conduct alluded to by the Crown was not the flight itself, but rather the accused's failure to hesitate after his gun was fired into the victim's chest before he fled the scene. This is different from the question at issue in *Arcangioli*, which concerned the simple act of fleeing from the scene. The situation in the present case is no different from that in *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, in that a jury could legitimately infer that the accused's lack of hesitation after the gun was fired belied his claim that the shooting was accidental. Evidence of such a failure is thus relevant to the question of whether he had the requisite intent for second degree murder. Moreover, the evidence was not tainted by the hallmark flaws associated with demeanour evidence so as to be irrelevant, nor was it an invitation to infer a murderous intent from the way the accused looked just before he fled. Lack of hesitation prior to flight is an objective fact, from which the finder of fact, and not a witness is asked to draw an inference of no shock or surprise. While it is true that using evidence of lack of hesitation prior to flight presupposes a normal range of reactions, and while it may be that not everyone will respond in the same way, divergence from that norm, though not determinative, is more consistent with an intentional shooting than with an accident. It would therefore have been wrong for the trial judge to instruct the jury that this evidence had no probative value in determining intent. As well, while it is theoretically possible to read the trial judge's statement as an invitation to consider the accused's act of flight as evidence of consciousness of guilt, this would not be a reasonable interpretation given the context in which the statement was made.

It was, however, appropriate for the trial judge to warn the jury to be careful with the post-event conduct evidence and tell them that it might not be of much assistance. Indeed, there could have been other explanations for the accused's failure to hesitate. While the notion that a person who accidentally shoots someone to death will normally have the immediate reaction of hesitating or showing some other sign of surprise is well founded, there may be exceptional individuals who do not respond in the normal way. The caution was adequate to alert the jury to the risk associated with that evidence and to allow them to properly weigh it.

En l'espèce, les directives du juge du procès au jury sur le comportement postérieur à l'infraction étaient suffisantes et ne constituaient pas une erreur de droit. En effet, le comportement évoqué par le ministère public n'est pas la fuite même, mais plutôt le fait que l'accusé n'a pas hésité avant de prendre la fuite après qu'un coup de feu provenant de son arme a atteint la victime à la poitrine. Il en était autrement dans *Arcangioli*, où c'était simplement la fuite comme telle qui était en cause. La situation en cause ici n'est pas différente de celle examinée dans *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, car un jury pourrait légitimement conclure que l'absence d'hésitation chez l'accusé après le coup de feu contredisait sa prétention que le coup était parti accidentellement. La preuve de l'absence d'hésitation est donc pertinente quant à l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré. Qui plus est, cette preuve n'était pas entachée des lacunes caractéristiques de la preuve relative à l'attitude au point d'être dénuée de pertinence et n'était pas une invitation à conclure à l'intention de commettre un meurtre, à partir de l'air qu'avait l'accusé juste avant sa fuite. L'absence d'hésitation avant la fuite constitue un fait objectif à partir duquel on demande au juge des faits (et non au témoin) de conclure que l'accusé n'était ni bouleversé ni surpris. Certes, l'utilisation de la preuve de l'absence d'hésitation avant la fuite présuppose qu'une certaine gamme de réactions sont normales et il se peut que toutes les personnes ne réagissent pas de la même façon, mais un écart par rapport à cette norme, bien qu'il ne soit pas déterminant, est plus compatible avec un coup de feu intentionnel qu'avec un coup de feu accidentel. Le juge du procès aurait donc eu tort de dire au jury que cette preuve n'avait aucune valeur probante relativement à l'intention. De même, bien qu'il soit possible en théorie d'interpréter les propos du juge du procès comme une invitation à considérer la fuite de l'accusé comme une preuve de sa conscience de culpabilité, cette interprétation ne serait pas raisonnable compte tenu du contexte de ces propos.

C'est toutefois à bon droit que le juge du procès a appelé le jury à la prudence à l'égard de la preuve du comportement postérieur à l'infraction et précisé qu'elle ne lui serait peut-être pas très utile. Il aurait pu exister d'autres explications au fait que l'accusé a fui sans hésiter. Bien qu'il soit justifié de croire que, normalement, la personne qui en tue accidentellement une autre d'un coup de feu aura un moment d'hésitation ou manifestera quelque autre signe de surprise, il est possible que des personnes singulières ne réagissent pas normalement. La mise en garde était suffisante pour informer le jury des risques associés à cette preuve et lui permettre de bien la soupeser.

Nevertheless, if there was an error in the trial judge's instructions, it should be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii). It would have been ideal for the trial judge, when instructing the jury on the matter of intent, to refer expressly and exclusively to the accused's lack of hesitation, as opposed to his "conduct in fleeing the scene". However, even assuming that the statement was persistently or intractably ambiguous and therefore constitutes an error, such an error is a minor one. There is no requirement for perfectly instructed juries, and given the nature of the purported error, it was unlikely to have had any effect on the jury's deliberations.

*Per Deschamps and Charron JJ.:* There is agreement with Binnie J.'s analysis on the law concerning the use that may be made of evidence of post-offence conduct. As he stresses, it is definitely wrong to suggest that evidence of anything said or done by an accused after the commission of an offence gives rise to special rules of admissibility, or that it is subject to special warnings as to what use may be made of it by the trier of fact. There is also agreement with Binnie J. that judicial experience has taught us that in some cases jurors have found certain types of evidence more persuasive than warranted, thus making it necessary in appropriate cases to caution the jury accordingly or remove the evidence from their consideration altogether. Furthermore, it is agreed that inferences drawn by a witness, based on his or her observation of the accused's demeanour, may well call for a special caution or be subject to an exclusion order.

However, there is disagreement with Binnie J. on the significance he attaches to Crown counsel's reference in his closing address to the fact that the accused immediately fled the scene "with no hesitation here, no shock, no uncertainty". The Crown did not invite the jury to draw an impermissible inference of guilt. Taken in context, Crown counsel's comment could only have been understood by the jury as a rhetorical argument that no evidence supported the defence theory of accidental discharge of the firearm. The failure of defence counsel to raise any issue at trial regarding Crown counsel's closing address or the trial judge's instructions on the evidence of flight further supports this interpretation.

Si les directives du juge du procès comportaient une erreur, il y aurait lieu d'y remédier par l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii). Idéalement, le juge du procès aurait dû, dans ses directives au jury sur la question de l'intention, mentionner expressément et uniquement le fait que l'accusé n'a pas hésité, plutôt que de parler du comportement qu'il a adopté « en fuyant le lieu du crime ». Toutefois, même en supposant que ses propos demeurent toujours et irréductiblement ambigus et qu'ils constituent de ce fait une erreur, il s'agit d'une erreur négligeable. Il n'est pas obligatoire que le jury reçoive des directives parfaites et, vu sa nature, la prétendue erreur n'aurait vraisemblablement pas influé sur les délibérations du jury.

*Les juges Deschamps et Charron :* Il y a accord avec l'analyse que fait le juge Binnie des règles de droit concernant l'utilisation qui peut être faite de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction. Comme il le souligne, c'est nettement une erreur que de supposer que la preuve de ce que l'accusé a pu dire ou faire après la perpétration de l'infraction est assujettie à des règles d'admissibilité spéciales ou justifie une mise en garde particulière quant à l'utilisation que le juge des faits peut en faire. Il y a également accord avec l'avis du juge Binnie que l'expérience a démontré que, dans certaines instances, les jurés attribuent une force probante injustifiée à certains types d'éléments de preuve, de sorte qu'il faut, au besoin, les mettre en garde en conséquence ou soustraire complètement la preuve à leur appréciation. Il est en outre reconnu que les conclusions tirées par un témoin à partir de sa propre observation de l'attitude de l'accusé peuvent fort bien appeler une mise en garde particulière ou faire l'objet d'une ordonnance d'exclusion.

Il y a toutefois désaccord avec le juge Binnie sur l'importance qu'il accorde à la remarque que l'avocat du ministère public a faite dans sa plaidoirie finale, suivant laquelle l'accusé avait quitté immédiatement les lieux « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». Le ministère public n'a pas invité ainsi le jury à tirer une conclusion de culpabilité injustifiée. Interprétée dans son contexte, la remarque du ministère public devait forcément être perçue par le jury comme une observation rhétorique suivant laquelle aucun élément de preuve n'étayait la thèse du coup de feu accidentel proposée par la défense. Le défaut de l'avocat de la défense de soulever quelque question que ce soit au procès, au sujet de la plaidoirie finale de l'avocat du ministère public ou des instructions du juge du procès concernant la preuve de la fuite, appuie cette interprétation.

There is also no support in the record for the accused's contention, accepted by Binnie J., that this case is a re-run of *Arcangioli*. In that case, the accused admitted to participating in the culpable event and the only issue at trial was his level of culpability. Conversely, in the present case, the identity of the shooter was a very live issue and the evidence of flight was highly relevant to the issue of identification. Moreover, it formed an inextricable part of the narrative as every witness to the event described the shooter, gun in hand, fleeing the scene. The evidence was therefore admissible at trial and properly left for the jury's assessment. The trial judge's instructions regarding this evidence contained no error. The evidence of flight was reviewed for the jury in this context and its significance would have been properly understood. In addition, on the question of intention, the trial judge took care to instruct the jury that they should "be careful with" the evidence in question, as it might not tell them "much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired". In the context of this trial, no more was required. Accordingly, there is agreement with Rothstein J. that the jury charge contained no error, and there is no reason to interfere with the jury's verdict.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. (dissenting): The rules governing jury instructions where evidence relied on by the prosecution is not probative, or if probative is outweighed by unfair prejudice, are outlined in recent decisions in this Court in cases such as *Arcangioli* and *White*. The present case is not distinguishable in principle from *Arcangioli*. Indeed, as in *Arcangioli*, the conduct of the accused in the immediate aftermath of the offence was a significant element in the Crown's argument to the jury, and in the trial judge's final instructions. As well, there was the danger in this case that the jury might fail to take account of alternative explanations for the accused's behaviour, and that they might mistakenly leap from such demeanour evidence to a conclusion of guilt. Had the issue of identity been put to the jury, undoubtedly evidence of flight would have been highly relevant. It might have been used by the jury, along with other evidence to find the accused to be the shooter. In the end, however, identity was admitted. Accordingly, the accused's post-offence conduct was not simply put forward as part of the narrative; it was put forward as proof of guilt of second degree murder. On the basis of *Arcangioli*, that

Le dossier n'offre non plus aucun fondement à l'argument de l'accusé, retenu par le juge Binnie, suivant lequel la présente espèce est identique à l'affaire *Arcangioli*. Dans cette affaire, l'accusé avait admis avoir participé aux faits incriminés et la seule question en litige au procès était son degré de culpabilité. À l'opposé, en l'espèce, l'identité de l'auteur du coup de feu était au cœur du débat et la preuve de la fuite était très pertinente quant à la question de l'identification. Il s'agissait par ailleurs d'une partie inextricable du récit des faits, car chacun des témoins de l'incident avait mentionné que le tueur s'était enfui, un pistolet à la main. La preuve était donc admissible au procès et a été soumise à bon droit à l'appréciation du jury. Les directives du juge du procès sur cette preuve n'étaient entachées d'aucune erreur. C'est dans ce contexte que la preuve de la fuite a été passée en revue à l'intention du jury, qui a dû en comprendre correctement la signification. De plus, en ce qui a trait à l'intention, le juge du procès a pris soin d'expliquer aux jurés qu'ils devaient utiliser cette preuve « avec prudence », car il se peut « qu'elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l'appelant aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux et il se peut qu'elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré ». Dans le contexte du présent procès, cela suffisait. Il y a donc accord avec le juge Rothstein pour dire que les directives au jury ne contenaient pas d'erreur et qu'il n'existe aucun motif de modifier le verdict du jury.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish (dissidents) : Les règles régissant les directives aux jurés dans les cas où la preuve du ministère public n'a aucune valeur probante, ou une valeur probante trop faible pour contrebalancer le préjudice inéquitable qui en découlerait, sont énoncées dans des arrêts récents de notre Cour, tels *Arcangioli* et *White*. La présente espèce ne se distingue pas, sur le plan des principes, de l'affaire *Arcangioli*. Tout comme dans *Arcangioli*, le comportement de l'appelant tout juste après l'infraction constituait un élément important de la plaidoirie adressée au jury par le ministère public et des directives finales du juge du procès. De même, en l'espèce, le jury risquait de ne pas prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé et de conclure immédiatement, à tort, à sa culpabilité à partir de cet élément de preuve relative à l'attitude. Si la question de l'identité avait été soumise au jury, la preuve de la fuite aurait sans aucun doute été très pertinente. Elle aurait pu être utilisée par le jury, de concert avec d'autres éléments de preuve, pour conclure que l'accusé était le tireur. Mais, en fin de compte, l'identité a été admise. La preuve du comportement

evidence was inadmissible to prove the specific intent necessary to support a conviction for murder.

Evidence of post-offence conduct is typical of many items of evidence adduced in a criminal trial: it is evidence of limited admissibility; the trier of fact may use it for one or more purposes but not for another. It follows that its introduction imposes on the trial judge in a jury trial the obligation to explain both the permitted and prohibited use of the evidence. The need will depend on the facts. One of the problems with evidence of post-offence conduct is that often the inferences sought are too equivocal for the evidence to be of any value. The question, as always, is the strength of the inferential link between the evidence in question and the fact sought to be established. If the evidence introduced in relation to a contentious issue has no probative value — or value that depends entirely on speculative or unreasonable inferences — it is irrelevant and should not be cluttering up the jury's deliberations. In other situations, the inferences urged by the prosecution from post-offence conduct are impermissible for legal reasons rather than illogicality, and the evidence may be effectively withdrawn from the jury with a "no probative value" instruction. Whether or not a special caution is required with respect to post-offence conduct will depend not on whether that evidence alone can support an inference of guilt but on the court's appreciation of the risk of impermissible inferences in relation to the issues on which the prosecution in its jury address places reliance.

There is no doubt that post-offence conduct is a type of circumstantial evidence and that when it comes to the need for a limiting instruction, much will depend on the facts. However, it is not enough simply to evaluate whether evidence as to, in this case, the accused's "no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part" might be portrayed as relevant to the issue of murderous intent merely as a matter of logic and human experience. Rather, relevance depends on the evidence having probative value in relation to a live issue. If the post-offence evidence of demeanour is not probative it

de l'accusé après l'infraction n'a donc pas été présentée en tant que partie de l'exposé des faits, mais plutôt comme preuve de la perpétration d'un meurtre au deuxième degré. Suivant *Arcangioli*, cette preuve ne pouvait être admise afin d'établir l'intention spécifique nécessaire pour justifier un verdict de culpabilité pour meurtre.

La preuve du comportement postérieur à l'infraction est typique de nombreux éléments de preuve présentés dans un procès criminel : l'admissibilité de cette preuve est limitée; le juge des faits peut utiliser cette preuve à une ou plusieurs fins, mais non à d'autres. Par conséquent, la production de cette preuve dans un procès avec jury impose au juge l'obligation d'expliquer au jury ce qu'il peut en faire et ce qu'il ne peut pas en faire. Tout dépendra des faits. L'une des difficultés que pose la preuve du comportement postérieur à l'infraction tient à ce que, souvent, les inférences recherchées peuvent être trop équivoques pour que la preuve ait une valeur quelconque. La question consiste, comme toujours, à évaluer la force du lien inférentiel entre la preuve et le fait que l'on cherche à établir. Si la preuve relative à une question litigieuse n'a aucune valeur probante — ou a une valeur qui dépend entièrement d'inférences hypothétiques ou déraisonnables, — elle n'est pas pertinente et ne devrait pas encombrer inutilement les délibérations du jury. Dans d'autres cas, les inférences qui, selon le ministère public, devraient être tirées du comportement postérieur à l'infraction sont inacceptables pour des raisons juridiques et non parce qu'elles sont illogiques et cette preuve peut être soustraite de fait à l'attention du jury par une directive précisant qu'elle n'a « aucune valeur probante ». La nécessité de faire une mise en garde spéciale à l'égard du comportement postérieur à l'infraction ne dépendra pas de savoir si cette preuve peut ou non étayer à elle seule une conclusion de culpabilité, mais plutôt de l'appréciation que le tribunal fera du risque que le jury tire des inférences inacceptables relativement aux questions sur lesquelles s'appuie la poursuite en s'adressant au jury.

Il ne fait pas de doute que le comportement postérieur à l'infraction entre dans la catégorie des éléments de preuve circonstancielle et que la question de savoir si une directive restrictive s'impose dépendra largement des faits. Il ne suffit pas de simplement déterminer si la preuve selon laquelle, en l'espèce, l'appelant a fui « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » peut être considérée comme pertinente quant à la question de l'intention de commettre un meurtre simplement selon la logique et l'expérience humaine. La pertinence d'une preuve dépend plutôt de sa valeur probante relativement

is not relevant. As to probity, it is necessary to evaluate demeanor evidence having regard to the practical lessons that have accumulated in the courts over many years with respect to the potentially misleading nature of certain types of post-offence demeanor. While the bare fact of flight from the scene may be objective the same cannot be said of what a bystander interprets as a momentary lack of hesitation or absence of a demonstration of “shock” or “uncertainty”. This type of evidence depends on the unspoken assumptions that hesitation is normal whereas an immediate reaction is abnormal, and that the conduct of the accused fell below some assumed but unarticulated standard of procrastination. Moreover, this assumed departure from the assumed norm is said to give rise — potentially — to further inference of murderous intent. The double inference is problematic and relies on the type of subjective after-the-fact evaluation which experience has shown to be unreliable.

In this case, the Crown specifically urged the jury to infer murderous intent from “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight”. The Crown emphasis was not on the act of flight (which was an objective fact) but on the alleged demeanor of the accused which was a matter of interpretation and opinion by a stranger necessarily calibrated according to the stranger’s own subjective expectation and cultural frame of reference about what would be expected. It seems equally plausible to conclude that a person in possession of an illegal handgun that has just shot a stranger — accidentally or otherwise — would run away as fast and far as he could without any hesitation at all. The use of such demeanor evidence in this case ought not to have been permitted to go to the jury on the critical, and virtually the only, issue in the case — murderous intent or accident. A jury should not be invited to draw unequivocal inferences from equivocal conduct based on attributed motives and subjective interpretations or misinterpretations of physical reactions. Moreover, because the accused’s lack of hesitation and instantaneous flight are equally explainable by the consciousness of more than one offence, the conduct has no probative value in relation to intent. The Crown asked the jury to draw speculative and unreasonable inferences on the issue of specific intent and the jury ought to have been instructed that the evidence of flight and the pre-flight demeanor was of no probative value on the issue of murderous intent. In addition, failure of the accused’s trial counsel to

à une question en litige. Si la preuve relative à l’attitude postérieure à l’infraction n’est pas probante, elle ne sera pas pertinente. Et la valeur probante de la preuve relative à l’attitude doit être évaluée au regard de l’expérience pratique acquise par les tribunaux au fil des ans en ce qui concerne le risque que certains types de comportement postérieur à l’infraction induisent le jury en erreur. Si le simple fait que l’accusé a fui les lieux du crime peut être un fait objectif, il en va autrement des éléments qu’un observateur interprète comme le défaut d’hésiter momentanément, ou de se montrer « bouleversé » ou « indécis ». Ce genre de preuve repose sur des suppositions non exprimées voulant qu’il soit normal d’hésiter, mais anormal de réagir instantanément et que le comportement de l’appelant déroge à une norme de procrastination présumée, mais non énoncée. De plus, on dit que cette présumée dérogation à la norme présumée justifie — potentiellement — une autre inférence selon laquelle l’accusé avait l’intention de commettre un meurtre. Cette double inférence pose problème et s’appuie sur le type d’appréciation subjective après les faits dont l’expérience a démontré la non-fiabilité.

En l’espèce, le ministère public a expressément exhorté les jurés à inférer l’intention de commettre un meurtre du fait que l’accusé avait quitté les lieux « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, [avait] juste fui sur-le-champ ». Le ministère public n’a pas mis l’accent sur la fuite (un fait objectif), mais sur la prétendue attitude de l’accusé qui était une question de perception et d’opinion de la part d’un inconnu, nécessairement déterminée par les attentes subjectives et le cadre de référence culturel de cet inconnu quant à l’attitude à laquelle il s’attendrait. Il semble tout aussi plausible de conclure qu’une personne en possession d’un pistolet illégal avec lequel un inconnu vient d’être abattu — accidentellement ou non — se sauverait aussi vite et aussi loin que possible, sans hésiter le moindre instant. Il ne fallait pas, en l’espèce, laisser cette preuve de l’attitude de l’accusé à l’appréciation du jury relativement à la question cruciale, et pour ainsi dire l’unique question en litige — soit celle de l’intention de commettre un meurtre ou de la survenue d’un accident. Le jury ne doit pas être invité à tirer des inférences non équivoques d’un comportement équivoque sur le fondement de suppositions sur les raisons de réactions physiques interprétées ou mal interprétées subjectivement. En outre, puisque l’absence d’hésitation et la fuite instantanée de l’accusé peuvent s’expliquer par la conscience de culpabilité tant à l’égard d’une infraction qu’à l’égard d’une ou plusieurs autres, ce comportement n’a aucune valeur probante quant à l’intention. Le ministère public a demandé au jury de tirer des inférences hypothétiques

object to this aspect of the charge should not deny him relief.

Finally, the prosecution's case against the accused for second degree murder was not overwhelming. The jury had little to work with in finding a way to choose between the hand to hand combat scenario suggesting manslaughter and the downwards shooting of an individual already on the ground which might suggest second degree murder. In these elusive circumstances, post-offence conduct of reaction time and demeanour took on considerable importance, which is why, no doubt, the Crown laid considerable emphasis on it in its closing argument. The error was therefore not harmless, and the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) should have no application.

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Distinguished:** *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; **discussed:** *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; **referred to:** *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Hurley*, 2010 SCC 18, [2010] 1 S.C.R. 637; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Curran* (2004), 188 O.A.C. 1; *R. v. Levert* (2001), 150 O.A.C. 208; *R. v. Trotta* (2004), 191 O.A.C. 322, rev'd 2007 SCC 49, [2007] 3 S.C.R. 453; *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314.

By Charron J.

**Referred to:** *R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129.

ou déraisonnables sur la question de l'intention spécifique et le jury aurait dû recevoir des directives précisant que la preuve de la fuite et de l'attitude de l'accusé avant sa fuite n'a aucune valeur probante quant à l'existence de l'intention de commettre un meurtre. De plus, le défaut de l'avocat de l'accusé de soulever une objection à cet aspect de l'exposé au jury lors du procès ne devrait pas le priver d'une réparation.

Enfin, la preuve de meurtre au deuxième degré présentée contre l'accusé n'était pas accablante. Le jury disposait de peu d'éléments lui permettant de choisir entre un combat corps à corps laissant croire à un homicide involontaire et un coup de feu tiré sur un homme qui était déjà au sol pouvant laisser croire à un meurtre au deuxième degré. Dans ces circonstances incertaines, le comportement de l'accusé après l'infraction en ce qui concerne son temps de réaction et son attitude a pris énormément d'importance, ce qui explique sans doute pourquoi le ministère public a insisté sur cette preuve dans sa plaidoirie finale. L'erreur n'était donc pas inoffensive et la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne devrait pas trouver application.

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; **arrêt analysé :** *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; **arrêts mentionnés :** *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Hurley*, 2010 CSC 18, [2010] 1 R.C.S. 637; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Curran* (2004), 188 O.A.C. 1; *R. c. Levert* (2001), 150 O.A.C. 208; *R. c. Trotta* (2004), 191 O.A.C. 322, inf. par 2007 CSC 49, [2007] 3 R.C.S. 453; *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314.

Citée par la juge Charron

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129.

By Binnie J. (dissenting)

*R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Campbell* (1998), 122 C.C.C. (3d) 44; *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519; *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. MacKinnon* (1999), 43 O.R. (3d) 378; *R. v. Cudjoe*, 2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Figueroa*, 2008 ONCA 106, 58 C.R. (6th) 305; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d) 154; *R. v. Bennett* (2003), 67 O.R. (3d) 257; *R. v. Baltrusaitis* (2002), 58 O.R. (3d) 161; *R. v. Powell* (2006), 215 C.C.C. (3d) 274; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462, rev'g (1994), 95 C.C.C. (3d) 74; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Illes*, 2008 SCC 57, [2008] 3 S.C.R. 134; *R. v. Charlebois*, 2000 SCC 53, [2000] 2 S.C.R. 674; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

### Authors Cited

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “demeanour”.  
 Ontario. *Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.  
 Palmer, Andrew. “Guilt and the Consciousness of Guilt: The Use of Lies, Flight and other ‘Guilty Behaviour’ in the Investigation and Prosecution of Crime” (1997), 21 *Melbourne U. L. Rev.* 95.  
 Rondinelli, Vincenzo. “The Probative Force: Getting Inside the Guilty Mind and Keeping Out Equivocal Conduct” (2005), 26:3 *Criminal Lawyers’ Association Newsletter* 38.  
 Sopinka, Lederman & Bryant: *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Campbell* (1998), 122 C.C.C. (3d) 44; *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519; *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. MacKinnon* (1999), 43 O.R. (3d) 378; *R. c. Cudjoe*, 2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Figueroa*, 2008 ONCA 106, 58 C.R. (6th) 305; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286; *R. c. Bennett* (2003), 67 O.R. (3d) 257; *R. c. Baltrusaitis* (2002), 58 O.R. (3d) 161; *R. c. Powell* (2006), 215 C.C.C. (3d) 274; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462, inf. (1994), 95 C.C.C. (3d) 74; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Illes*, 2008 CSC 57, [2008] 3 R.C.S. 134; *R. c. Charlebois*, 2000 CSC 53, [2000] 2 R.C.S. 674; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

### Doctrine citée

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 2010, « attitude ».  
 Ontario. *Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (Rapport Kaufman). Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.  
 Palmer, Andrew. « Guilt and the Consciousness of Guilt : The Use of Lies, Flight and other “Guilty Behaviour” in the Investigation and Prosecution of Crime » (1997), 21 *Melbourne U. L. Rev.* 95.  
 Rondinelli, Vincenzo. « The Probative Force : Getting Inside the Guilty Mind and Keeping Out Equivocal Conduct » (2005), 26:3 *Criminal Lawyers’ Association Newsletter* 38.  
 Sopinka, Lederman & Bryant : *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Ryan and Chiasson JJ.A.), 2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177, 248 C.C.C. (3d) 499, 71 C.R. (6th) 266, 471 W.A.C. 177, [2009] B.C.J. No. 2276 (QL), 2009 CarswellBC 3083, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting.

*Kathleen M. Bradley and Nikos Harris*, for the appellant.

*Wendy L. Rubin, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of LeBel, Abella, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

#### I. Introduction

[1] In the early hours of December 3, 2005, Lee Matasi was killed by a gunshot to the heart. According to multiple eyewitnesses, he was shot by the appellant, Dennis Robert White. The two had been engaged in a physical altercation that began after Mr. Matasi made a disparaging remark to Mr. White, who was in possession of a loaded handgun. In the course of their struggle, the gun was fired into Mr. Matasi's chest, killing him instantly. Mr. White immediately fled the scene, but was later apprehended by the police.

[2] Mr. White was charged with second degree murder. Throughout the Crown's case, the identity of the shooter was a live issue. However, by trial's end, counsel for the defence had effectively (though not formally) conceded that Mr. White had shot Mr. Matasi unlawfully and was therefore guilty of manslaughter. Thus, the only live issue before the jury was whether Mr. White had the requisite intent for second degree murder. The jury found that he did and convicted him on that charge.

[3] Mr. White appealed his conviction to the B.C. Court of Appeal, alleging that the trial judge erred

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Finch, Ryan et Chiasson), 2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177, 248 C.C.C. (3d) 499, 71 C.R. (6th) 266, 471 W.A.C. 177, [2009] B.C.J. No. 2276 (QL), 2009 CarswellBC 3083, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents.

*Kathleen M. Bradley et Nikos Harris*, pour l'appellant.

*Wendy L. Rubin, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges LeBel, Abella, Rothstein et Cromwell rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

#### I. Introduction

[1] Aux premières heures du matin, le 3 décembre 2005, Lee Matasi a été tué d'une balle au cœur. Selon plusieurs témoins oculaires, le coup de feu a été tiré par l'appellant, Dennis Robert White. Les deux protagonistes en étaient venus aux mains après une remarque désobligeante de M. Matasi à l'endroit de M. White, qui avait un pistolet chargé. Un coup de feu a été tiré au cours de l'empoignade. M. Matasi a été atteint à la poitrine et est mort sur le coup. M. White a fui les lieux immédiatement, mais il a plus tard été arrêté par la police.

[2] M. White a été accusé de meurtre au deuxième degré. La question de l'identité du tireur est demeurée en litige tout au long de la présentation de la preuve du ministère public. Toutefois, à la fin du procès, l'avocat de la défense avait concédé, dans les faits (mais non officiellement), que M. White avait tiré illégalement sur M. Matasi et qu'il était donc coupable d'homicide involontaire coupable. La seule question que le jury devait trancher était donc celle de savoir si M. White avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré. Le jury a conclu que l'accusé avait cette intention et l'a déclaré coupable de cette infraction.

[3] M. White a interjeté appel de la déclaration de culpabilité à la Cour d'appel de la

in his instructions to the jury. A majority of the Court of Appeal (Finch C.J.B.C. dissenting) dismissed the appeal, and Mr. White now appeals that decision before this Court.

[4] Mr. White's complaint centres on a piece of circumstantial evidence used by the Crown in its prosecution. At trial, counsel for the defence had developed a theory of the case according to which Mr. White had shot the victim accidentally as the two angrily grappled with one another. As a small part of its response to this theory, the Crown pointed out in its closing argument:

Note as well that the accused ran immediately after the shooting. There is no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight. One would expect hesitancy if the shot was anything other than the intended action of Dennis White. [A.R., at p. 563]

[5] Counsel for the defence did not object to — or attempt to rebut — this line of argument, nor did he object to the way in which the trial judge presented the issue to the jury. Nevertheless, Mr. White appealed his conviction on the grounds that the trial judge erred in his instruction to the jury in relation to the relevance of the Crown's submission on this point.

[6] Relying on this Court's rulings in *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, and *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72 ("*White (1998)*"), Mr. White argued on appeal that the trial judge should have specifically instructed the jury that the evidence concerning the circumstances of his flight had no probative value in relation to the question before the jury. In his view, the evidence relied upon by the Crown was consistent with both manslaughter and second degree murder, and was therefore irrelevant to the only live issue in the case. Given the prejudicial nature of such evidence, the trial judge's failure to provide a "no probative value" instruction was an error of law that irredeemably tainted the jury's verdict and warranted the ordering of a new trial.

Colombie-Britannique, en invoquant une erreur du juge du procès dans ses directives au jury. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel à la majorité (le juge en chef Finch étant dissident), et M. White se pourvoit maintenant devant notre Cour.

[4] Le principal motif d'appel de M. White se rapporte à un élément de preuve circonstancielle présenté par le ministère public. La thèse développée par la défense, au procès, était que M. White avait tiré accidentellement sur la victime alors que les deux hommes en colère luttaient corps à corps. Une petite partie de la réponse donnée par le ministère public pour réfuter cette thèse dans sa plaidoirie finale était formulée ainsi :

[TRADUCTION] Notez également que l'accusé s'est enfui tout de suite après le coup de feu. Il a fui sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ. On se serait attendu à ce que Dennis White hésite si le coup de feu n'avait pas été intentionnel. [d.a., p. 563]

[5] L'avocat de la défense n'a pas soulevé d'objection à cet argument ni tenté de le réfuter et ne s'est pas opposé à la façon dont le juge du procès a présenté la question au jury. Néanmoins, M. White a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité en s'appuyant sur les erreurs que le juge du procès aurait commises dans ses directives au jury concernant la pertinence de cet argument du ministère public.

[6] Sur le fondement des arrêts *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, et *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72 ("*White (1998)*"), de notre Cour, M. White a soutenu en appel que le juge du procès aurait dû mentionner expressément aux jurés que la preuve des circonstances entourant sa fuite n'avait aucune valeur probante quant à la question qu'ils devaient trancher. Selon lui, la preuve sur laquelle s'appuyait le ministère public était tout aussi compatible avec l'homicide involontaire coupable qu'avec le meurtre au deuxième degré, et n'était donc pas pertinente pour l'examen de l'unique question en litige. Vu la nature préjudiciable de cette preuve, l'omission du juge du procès d'indiquer au jury qu'elle n'avait « aucune valeur probante » constituait une erreur de droit viciant irrémédiablement le verdict du jury et justifiant la tenue d'un nouveau procès.

[7] A majority of the Court of Appeal declined to order a new trial. It concluded that, although the jury charge was deficient, the error was a minor one and could have no impact on the final verdict.

[8] For the reasons set out below, I would dismiss the appeal. This case is distinguishable from *Arcangioli* on the facts, and in my view the jury charge was adequate. In any case, even assuming that the trial judge erred in his instructions to the jury, I believe the error to be harmless and would uphold the verdict under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

II. The Court of Appeal, 2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177

A. *Ryan and Chiasson JJ.A.*

[9] Ryan J.A., writing for the majority, dismissed the appeal. She found that the trial judge had erred, but that the error was so minor that it could not have influenced the jury's verdict and therefore applied the curative proviso.

[10] While she agreed that the trial judge had erred, Ryan J.A. appears to have disagreed with Finch C.J.B.C., who was in dissent, on the nature of the trial judge's error. For her part, Ryan J.A. accepted the Crown's contention that one may distinguish between evidence of flight, *per se*, and evidence concerning the "manner" of flight — in this case, Mr. White's "failure to hesitate before fleeing" (para. 145).

[11] However, Ryan J.A. took the view that the trial judge's instruction on the matter of post-offence conduct was equivocal as to its meaning. On one reading, it could be taken to indicate that the trial judge was inviting the jury to consider Mr. White's flight itself in determining whether he had the requisite intent for second degree murder. Such an invitation constituted an error of law. Nevertheless, Ryan J.A. concluded that, in the overall context of the case, the error was a minor one

[7] La Cour d'appel a refusé, à la majorité, d'ordonner un nouveau procès. Elle a conclu que l'exposé du juge au jury était entaché d'une erreur, mais que cette erreur était sans gravité et ne pouvait avoir d'incidence sur le verdict final.

[8] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les faits de la présente espèce diffèrent de ceux de l'affaire *Arcangioli*, et j'estime que l'exposé au jury était correct. De toute manière, même en supposant que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives, j'estime que cette erreur était inoffensive et je confirmerais le verdict en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

II. La Cour d'appel, 2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177

A. *Les juges Ryan et Chiasson*

[9] S'exprimant au nom de la majorité, la juge Ryan a rejeté l'appel, concluant que le juge du procès avait commis une erreur, mais que celle-ci était si négligeable qu'elle n'avait pu influencer sur le verdict du jury. La juge Ryan a donc appliqué la disposition réparatrice.

[10] Bien que la juge Ryan ait reconnu que le juge du procès avait commis une erreur, elle divergeait apparemment d'opinion avec le juge en chef Finch, dissident, sur la nature de cette erreur. Elle a accepté l'argument du ministère public selon lequel il est possible d'établir une distinction entre la preuve de la fuite même et la preuve de la [TRADUCTION] « façon » dont M. White a pris la fuite — en l'espèce, M. White « n'a pas hésité avant de s'enfuir » (par. 145).

[11] Toutefois, la juge Ryan a estimé que la directive du juge du procès concernant le comportement postérieur à l'infraction était équivoque. Selon l'une des interprétations possibles, cette directive pouvait donner à penser que le juge invitait le jury à tenir compte de la fuite même pour déterminer si M. White avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré. Pareille invitation constituait une erreur de droit. Néanmoins, dans le contexte global de l'affaire, il s'agissait, selon la

and it was unlikely to have affected the jury's deliberations. She therefore dismissed the appeal.

B. *Finch C.J.B.C.*

[12] Finch C.J.B.C. would have allowed the appeal. In his view, the trial judge had erred in his instructions to the jury and that error could not be saved using the curative proviso found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

[13] After reviewing the relevant precedents, including *Arcangioli* and *White* (1998), he concluded that, when an accused person has admitted the *actus reus* of a criminal act, but denies a specific level of intent, a "no probative value" instruction should be given in relation to post-offence conduct because such evidence is not relevant to the determination of the accused's level of culpability. Applying this principle to the case at bar, he rejected the Crown's contention that the manner of Mr. White's flight was inconsistent with his theory of an accidental shooting, holding instead that his manner of flight was consistent with both manslaughter and murder. He explained that "[f]rom 'instant' flight without hesitation, murderous intent is not the only available reasonable inference"; rather, it "is as consistent with the awareness he would have had of his conduct in the violent course of events that culminated in Mr. Matasi's being shot, even if unintentionally, as with his having intended to kill Mr. Matasi" (paras. 75-76).

[14] In light of this, Finch C.J.B.C. concluded that the trial judge had erred in failing to give a "no probative value" instruction (para. 78). In fact, in his view the error was serious, because the trial judge had expressly instructed the jury that they could consider Mr. White's "post-event conduct in fleeing the scene" in determining whether he had the

juge, d'une erreur négligeable qui n'avait vraisemblablement pas influé sur les délibérations du jury. La juge a donc rejeté l'appel.

B. *Le juge en chef Finch*

[12] Le juge en chef Finch aurait accueilli l'appel. Selon lui, le juge du procès avait donné des directives incorrectes au jury, et la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne permettait pas de remédier à cette erreur.

[13] Après avoir passé en revue la jurisprudence applicable, notamment les arrêts *Arcangioli* et *White* (1998), il a conclu que, lorsque l'accusé a admis l'*actus reus* d'une infraction, mais nie avoir eu l'intention spécifique requise, le jury doit recevoir une directive lui indiquant que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'a [TRADUCTION] « aucune valeur probante » parce qu'elle n'est pas pertinente quant au degré de culpabilité de l'accusé. Appliquant ce principe à l'espèce, il a rejeté la prétention du ministère public voulant que la façon dont M. White avait fui soit incompatible avec la thèse du coup de feu accidentel invoquée en défense. Il estimait plutôt que cette façon de fuir était compatible tant avec l'homicide involontaire coupable qu'avec le meurtre. Il a expliqué que [TRADUCTION] « [l']intention de commettre un meurtre n'est pas la seule conclusion que l'on peut raisonnablement tirer de la preuve que l'accusé a pris la fuite "instantanément" et sans hésiter »; en fait, cette manière de fuir était « tout aussi compatible avec la conclusion qu'il était conscient de son comportement au cours des événements violents ayant abouti au coup de feu qui a atteint M. Matasi, même si ce coup de feu était involontaire, qu'avec la conclusion qu'il avait l'intention de tuer M. Matasi » (par. 75-76).

[14] Le juge en chef Finch a donc conclu que le juge du procès avait commis une erreur en n'indiquant pas au jury que la preuve n'avait [TRADUCTION] « aucune valeur probante » (par. 78). Selon lui, il s'agissait d'une erreur grave, car le juge du procès avait expressément dit au jury qu'il pouvait tenir compte [TRADUCTION] « du comportement que

requisite intent for second degree murder (paras. 80 and 93).

[15] Finch C.J.B.C. took the view that this was not an appropriate case in which to apply the curative proviso. The only question before the jury was whether Mr. White had the requisite intent for second degree murder. Therefore, the error in the trial judge's instruction could not be characterized as "minor". Nor was the evidence against Mr. White "so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain" (*R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34). Consequently, he would have ordered a new trial.

### III. Issues

[16] In my view, this case raises three issues:

- (1) How do the rules of evidence as they relate to admissibility, limiting instructions and cautions apply to post-offence conduct evidence?
- (2) Did the trial judge's charge to the jury in this case satisfy the requirements of the rules of evidence as they apply to limiting instructions and cautions?
- (3) If not, is this an appropriate case in which to apply the curative proviso?

I will deal with each issue in turn.

### IV. Analysis

A. *How Do the Rules of Evidence as They Relate to Admissibility, Limiting Instructions and Cautions Apply to Post-Offence Conduct Evidence?*

#### (1) The Applicable Precedents

[17] It has long been accepted that actions taken by an accused person after a crime has been committed can, under certain circumstances, provide

M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime » pour établir s'il avait l'intention voulue pour commettre un meurtre au deuxième degré (par. 80 et 93).

[15] Le juge en chef Finch était aussi d'avis qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la disposition réparatrice. Puisque l'unique question que le jury devait trancher était celle de savoir si M. White avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré, l'erreur entachant la directive du juge du procès ne pouvait être qualifiée de « négligeable ». La preuve présentée contre M. White n'était pas non plus « à ce point accablante qu'il aurait été impossible de rendre un autre verdict » (*R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34). Il était donc d'avis d'ordonner un nouveau procès.

### III. Les questions en litige

[16] Selon moi, le présent pourvoi soulève les trois questions suivantes :

- (1) Comment les règles de preuve régissant l'admissibilité, les directives restrictives et les mises en garde s'appliquent-elles au comportement postérieur à l'infraction?
- (2) L'exposé au jury, en l'espèce, satisfait-il aux règles de preuve telles qu'elles s'appliquent aux directives restrictives et aux mises en garde?
- (3) Sinon, y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice?

J'examinerai successivement chacune de ces questions.

### IV. Analyse

A. *Comment les règles de preuve régissant l'admissibilité, les directives restrictives et les mises en garde s'appliquent-elles au comportement postérieur à l'infraction?*

#### (1) La jurisprudence

[17] Il est accepté depuis longtemps que des gestes accomplis par l'accusé après un crime — par exemple la fuite, la destruction d'éléments de

circumstantial evidence of their culpability for that crime. Examples of such actions include flight, the destruction of evidence, or the fabrication of lies. However, in recent years the terminology used to refer to such evidence has undergone certain changes.

[18] At one time, it was referred to as “consciousness of guilt” evidence. The value of such evidence was explained by Weiler J.A. in *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.), at p. 629:

Evidence of after-the-fact conduct is commonly admitted to show that an accused person has acted in a manner which, based on human experience and logic, is consistent with the conduct of a guilty person and inconsistent with the conduct of an innocent person.

The term “consciousness of guilt” evidence was used to describe such conduct because it was used to support an inference that the person in question believed themselves to be guilty of the crime of which they were accused. In some cases, certain aspects of a person’s after-the-fact conduct can best be explained by the theory that they are guilty of the crime of which they stand accused. For instance, if a person admits committing an act which resulted in death, evidence that the person hid the weapon or fled from the scene may (though not must) support an inference that they were guilty of culpable (as opposed to non-culpable) homicide (*Peavoy*, at p. 630). Such “after-the-fact” conduct is therefore admissible as circumstantial evidence.

[19] However, in *White* (1998), this Court abandoned the label “consciousness of guilt” when describing evidence of after-the-fact conduct because such a label was thought to be unduly narrow and somewhat misleading. After-the-fact conduct may in fact be put to a wide variety of uses and its utility is not confined to supporting an inference that the accused had a “guilty mind”. As Major J. noted for the Court, at para. 20:

“Consciousness of guilt” is simply one inference that may be drawn from the evidence of the accused’s conduct; it is not a special category of evidence in itself.

preuve ou l’invention de mensonges — peuvent, dans certaines circonstances, constituer une preuve circonstancielle de sa culpabilité. Au cours des dernières années, cependant, la terminologie employée pour désigner ce type de preuve s’est quelque peu modifiée.

[18] Cette preuve a déjà été décrite comme la preuve de la « conscience de culpabilité ». La juge Weiler a ainsi expliqué quelle en était la valeur probante, dans *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.), à la p. 629 :

[TRADUCTION] La preuve relative au comportement après le fait est admise d’ordinaire pour établir que l’accusé a agi d’une manière jugée compatible, selon l’expérience humaine et la logique, avec le comportement d’une personne coupable et non avec celle d’une personne innocente.

On a employé l’expression « conscience de culpabilité » pour décrire un tel comportement parce qu’il servait d’appui à l’inférence que l’intéressé se croyait coupable du crime dont il était accusé. Il peut arriver que la culpabilité de l’accusé soit l’explication la plus plausible de certains aspects de son comportement après le fait. Par exemple, lorsqu’une personne avoue avoir commis un acte ayant causé la mort, la preuve qu’elle a caché l’arme ou qu’elle s’est enfuie peut fonder (mais ne fonde pas nécessairement) la conclusion qu’il y a eu homicide coupable (par opposition à l’homicide non coupable) (*Peavoy*, p. 630). Un tel comportement « après le fait » est donc admissible à titre de preuve circonstancielle.

[19] Dans *White* (1998), toutefois, notre Cour a cessé d’avoir recours à l’expression « conscience de culpabilité » pour décrire la preuve d’un comportement après le fait, estimant qu’elle était trop étroite et quelque peu trompeuse. Le comportement après le fait peut en réalité avoir de multiples usages et son utilité ne se limite pas à étayer la conclusion que l’accusé avait une « intention coupable ». Voici ce qu’a affirmé le juge Major au nom de notre Cour, au par. 20 :

La « conscience de culpabilité » est simplement une conclusion qui peut être tirée à partir de la preuve relative au comportement de l’accusé; il ne s’agit pas en soi

Moreover, the words “consciousness of guilt” suggest a conclusion about the conduct in question which undermines the presumption of innocence and may prejudice the accused in the eyes of the jury.

Major J. went on to suggest that this general category of evidence should be referred to by a more neutral term, such as “post-offence conduct”. This label would avoid the twin pitfalls of confining the relevance of such conduct to questions concerning the accused’s state of mind and of subverting the presumption of innocence.

[20] As Ryan J.A. pointed out, this change in nomenclature may have created conceptual difficulties that did not exist before. The reason is that “consciousness of guilt” evidence refers to a relatively narrow category of actions, usually attempts to evade detection or prosecution, that can support an inference of guilt when taken *alone* (C.A. reasons, at paras. 128-29). That is, evidence that a person considers themselves guilty of a crime can support an inference of guilt of that crime. Jurisprudence has grown up around the sort of warnings and limiting instructions that ought to be given to juries with respect to this relatively narrow category of evidence.

[21] The category of “post-offence conduct” evidence is much broader as it refers to anything done by the accused after the commission of the offence. The shift in nomenclature may therefore have led some trial judges to believe that any evidence of the accused’s actions after the offence must be subject to special warnings and limiting instructions (see C.A. reasons, at para. 129, *per* Ryan J.A.). This is not the case.

[22] The principle that after-the-fact conduct may constitute circumstantial evidence of guilt remains good law. At its heart, the question of whether such evidence is admissible is simply a matter of relevance (*White* (1998), at para. 23). As Major J. noted in *White* (1998), “[e]vidence of post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence. In some cases it may

d’une catégorie de preuve particulière. En outre, les termes « conscience de culpabilité » évoquent, à l’égard du comportement en cause, une conclusion qui va à l’encontre de la présomption d’innocence et qui peut nuire à l’accusé dans l’esprit des jurés.

Le juge Major a en outre proposé un terme plus neutre, comme « comportement postérieur à l’infraction », pour désigner cette catégorie générale de preuve. On éviterait ainsi deux écueils, soit le confinement de la pertinence de ce type de comportement à l’état d’esprit de l’accusé et l’affaiblissement de la présomption d’innocence.

[20] Comme l’a souligné la juge Ryan, ce changement terminologique a peut-être engendré des difficultés conceptuelles jusque-là inconnues, car la preuve de la « conscience de culpabilité » renvoie à une catégorie relativement étroite d’actes, consistant habituellement à tenter de ne pas être découvert ou poursuivi, qui peuvent fonder, à *eux seuls*, une conclusion de culpabilité (motifs de la C.A., par. 128-129). Autrement dit, la preuve qu’une personne se considère coupable d’un crime peut étayer la conclusion qu’elle est coupable de ce crime. Une jurisprudence s’est développée quant aux avertissements et aux directives restrictives qui doivent être donnés au jury à l’égard de cette catégorie de preuve relativement étroite.

[21] La catégorie de la preuve du « comportement postérieur à l’infraction » est beaucoup plus large puisqu’elle se rapporte à tout ce qu’a fait l’accusé après l’infraction. Ce changement de terminologie a donc pu amener des juges du procès à croire que toute preuve relative aux faits et gestes de l’accusé après l’infraction nécessite une mise en garde particulière ou des directives restrictives (voir motifs de la C.A., par. 129, la juge Ryan). Or, ce n’est pas le cas.

[22] Le principe selon lequel le comportement après le fait peut constituer une preuve circonstancielle de culpabilité est toujours valable. Fondamentalement, l’admissibilité d’une telle preuve est simplement fonction de sa pertinence (*White* (1998), par. 23). Pour reprendre les propos du juge Major dans *White* (1998), « [l]a preuve relative au comportement postérieur à l’infraction

be highly incriminating, while in others it might play only a minor corroborative role” (para. 21). As with all other evidence, the relevance and probative value of post-offence conduct must be assessed on a case-by-case basis (para. 26). Consequently, the formulation of limiting instructions with respect to the broad category of post-offence conduct is governed by the same principles as for all other circumstantial evidence. Thus, while the term “consciousness of guilt” may have fallen out of use, it is still permissible for the prosecution to introduce evidence of after-the-fact conduct in support of an inference that the accused had behaved as a person who is guilty of the offence alleged — provided that, as with all circumstantial evidence, its relevance to that inference can be demonstrated.

[23] That being said, though the use of such evidence has an extensive history in our criminal jurisprudence, it has also long been recognized that the introduction of post-offence conduct for the purpose of establishing the accused’s “consciousness of guilt” carries with it a substantial risk of jury error (*Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (S.C.C.)). Jurors may be tempted to “jump too quickly from evidence of post-offence conduct to an inference of guilt” (*White* (1998), at para. 57) without giving proper consideration to alternate explanations for the conduct in question.

[24] In most cases,

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

ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle. Dans certains cas, elle peut être très incriminante, et dans d’autres, elle peut ne jouer qu’un rôle secondaire de corroboration » (par. 21). Comme pour tous les autres éléments de preuve, la pertinence et la valeur probante du comportement postérieur à l’infraction s’apprécient au cas par cas (par. 26). Par conséquent, la formulation de directives restrictives concernant la catégorie générale du comportement postérieur à l’infraction obéit aux mêmes principes que dans le cas de tout autre élément de preuve circonstancielle. Ainsi, bien que l’expression « conscience de culpabilité » ne soit plus usitée, la poursuite peut encore présenter une preuve de comportement après le fait pour étayer la conclusion que l’accusé a agi comme une personne qui serait coupable de l’infraction reprochée — pourvu qu’il puisse être démontré que cette preuve, comme tout élément de preuve circonstancielle, est pertinente à l’égard de cette conclusion.

[23] Cela dit, bien que la jurisprudence en matière criminelle atteste depuis longtemps l’utilisation de la preuve du comportement postérieur à l’infraction, elle reconnaît aussi depuis longtemps que la production de cette preuve aux fins d’établir la « conscience de culpabilité » de l’accusé comporte un important risque d’erreur de la part du jury (*Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (C.S.C.)). Les jurés peuvent être tentés de « conclu[re] trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l’infraction, que l’accusé est coupable » (*White* (1998), par. 57), sans se demander, comme il se doit, si le comportement en question n’a pas d’autres explications.

[24] Dans la plupart des cas,

le meilleur moyen dont dispose le juge du procès pour écarter ce danger est tout simplement de s’assurer que le jury sait que d’autres raisons sont susceptibles d’expliquer les actes de l’accusé et qu’il ne doit tirer sa conclusion finale quant à la signification du comportement de l’accusé qu’après avoir pris en considération l’ensemble de la preuve dans le cadre du déroulement normal de ses délibérations. Sous réserve de telles directives de prudence, il appartient aux membres du jury de tirer, en

end of the day. [Emphasis added; *White (1998)*, at para. 57.]

[25] One instance in which the risk of jury error becomes especially acute arises when the accused has confessed to engaging in some form of criminal conduct related to the crime of which he stands accused. In such cases, post-offence conduct that supports an inference that the accused had a “guilty conscience” may be of little or no use in determining his level of culpability.

[26] Such a set of circumstances arose in *Arcangioli*. Mr. Arcangioli had been accused of stabbing someone in the course of a large brawl, during which a number of individuals had combined to assault a single victim. Mr. Arcangioli had been seen fleeing the scene after the victim had been stabbed, and the prosecution sought to rely on this as circumstantial evidence of “consciousness of guilt”. The trial judge instructed the jury that such an inference was indeed available, and Mr. Arcangioli was convicted of the stabbing. His conviction was upheld by a majority in the Court of Appeal for Ontario.

[27] However, on further appeal, this Court found that the jury charge was deficient and ordered a new trial. The accused had admitted to taking part in the group attack and punching the victim several times, making him guilty of common assault. Furthermore, he claimed to have fled the scene in panic after seeing someone else stab the victim, panic which was brought on by his having already committed a crime. The Court found that, even if Mr. Arcangioli’s flight were evidence of “consciousness of guilt”, that guilt was equally explained by either common assault or aggravated assault (i.e. the stabbing). The evidence concerning his flight therefore had no probative value in determining which offence he had committed, and the trial judge should have instructed the jury that this evidence could not support any inference concerning his level of culpability.

dernière analyse, les conclusions de leur choix à partir de la preuve présentée. [Je souligne; *White (1998)*, par. 57.]

[25] Le risque d’erreur de la part du jury est particulièrement élevé lorsque l’accusé a avoué une conduite criminelle connexe au crime dont il est accusé. La preuve du comportement postérieur à l’infraction visant à étayer une conclusion de « conscience de culpabilité » peut alors n’être que peu, sinon aucunement utile pour établir le degré de culpabilité de l’accusé.

[26] C’est ce qui s’est produit dans *Arcangioli*. M. Arcangioli était accusé d’avoir poignardé quelqu’un au cours d’une bagarre où plusieurs personnes avaient agressé une seule victime. M. Arcangioli avait été vu en train de fuir les lieux après que la victime eut été poignardée, et le ministère public a voulu utiliser cette fuite comme preuve circonstancielle de la « conscience de culpabilité » de l’accusé. Le juge du procès avait indiqué au jury qu’une telle inférence était effectivement possible et le jury a déclaré M. Arcangioli coupable. La Cour d’appel de l’Ontario, à la majorité, a confirmé le verdict de culpabilité.

[27] Notre Cour a toutefois estimé que le jury avait reçu des directives incorrectes et elle a ordonné un nouveau procès. L’accusé avait reconnu avoir été du nombre des assaillants et avoir asséné plusieurs coups de poing à la victime, ce qui le rendait coupable de voies de fait simples. Il avait également déclaré s’être enfui après avoir vu une autre personne poignarder la victime, sous le coup de la panique qui s’est emparée de lui parce qu’il avait déjà commis un crime. La Cour a jugé que, même si la fuite de M. Arcangioli établissait sa « conscience de culpabilité », il pouvait tout autant s’agir de sa culpabilité pour voies de faits simples que de sa culpabilité pour voies de fait graves (c.-à-d. le coup de couteau). La preuve de sa fuite n’avait donc aucune valeur probante pour ce qui était d’établir quelle infraction il avait commise, et la juge du procès aurait dû indiquer au jury que cette preuve ne pouvait fonder aucune conclusion quant à son degré de culpabilité.

(2) Rules of Evidence as They Relate to Admissibility, Limiting Instructions and Cautions, and Their Application to Post-Offence Conduct Evidence

[28] The issue in this case is whether the trial judge ought to have given the jury a limiting instruction to the effect that evidence of Mr. White's post-offence conduct was not probative as between the *mens rea* for second degree murder and manslaughter. The purpose of a limiting instruction is to preclude the jury from considering certain evidence, either with respect to all the live issues in a case or with respect to one or more particular live issues.

[29] Similarly, finding an item of evidence inadmissible serves to preclude the jury from considering that evidence at all, with respect to the entire case. Issues of admissibility will arise over the course of the trial as evidence is tendered and evidence that is found to be inadmissible is not allowed on the record. Conversely, a limiting instruction is provided in directions to the jury. For an item of evidence to be subject to a limiting instruction, it must have been admitted in the first place. Still, it may be that an item of evidence that was admissible at trial must be removed from the jury's deliberations on some or all of the issues in the case. A limiting instruction will be necessary when, at the end of all the evidence and for the purposes of the charge to the jury, certain evidence that appeared unobjectionable when it was admitted should in fact be removed from the jury with respect to one or more of the issues in the case.

[30] The goal of excluding evidence as inadmissible or providing a limiting instruction is essentially the same: to prevent the jury from considering the evidence, either with respect to the entire case (for admissibility) or with respect to one or more issues (for a limiting instruction). Moreover, the same rules of evidence govern admissibility and the need for limiting instructions.

(2) Les règles de preuve régissant l'admissibilité, les directives restrictives et les mises en garde et leur application au comportement postérieur à l'infraction

[28] En l'espèce, la Cour doit décider si le juge du procès aurait dû donner au jury une directive restrictive portant que la preuve du comportement de M. White postérieur à l'infraction n'avait aucune valeur probante quant à savoir si M. White avait la *mens rea* de l'infraction d'homicide involontaire coupable ou de l'infraction de meurtre au deuxième degré. Les directives restrictives ont pour objet d'empêcher le jury de tenir compte de certains éléments de preuve, soit à l'égard de toutes les questions à trancher ou à l'égard de l'une ou de certaines d'entre elles.

[29] De même, la conclusion qu'un élément de preuve est inadmissible a pour effet d'empêcher le jury d'en tenir compte à tous égards pour l'ensemble du dossier. Des questions d'admissibilité surgiront tout au long de la présentation de la preuve, et les éléments jugés inadmissibles ne seront pas versés au dossier. En revanche, le jury ne reçoit une directive restrictive que dans l'exposé au jury. Cette directive ne peut évidemment s'appliquer qu'aux éléments de preuve qui ont d'abord été admis en preuve. Toutefois, il peut arriver que des éléments de preuve jugés admissibles au procès doivent être exclus des délibérations du jury à l'égard de certaines ou de la totalité des questions en litige. Il est nécessaire d'inclure une directive restrictive dans l'exposé au jury lorsqu'il appert, une fois toute la preuve présentée, que certains éléments qui ne paraissaient poser aucun problème lorsqu'ils ont été admis ne devraient pas être soumis à l'appréciation du jury à l'égard de l'une ou de plusieurs des questions à trancher.

[30] L'exclusion d'un élément de preuve inadmissible et l'inclusion d'une directive restrictive dans l'exposé au jury ont essentiellement le même but : empêcher le jury de tenir compte d'un élément de preuve, à l'égard de l'ensemble du dossier (dans le cas de l'inadmissibilité) ou d'une ou de plusieurs questions en litige (dans le cas d'une directive restrictive). En outre, les mêmes règles de preuve régissent l'admissibilité de la preuve et la nécessité d'une directive restrictive.

[31] Given that “[e]vidence of post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence”, the admissibility of evidence of post-offence conduct and the formulation of limiting instructions should be governed by the same principles of evidence that govern other circumstantial evidence. In particular, to be admissible, such evidence must be relevant to a live issue and it must not be subject to a specific exclusionary rule (e.g. the hearsay rule); it may also be excluded pursuant to the exercise of a recognized judicial discretion (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 26), such as the discretion to exclude evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value. These same principles also determine the need for and scope of a limiting instruction.

[32] I will next elaborate how these general principles of evidence apply when determining whether a limiting instruction is required in relation to post-offence conduct evidence. For clarity, I will discuss them under the following four headings: (a) relevance, (b) narrative (which is best understood as an attenuation of the rule of relevance), (c) specific exclusionary rules and (d) discretion.

[33] Before I proceed, it is critical to bear in mind that removing evidence from the jury’s consideration is not the only way of dealing with evidence associated with a heightened risk of jury error. It is also possible, and often appropriate, for the trial judge to warn the jury of the risks associated with certain types of evidence. The purpose of such a caution is to alert the jury to the danger, which has been recognized through judicial experience, but then to allow the properly informed jurors to evaluate the evidence with care.

[34] The terms “limiting instruction” and “caution” (or “warning”) are not narrowly defined terms of art which courts have consistently treated as distinct. Nevertheless, there is a distinction between the following two types of jury instruction: one that tells the jury they must not consider the evidence

[31] Comme « [l]a preuve relative au comportement postérieur à l’infraction ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle », l’admissibilité de cette preuve et la formulation de directives restrictives devraient obéir aux mêmes principes de preuve que les autres éléments de preuve circonstancielle. Plus particulièrement, elle doit, pour être admise, être pertinente relativement à une question en litige et n’être visée par aucune règle d’exclusion particulière (p. ex., la règle du ouï-dire); elle peut également être exclue par suite de l’exercice d’un pouvoir judiciaire discrétionnaire reconnu (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 26), comme le pouvoir d’écarter des éléments de preuve dont l’effet préjudiciable l’emporte sur leur valeur probante. Ces mêmes principes déterminent aussi quand une directive restrictive est nécessaire et quel doit en être le contenu.

[32] J’expliquerai à présent comment ces principes généraux de preuve s’appliquent lorsqu’il s’agit de décider s’il faut formuler une directive restrictive concernant la preuve du comportement postérieur à l’infraction. Par souci de clarté, je regrouperai ces principes sous quatre titres : a) la pertinence, b) le récit des faits (qu’il faut voir comme un allègement de la règle de la pertinence), c) les règles d’exclusion particulières et d) le pouvoir discrétionnaire.

[33] À titre préliminaire, il est primordial de garder à l’esprit que soustraire à l’examen du jury une preuve qui pose un risque accru d’erreur de sa part n’est pas la seule façon d’éviter pareil écueil. En effet, il est aussi possible, et souvent opportun, pour le juge du procès de prévenir le jury des risques posés par certains types de preuve. Pareille mise en garde a pour objet de signaler au jury le danger, constaté par les tribunaux au fil du temps, tout en lui permettant, une fois bien informé, d’apprécier la preuve avec prudence.

[34] « Directive restrictive » et « mise en garde » (ou « avertissement ») ne sont pas des termes techniques étroitement définis que les tribunaux ont toujours distingués. Il faut néanmoins établir une distinction entre les deux sortes de directives suivantes : celles qui interdisent au jury de tenir

for one or several purposes, and the other that leaves evidence for the jury to consider, but warns them to be careful with it. For ease of reference, I will refer to the first type of instruction as a limiting instruction and to the second type as a warning or caution.

[35] This distinction matters because, in the present case, the judge *did* warn the jury to be careful with the evidence relating to Mr. White's flight and that there may be one or more explanations for his conduct. What Mr. White argued here is that, beyond providing a warning, the judge ought to have told the jury that it was not allowed to consider evidence of his immediate flight in deciding as between a finding of second degree murder or manslaughter. Accordingly, after discussing the principles governing limiting instructions, I will address (e) how a caution can alleviate the risks associated with certain evidence that ought to be left with the jury.

(a) *Relevance*

[36] Mr. White submits that the trial judge erred in not having given a limiting instruction that his post-offence conduct was of "no probative value" to the level of his culpability as between murder and manslaughter. At its heart, the requirement for a "no probative value" instruction is a question of relevance: if an item of evidence is not relevant to a live issue, then that item of evidence should be removed from consideration by the jury (*White (1998)*, at para. 26, explaining *Arcangioli*). I agree with Binnie J. that irrelevant evidence should be excluded or, if it is already on record, subject to a "no probative value" instruction (para. 169). In order for evidence to satisfy the standard of relevance, it must have "some tendency as a matter of logic and human experience to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence" (Paciocco and Stuesser, at p. 31, approved in *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at para. 47, and *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35, at p. 44 (C.A.); see also *Morris v. The Queen*,

compte de la preuve à une ou plusieurs fins et celles qui lui laissent le soin d'apprécier une preuve, mais l'appellent à la prudence. Par souci de clarté, je qualifierai les premières de directives restrictives, et les secondes d'avertissements ou de mises en garde.

[35] Cette distinction est importante parce que, dans le cas qui nous occupe, le juge a *bel et bien* dit aux jurés qu'ils devaient apprécier la preuve relative à la fuite de M. White avec prudence et que son comportement pouvait avoir une ou plusieurs explications. En l'espèce, M. White a fait valoir que le juge aurait dû, en plus de mettre le jury en garde, lui indiquer qu'il ne devait pas prendre en considération sa fuite immédiate pour décider s'il avait commis un meurtre au deuxième degré ou un homicide involontaire coupable. Par conséquent, après avoir analysé les principes régissant les directives restrictives, j'expliquerai e) comment une mise en garde peut atténuer les risques associés à certains éléments de preuve qui doivent être laissés à l'appréciation du jury.

a) *La pertinence*

[36] M. White soutient que le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas de directive restrictive selon laquelle son comportement postérieur à l'infraction n'avait « aucune valeur probante » quant à son degré de culpabilité — quant à savoir s'il était coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable. La question de savoir si le jury doit recevoir une directive lui indiquant qu'un élément de preuve n'a « aucune valeur probante » est essentiellement une question de pertinence : si un élément de preuve n'est pas pertinent à l'égard d'une question en litige, il doit être soustrait à l'appréciation du jury (*White (1998)*, par. 26, expliquant *Arcangioli*). Je conviens avec le juge Binnie que la preuve non pertinente doit être exclue ou, si elle a déjà été versée au dossier, faire l'objet d'une directive portant qu'elle n'a « aucune valeur probante » (par. 169). La preuve répond à la norme de la pertinence [TRADUCTION] « lorsque, selon la logique et l'expérience humaine, elle tend d'une façon quelconque à rendre la thèse qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans

[1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 199-201, *per* Lamer J. (as he then was; speaking in dissent on the issue of relevance)).

[37] *Arcangioli*, and its successor case *White (1998)*, stand for the proposition that a “no probative value” instruction will be required when the accused’s post-offence conduct is “equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences (*White (1998)*, at para. 28; *Arcangioli*, at pp. 145 and 147). This proposition neither complicates nor goes beyond the basic rule of relevance: to say that an item of evidence is not relevant; that it is not probative of a live issue; or that it is “equally explained by” or “equally consistent with” either determination of a live issue are three ways of saying the same thing.

[38] As with all other evidence, the relevance or probative value of post-offence conduct “will depend on the facts of each case” (*White (1998)*, at para. 26). I agree with Binnie J. that there is no general rule applying to post-offence conduct: relevance must be assessed on a case-by-case basis.

[39] In some cases, an item of evidence may be probative of one live issue, but not of another. For example, flight *per se* may be relevant in determining the identity of the assailant, but may not be relevant in determining the accused’s level of culpability as between murder and manslaughter. In such a case, the rules of evidence remain unchanged: the evidence is left with the jury, for it to weigh with respect to the issue of identity; the jury is precluded from considering the same evidence with respect to determining the *mens rea* for murder as opposed to manslaughter, by way of a limiting instruction to the effect that this evidence is not probative of this particular live issue. That judges must sometimes

elle » (Paciocco et Stuesser, p. 31, cité avec approbation dans *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 47, et *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35, p. 44 (C.A.); voir aussi *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, p. 199-201, le juge Lamer (plus tard Juge en chef, exprimant son opinion dissidente sur la question de la pertinence)).

[37] L’arrêt *Arcangioli*, et l’arrêt *White (1998)* qui l’a suivi, énoncent le principe qu’une directive selon laquelle la preuve n’a « aucune valeur probante » est nécessaire lorsque le comportement de l’accusé postérieur à l’infraction peut « s’expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus (*White (1998)*, par. 28; *Arcangioli*, p. 145 et 147). Ce principe ne va pas au-delà de la règle fondamentale de la pertinence et ne la rend pas plus complexe. Lorsqu’on dit qu’un élément de preuve n’est pas pertinent, qu’il n’a pas de valeur probante à l’égard d’un point en litige ou qu’il peut « s’expliquer tout autant par » une conclusion ou l’autre sur un point en litige ou être « tout aussi compatible » avec l’une ou l’autre conclusion, on dit la même chose de trois façons différentes.

[38] Comme pour tous les autres types de preuve, la pertinence ou la valeur probante du comportement postérieur à l’infraction « dépend des faits de chaque espèce » (*White (1998)*, par. 26). Je conviens avec le juge Binnie qu’aucune règle générale de preuve ne s’applique à ce comportement : sa pertinence s’apprécie au cas par cas.

[39] Il se peut qu’un élément de preuve ait une valeur probante à l’égard d’une question en litige, mais non d’une autre. Par exemple, il est possible que la fuite même soit pertinente à l’égard de l’identité de l’assaillant, mais ne le soit pas quant au degré de culpabilité de l’accusé — quant à savoir s’il est coupable de meurtre ou d’homicide involontaire coupable. Dans un tel cas, les règles de preuve demeurent les mêmes : la preuve est soumise à l’appréciation du jury, qui doit décider du poids à lui accorder concernant l’identité, mais une directive restrictive lui indiquant que la preuve est dépourvue de valeur probante relativement à la question de savoir si l’accusé avait la *mens rea* pour commettre

give limiting instructions as to appropriate and inappropriate inferences to be drawn from the evidence is merely an application of the rule of relevance tailored to different live issues in a single case.

[40] Mr. White sought to have this Court accept that *Arcangioli* and its successor cases, such as *White (1998)*, stand for the very broad proposition that “post-offence conduct is generally inadmissible in determining whether an accused is guilty of manslaughter or murder” (A.F., at para. 46). *Arcangioli* did not have — nor was it intended to have — so far-reaching an effect. According to *Arcangioli* and *White (1998)*, the inquiry is fact-specific and a “no probative value” instruction is warranted when the evidence of post-offence conduct is “equally consistent with” or “equally explained by” either determination of the live issue in question (here, with a finding of murder or manslaughter); that is, when the evidence is not probative of that live issue, on the facts of the case.

[41] It may sometimes be the case that, when the accused has admitted the *actus reus*, much of the accused’s post-offence conduct will be irrelevant to determining the level of culpability. Indeed, according to Major J., in *White (1998)*, a “no probative value” instruction is “most likely to be warranted” in precisely these circumstances (para. 28 (emphasis added)). However, this was not meant to be a free-standing principle governing admissibility or limiting instructions. *Arcangioli* and *White (1998)* make it clear that the basic test is always relevance in the ordinary sense:

... where an accused’s conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two

un meurtre ou un homicide involontaire coupable lui interdit d’en tenir compte pour trancher cette question. L’obligation des juges de donner parfois une directive restrictive concernant les conclusions qui peuvent ou non être tirées de la preuve relève simplement de l’application de la règle de la pertinence, adaptée aux différentes questions soulevées dans une affaire.

[40] M. White a demandé à notre Cour d’accepter que l’arrêt *Arcangioli* et ceux qui l’ont suivi, notamment l’arrêt *White (1998)*, établissent le principe très large selon lequel [TRADUCTION] « le comportement postérieur à l’infraction est généralement inadmissible pour déterminer si un accusé est coupable d’homicide involontaire coupable ou de meurtre » (m.a., par. 46). Toutefois, l’arrêt *Arcangioli* n’a pas — et n’était pas censé avoir — une portée aussi étendue. Suivant *Arcangioli* et *White (1998)*, tout dépend des faits et la directive indiquant que la preuve du comportement postérieur à l’infraction n’a « aucune valeur probante » est justifiée lorsque ce comportement peut « s’expliquer tout autant » par l’une ou l’autre conclusion sur un point en litige ou être « tout aussi compatible » avec l’une ou l’autre (en l’espèce, la conclusion qu’il y a eu meurtre ou qu’il y a eu homicide involontaire coupable), c’est-à-dire lorsque la preuve n’a pas de valeur probante relativement à cette question en litige, compte tenu des faits.

[41] Il arrive parfois, lorsque l’accusé a admis l’*actus reus*, qu’une grande partie du comportement de l’accusé après l’infraction ne soit pas pertinente quant à son degré de culpabilité. En effet, dans *White (1998)*, le juge Major a affirmé qu’une directive indiquant que la preuve n’a « aucune valeur probante » sera « très probablement justifiée » en pareilles circonstances (par. 28 (je souligne)). Il n’entendait toutefois pas énoncer ainsi un principe indépendant régissant l’admissibilité de la preuve ou les directives restrictives. Il ressort clairement des arrêts *Arcangioli* et *White (1998)* que le critère fondamental demeure toujours celui de la pertinence, dans son sens ordinaire :

... lorsque le comportement de l’accusé peut s’expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de

or more offences, and where an accused has admitted culpability in respect of one or more of these offences, a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence. [Emphasis added; *Arcangioli*, at p. 145.]

... a jury should not be permitted to consider evidence of post-offence conduct when the accused has admitted culpability for another offence and the evidence cannot logically support an inference of guilt with respect to one crime rather than the other. [Emphasis added; *White* (1998), at para. 23.]

[42] Thus, *Arcangioli* and *White* (1998) should be understood as a restatement, tailored to specific circumstances, of the established rule that circumstantial evidence must be relevant to the fact in issue. In any given case, that determination remains a fact-driven exercise. Whether or not a given instance of post-offence conduct has probative value with respect to the accused's level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial. There will undoubtedly be cases where, as a matter of logic and human experience, certain aspects of the accused's post-offence conduct support an inference regarding his level of culpability.

[43] Binnie J. takes issue with my view that the general principles that apply to all circumstantial evidence should apply in this case (paras. 178-80). In his view, "it is not enough simply to evaluate whether evidence as to the appellant's 'no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part' might be relevant to the issue of murderous intent merely 'as a matter of logic and human experience'" (para. 180). Binnie J. invokes the importance of "having regard to the practical lessons that have accumulated in the courts over many years with respect to the potentially misleading nature of certain types of post-offence conduct" (*ibid.*). He identifies the category of "post-offence demeanour" (*ibid.*) evidence as one type of evidence that should be treated with particular care.

deux infractions ou plus, et que l'accusé a reconnu sa culpabilité à l'égard d'une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise. [Je souligne; *Arcangioli*, p. 145.]

... le jury ne doit pas être autorisé à tenir compte d'un élément de preuve se rapportant au comportement de l'accusé après l'infraction lorsque l'accusé a avoué avoir commis une autre infraction et que cet élément de preuve ne peut logiquement appuyer une conclusion de culpabilité à l'égard d'un de ces crimes, à l'exclusion de l'autre. [Je souligne; *White* (1998), par. 23.]

[42] Il faut donc voir les arrêts *Arcangioli* et *White* (1998) comme reformulant, en l'adaptant à un contexte précis, la règle établie selon laquelle un élément de preuve circonstancielle doit être pertinent à l'égard du fait en cause. L'appréciation de la pertinence s'effectue chaque fois en fonction des faits. La valeur probante de la preuve du comportement postérieur à l'infraction à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. Il y aura assurément des cas où, suivant la logique et l'expérience humaine, certains aspects du comportement de l'accusé après l'infraction étayeront une conclusion concernant son degré de culpabilité.

[43] Le juge Binnie s'inscrit en faux contre mon opinion selon laquelle les principes généraux applicables à tous les éléments de preuve circonstancielle devraient s'appliquer en l'espèce (par. 178-180). À son avis, « il ne suffit pas de simplement déterminer si la preuve selon laquelle l'appelant a fui [TRADUCTION] "sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis" pourrait être pertinente quant à la question de l'intention de commettre un meurtre "selon la logique et l'expérience humaine" » (par. 180). Le juge Binnie évoque l'importance de tenir compte « de l'expérience pratique acquise par les tribunaux au fil des ans en ce qui concerne le risque que certains types de comportement postérieur à l'infraction induisent le jury en erreur » (*ibid.*). Selon lui, l'« attitude postérieure à l'infraction » (*ibid.*) est un type de preuve qui appelle une prudence particulière.

[44] With respect, I do not agree with two aspects of Binnie J.'s approach. First, when the question is "should the evidence be removed from the jury because it is *irrelevant*?", it is enough to evaluate whether the item of evidence is relevant to the material fact at issue as a matter of logic and human experience. Of course, judges should avail themselves of the accumulated knowledge from courts and studies to the effect that certain types of evidence can appear probative when they are not. This knowledge can inform a determination that a particular item of evidence is too equivocal to meet the test of relevance. This is still the same test of whether a particular item of evidence tends to make a material fact in issue more or less likely, just with more information based upon judicial experience.

[45] However, in his discussion of relevance, Binnie J. refers to these practical lessons of the courts with respect to the "potentially misleading nature of certain types of post-offence conduct" (para. 180 (emphasis added)). He also refers to the Kaufman Report, which says that "evidence of the accused's 'demeanour' . . . can be overused and misused" (para. 182 (emphasis added)). I do not agree that the risk that a jury *will misuse or be misled* by an item of evidence, should inform the relevance determination. Instead, this risk is appropriately addressed through the trial judge's discretion to exclude evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value or through a caution in the jury charge to be careful with the evidence. I discuss both below.

[46] Second, I do not agree that this case raises the sorts of concerns typically associated with demeanour evidence. This case simply does not engage concerns about evidence of facial expressions or failing to attend funerals leading to wrongful convictions. The Crown did not invite the jury to rely on Mr. White's appearance in relation to

[44] Avec égards, je ne suis pas d'accord avec deux éléments de l'approche du juge Binnie. Premièrement, lorsque se pose la question de savoir « s'il y a lieu de soustraire la preuve à l'examen du jury parce qu'elle *n'est pas pertinente* », il suffit de déterminer si la preuve se rapporte au fait substantiel en cause selon la logique et l'expérience humaine. Bien entendu, les juges devraient mettre à profit les connaissances acquises par les tribunaux et les résultats d'études selon lesquels certains types de preuve peuvent sembler avoir une valeur probante alors que ce n'est pas le cas. Ces connaissances peuvent aider à établir qu'un élément de preuve donné est trop équivoque pour répondre au critère de la pertinence. Il s'agit toujours du test qui consiste à déterminer si un élément de preuve donné tend à augmenter ou à diminuer la vraisemblance d'un fait, mais à l'aide de données supplémentaires tirées de l'expérience des tribunaux.

[45] Toutefois, dans son analyse de la pertinence, le juge Binnie parle de l'expérience pratique des tribunaux en ce qui concerne le « risque que certains types de comportement postérieur à l'infraction induisent le jury en erreur » (par. 180 (je souligne)). Il fait aussi référence au rapport Kaufman, lequel indique qu'il « est possible de surutiliser et de mal utiliser une [. . .] preuve fondée sur le "comportement" de l'accusé » (par. 182 (je souligne)). Je ne suis pas d'accord qu'il faut, pour évaluer la pertinence d'un élément de preuve, prendre en considération le risque qu'il *induisse* le jury *en erreur* ou qu'il soit *mal utilisé* par le jury. Le juge du procès doit plutôt remédier à ce risque en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'exclure un élément de preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante ou en incluant, dans son exposé aux jurés, une mise en garde appelant le jury à la prudence dans l'utilisation de l'élément de preuve en cause. Je traite plus loin de ces deux solutions.

[46] Deuxièmement, je ne suis pas d'accord pour dire que la présente affaire pose le genre de problèmes habituellement associés à la preuve relative à l'attitude. En effet, elle ne soulève pas les mêmes difficultés que les cas où un témoignage au sujet d'une expression faciale ou de l'absence à des funérailles peut entraîner une erreur judiciaire. Le

shock or surprise, but on the fact that he did not hesitate before fleeing. As I elaborate below, the objective physical evidence that Mr. White failed to hesitate immediately after shooting Mr. Matasi has nothing to do with the serious problems identified by the Kaufman Inquiry into the Morin conviction or the *Nelles* case (*R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (Ont. Prov. Ct. (Crim. Div.))).

(b) *Narrative*

[47] The basic requirement of relevance is somewhat attenuated in the context of narrative evidence. Evidence that is not adduced to prove a live issue, or support the prosecution's case, but that is merely provided to complete the narrative may be admitted even if it does not satisfy the strict requirements of relevance (Paciocco and Stuesser, at pp. 45-47). A trial judge need not provide specific limiting instructions with respect to each item of evidence that was merely presented to complete the narrative to the effect that it is "not probative" of the live issues in the case.

[48] I should make clear that I am only here advertent to the attenuation of the requirement of relevance as it pertains to narrative evidence and not to the relationship between narrative evidence and other specific exclusionary rules (e.g. the hearsay rule).

(c) *Specific Exclusionary Rules*

[49] Although not at issue in the present appeal, specific exclusionary rules can also operate to remove certain types of otherwise relevant evidence from consideration by the jury. Binnie J.'s discussion of the inadmissibility of evidence for "legal reasons" (para. 168) falls under this category.

(d) *Discretion to Exclude*

[50] Otherwise admissible evidence may still be removed from consideration by the jury on the basis that it is more prejudicial than probative. This may

ministère public n'a pas invité le jury à se fonder sur le fait que M. White avait ou non l'air bouleversé ou surpris, mais plutôt sur le fait qu'il n'a pas hésité avant de s'enfuir. Comme je vais l'expliquer, la preuve concrète objective que M. White a fui sans hésiter immédiatement après avoir fait feu sur M. Matasi n'a rien à voir avec les problèmes graves relevés par la Commission d'enquête Kaufman concernant la déclaration de culpabilité de M. Morin et l'affaire *Nelles* (*R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (C. prov. Ont. (Div. crim.))).

b) *Le récit des faits*

[47] L'exigence fondamentale de la pertinence s'allège quelque peu dans le contexte d'un témoignage narratif. Un élément dont la présentation ne vise pas à prouver un point en litige ni à étayer les arguments de la poursuite, mais simplement à compléter le récit des faits, peut être admis en preuve même s'il ne satisfait pas à l'exigence stricte de la pertinence (Paciocco et Stuesser, p. 45-47). Le juge du procès n'a pas à formuler, à propos de chaque élément de preuve simplement présenté dans le but de compléter le récit des faits, une directive restrictive particulière indiquant que cet élément n'a « aucune valeur probante » à l'égard des questions en litige.

[48] Je précise qu'il n'est question ici que de l'allègement de l'exigence de la pertinence à l'égard du récit des faits et non de la relation entre le récit des faits et d'autres règles d'exclusion particulières (p. ex., la règle relative au oui-dire).

c) *Les règles d'exclusion particulières*

[49] Bien qu'aucune ne soit en cause en l'espèce, des règles particulières d'exclusion peuvent également faire en sorte que certains types d'éléments de preuve, par ailleurs pertinents, ne soient pas soumis au jury. Les « raisons juridiques » d'exclure une preuve dont le juge Binnie fait état dans ses motifs (par. 168) entrent dans cette catégorie.

d) *Le pouvoir d'exclusion discrétionnaire*

[50] Il est possible que des éléments de preuve par ailleurs admissibles ne soient pas soumis à l'appréciation du jury parce que leur effet préjudiciable

be achieved by refusing to admit the evidence at trial. It can also happen that the disproportionately prejudicial nature of a certain item of evidence only becomes apparent in light of the evidence as a whole. The trial judge may then instruct the jury in his charge that they may not consider a certain item of evidence in their deliberations.

[51] Exclusion on the basis that evidence is more prejudicial than probative does not ground a “no probative value” instruction: the evidence is by hypothesis at least minimally probative of a live issue. As noted in *White (1998)*, the decision in *Arcangioli* did not rest on the exercise of this discretion:

It bears emphasizing that in these sorts of cases, while the evidence cannot be said to be irrelevant to the issue in dispute, it might still be withdrawn from the jury by the trial judge on the basis that it is more prejudicial than probative. The same would be true in cases where two separate offences have been committed and the evidence of post-offence conduct provides scant basis for distinguishing between them. Such a decision would fall within the ordinary discretion of the trial judge, however, and would not be mandated by the result in *Arcangioli*. [para. 33]

Although the issue was not raised in the present appeal, there is a distinction to be made between removing post-offence conduct from consideration by the jury because it is not probative of a live issue and excluding it because its probative value is outweighed by its prejudicial effect. Some of the concerns about juries misusing evidence of post-offence conduct and “demeanour evidence” may be better addressed by the application of this discretion.

[52] As I explained above, these concerns, do not justify applying a different test of relevance

l'emporte sur leur valeur probante. Cette exclusion peut prendre la forme d'un refus d'admettre l'élément en preuve au procès. Il peut également arriver que la nature disproportionnellement préjudiciable d'un élément de preuve se révèle uniquement lorsque la totalité de la preuve a été présentée. Le juge du procès peut alors indiquer aux jurés, dans ses directives, qu'ils ne doivent pas tenir compte d'un élément de preuve particulier dans leurs délibérations.

[51] L'exclusion d'un élément de preuve au motif qu'il est plus préjudiciable qu'il n'est probant ne peut donner lieu à une directive indiquant qu'il n'a « aucune valeur probante » : cet élément a à tout le moins, par hypothèse, une valeur probante minimale à l'égard d'une question en litige. Comme l'a signalé la Cour dans *White (1998)*, la décision rendue dans *Arcangioli* ne reposait pas sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire :

Il importe de souligner que, dans ce genre d'affaire, même si la preuve ne peut être jugée non pertinente relativement à la question en litige, elle pourra être soustraite à l'examen du jury par le juge du procès parce qu'elle est plus préjudiciable qu'elle n'est probante. Il en irait de même dans le cas où deux infractions distinctes ont été perpétrées et où la preuve relative au comportement après l'infraction ne permet pas d'établir une distinction entre elles. Toutefois, une telle décision ressortirait au pouvoir discrétionnaire normalement conféré au juge du procès et ne serait pas dictée par l'arrêt *Arcangioli*. [par. 33]

Bien que ce point n'ait pas été soulevé dans le présent pourvoi, il y a lieu de faire une distinction entre soustraire le comportement postérieur à l'infraction à l'appréciation du jury parce qu'il n'a aucune valeur probante relativement à une question en litige et l'exclure parce que sa valeur probante est moindre que son effet préjudiciable. Il se peut que l'exercice de ce pouvoir d'exclusion discrétionnaire constitue la solution la plus opportune à certaines craintes que le jury utilise mal le comportement postérieur à l'infraction et la « preuve relative à l'attitude ».

[52] Comme je l'ai expliqué plus tôt, ces craintes ne justifient pas d'appliquer au comportement

to post-offence conduct or “demeanour evidence” than that applied to any other circumstantial evidence. The trial judge’s discretion to exclude evidence that is more prejudicial than probative recognizes that jurors will sometimes misuse relevant evidence. However, since this discretion calls into question the jury’s competence in performing its fact-finding function, the excessive prejudicial effect should be invoked explicitly. It should not be disguised within a finding that the evidence is not probative at all. Where this discretion is not invoked, the jury should be trusted, often with a warning, to weigh the relevant evidence.

[53] Although Binnie J. takes the position that evidence of Mr. White’s lack of hesitation prior to flight ought to have been removed from the jury as irrelevant, he would, in the alternative, have held that the trial judge ought to have exercised his discretion to exclude the evidence as more prejudicial than probative (para. 176). I do not agree. I would observe that the trial judge was not asked to exercise this discretion at any point in the proceedings in this case, nor was it ever suggested to the Court of Appeal or to this Court that he ought to have. In any event, as I discuss below, the evidence was probative and, based upon the record, I see no basis for determining it would have had a disproportionately prejudicial effect.

(c) *How a Caution Can Alleviate the Risks Associated With Certain Evidence That Ought to Be Left With the Jury*

[54] Once evidence is found to be relevant, it is generally admissible and the jury is left to decide how much weight to give a particular item of evidence. Similarly, once evidence is determined to be relevant with respect to a particular live issue, the jury should normally be free to weigh the evidence in drawing conclusions about that live issue. This is subject to specific exclusionary rules and the

postérieur à l’infraction ou à la « preuve relative à l’attitude » un critère de pertinence différent de celui qui s’applique aux autres éléments de preuve circonstancielle. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d’exclure une preuve qui est plus préjudiciable qu’elle n’est probante reconnaît que certains jurés utilisent parfois mal une preuve pertinente. Toutefois, comme ce pouvoir discrétionnaire remet en question la compétence du jury en tant que juge des faits, il faut évoquer explicitement l’effet préjudiciable excessif de la preuve et se garder de le camoufler derrière la conclusion que cette preuve n’a aucune valeur probante. Si le juge n’exerce pas ce pouvoir discrétionnaire, il faut faire confiance au jury, auquel on aura souvent fait une mise en garde, pour soupeser la preuve pertinente.

[53] De l’avis du juge Binnie, la preuve selon laquelle M. White a fui sans hésiter aurait dû être soustraite à l’appréciation du jury parce qu’elle n’était pas pertinente, mais il aurait conclu, subsidiairement, que le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire d’exclure cette preuve parce que son effet préjudiciable l’emportait sur sa valeur probante (par. 176). Je ne suis pas d’accord. Soulignons qu’à aucun moment au cours du procès on a demandé au juge du procès d’exercer ce pouvoir, et nul n’a prétendu non plus devant la Cour d’appel ou notre Cour qu’il aurait dû l’exercer. Quoi qu’il en soit, comme je l’explique plus loin, la preuve était probante et je ne trouve dans le dossier aucune raison de décider qu’elle aurait eu un effet préjudiciable disproportionné.

e) *Comment une mise en garde peut atténuer les risques liés à certains éléments de preuve qui doivent être laissés à l’appréciation du jury*

[54] L’élément de preuve jugé pertinent est généralement admissible, et il revient alors au jury de décider du poids à lui accorder. De même, lorsqu’une preuve est jugée pertinente à l’égard d’une question en litige particulière, le jury devrait normalement décider librement du poids à lui accorder pour tirer ses conclusions sur cette question. Il en sera ainsi, sous réserve des règles particulières d’exclusion

judge's discretion to exclude evidence that is more prejudicial than probative.

[55] Still, judicial experience has shown that certain evidence that ought to be left with the jury, based on the ordinary rules of evidence, carries with it a heightened risk of misinterpretation or misuse. Certain types of evidence may appear more probative than they really are, may be systematically less reliable than they seem, or may be consistent with other less obvious explanations than the one advanced by a party (though not equally so). These potential dangers may not be immediately apparent to lay juries (see *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 4). Accordingly, courts have recognized that when leaving certain types of evidence with the jury, the trial judge should provide a caution that alerts the jury to the risks involved. The content and nature of the warning should address the risk and depend upon the severity of the danger.

[56] A warning or caution does not serve to remove the evidence from the jury's consideration. Instead, providing a caution allows for juries to benefit from judicial experience concerning the risks associated with certain types of evidence, while respecting the jury's competence in fulfilling its fact-finding role. The point is that once jurors are alerted to the risks that are not necessarily apparent to the average citizen, they can be trusted to properly weigh the evidence. Our jury system is predicated on the conviction that jurors are intelligent and reasonable fact-finders. It is contrary to this fundamental premise to assume that properly instructed jurors will weigh the evidence unreasonably or draw irrational and speculative conclusions from relevant evidence. I agree with the view expressed by Dickson C.J., in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, that "it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring

et du pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure les éléments de preuve plus préjudiciables que probants.

[55] L'expérience des tribunaux a néanmoins démontré que certains éléments de preuve qui doivent être laissés à l'appréciation du jury selon les règles de preuve ordinaires risquent davantage d'être mal interprétés ou mal utilisés. Certains types d'éléments de preuve peuvent sembler plus probants qu'ils ne le sont en réalité, être invariablement moins fiables qu'ils ne le paraissent ou être compatibles (mais pas tout aussi compatibles) avec des explications moins évidentes que celles avancées par une partie. Il se peut que les jurés profanes ne saisissent pas d'emblée ces risques (voir *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 4). Les tribunaux ont donc reconnu que le juge du procès devrait signaler aux jurés les risques associés à certains types de preuve qu'il laisse à leur appréciation. La teneur et la nature de cette mise en garde doivent contrer le risque et être fonction de sa gravité.

[56] L'avertissement ou la mise en garde n'a pas pour objet de soustraire la preuve à l'examen du jury. Une mise en garde permet plutôt au jury de bénéficier de l'expérience des tribunaux quant aux risques associés à certains types de preuve, tout en respectant sa compétence à titre de juge des faits. En somme, on peut avoir confiance en la capacité des jurés d'apprécier correctement la preuve s'ils sont mis au fait des risques qui ne sont pas forcément évidents pour le citoyen moyen. Notre système de jurys procède de la conviction que les jurés sont des juges des faits intelligents et raisonnables. Présumer que des jurés ayant reçu des directives appropriées n'apprécieront pas raisonnablement la preuve ou tireront des conclusions irrationnelles ou hypothétiques d'éléments de preuve pertinents va à l'encontre de cette prémisse fondamentale. Je fais mienne l'opinion exprimée par le juge en chef Dickson, dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, selon laquelle « on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la

to the legal process a healthy measure of common sense” (p. 692 (emphasis in original)).

[57] Binnie J. does not draw any clear distinction in his reasons between removing evidence from consideration by the jury and warning the jury to be careful with certain evidence. Indeed, in discussing “the need for a limiting instruction” (para. 178), he invokes judges’ instructions about evidence of jailhouse informants and eyewitness identification (para. 185). Yet, these two types of evidence are not systematically removed from the jury’s consideration by way of a limiting instruction, but are generally left with the jury along with a warning in the jury charge.

[58] When leaving the jury with evidence of a jailhouse informant, the trial judge is to provide a *Vetrovec* warning. The instruction “must take into account the dual purpose of the *Vetrovec* warning: first, to alert the jury to the danger of relying on the unsupported evidence of unsavoury witnesses and to explain the reasons for special scrutiny of their testimony; and second, in appropriate cases, to give the jury the tools necessary to identify evidence capable of enhancing the trustworthiness of those witnesses” (*Khela*, at para. 47, *per* Fish J., cited in *R. v. Hurley*, 2010 SCC 18, [2010] 1 S.C.R. 637, at para. 11).

[59] Eyewitness identification evidence provides an even more striking example of the importance of distinguishing a limiting instruction that removes evidence from the jury’s consideration from a warning that tells the jury to be careful with the evidence. In the vast majority of cases, eyewitness identification will be relevant to the issue of identity, i.e. whether the accused is the person who committed the offence. However, eyewitness

question ultime de la culpabilité ou de l’innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens » (p. 692 (soulignement dans l’original)).

[57] Dans ses motifs, le juge Binnie ne fait aucune distinction claire entre le fait de soustraire une preuve à l’examen du jury et celui d’appeler le jury à la prudence à l’égard de certains éléments de preuve. En effet, lorsqu’il parle de « la question de savoir si une directive restrictive s’impose » (para. 178), il cite en exemple les directives des juges concernant les témoignages des informateurs dans un établissement de détention et l’identification par témoin oculaire (para. 185). Or, ces deux types de preuve ne sont pas systématiquement soustraits à l’examen du jury au moyen d’une directive restrictive; ils sont généralement laissés à l’appréciation du jury, qui reçoit alors une mise en garde dans l’exposé du juge.

[58] Le juge du procès est tenu de donner au jury une mise en garde de type *Vetrovec* quand il laisse à son appréciation le témoignage d’un informateur dans un établissement de détention. Cette directive « doit prendre en compte le double objectif de la mise en garde de type *Vetrovec* : premièrement, éveiller l’attention du jury sur le danger de se fonder sur les dépositions de témoins douteux en l’absence de toute confirmation et expliquer pourquoi elles doivent être examinées de façon particulièrement rigoureuse; deuxièmement, si les circonstances le justifient, fournir aux jurés les outils nécessaires pour déterminer les éléments de preuve pouvant renforcer la crédibilité de ces témoins » (*Khela*, par. 47, le juge Fish, cité dans *R. c. Hurley*, 2010 CSC 18, [2010] 1 R.C.S. 637, par. 11).

[59] L’identification par témoin oculaire illustre de façon encore plus frappante l’importance de faire une distinction entre la directive restrictive qui soustrait une preuve à l’examen du jury et la mise en garde qui appelle le jury à la prudence relativement à une preuve. Dans la très grande majorité des cas, l’identification par témoin oculaire est pertinente quant à l’identité, c’est-à-dire pour ce qui est de savoir si l’accusé est bien l’auteur de l’infraction.

identification can be “deceptively credible” because an honest and sincere witness may be mistaken (*R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445, at paras. 50-51, specifically referring to “eyewitness in-court identification”, but also discussing eyewitness identification generally; see also *R. v. Curran* (2004), 188 O.A.C. 1, at para. 29). The appropriate response is not to instruct the jury that they cannot consider eyewitness testimony in determining the issue of identity. Rather, it is to warn the jury that the evidence may not be as reliable as it seems. Indeed, this is what judges generally do.

[60] In sum, it is important to remember that, when dealing with risky evidence, the trial judge is not left with a stark choice between removing the evidence from the jury’s consideration with respect to one or more live issues, and simply leaving the evidence with the jury without any guidance. It is also possible for the judge to warn the jury of the risks and thereby assist them in performing their fact-finding function. In my view, a limiting instruction is only appropriate when the evidence is not relevant to one or more live issues, is subject to a specific exclusionary rule or is explicitly found by the trial judge to be more prejudicial than probative. Otherwise, judicial experience about the risks associated with certain types of evidence should be communicated to the jury by way of a caution.

B. *Did the Trial Judge’s Charge to the Jury in This Case Satisfy the Requirements of the Rules of Evidence as They Apply to Limiting Instructions and Cautions?*

(1) The Trial Judge Should Not Have Given a Limiting Instruction

[61] In this case, the trial judge provided a caution. It was not argued that the warning was inadequate to alert the jury to the possibility that there might be other explanations for Mr. White’s lack of hesitation prior to flight. Similarly, it was not

Il arrive cependant que l’identification par témoin oculaire « donne l’illusion d’être crédible » parce qu’un témoin honnête et sincère peut se tromper (*R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445, par. 50-51, concernant expressément « l’identification par témoin oculaire à l’audience », mais traitant aussi de l’identification par témoin oculaire en général; voir aussi *R. c. Curran* (2004), 188 O.A.C. 1, par. 29). La solution ne consiste pas à interdire aux jurés de prendre en considération la déposition d’un témoin oculaire pour trancher la question de l’identité, mais plutôt à les prévenir que ce témoignage n’est peut-être pas aussi fiable qu’il le paraît. C’est d’ailleurs ce que font généralement les juges.

[60] En bref, il importe de garder à l’esprit que, devant une preuve qui présente des risques, le juge du procès n’a pas à faire un choix déchirant entre soustraire la preuve à l’examen du jury à l’égard d’une ou de plusieurs questions en litige, et laisser simplement la preuve à l’appréciation du jury sans le guider de quelque façon que ce soit. Le juge a aussi le choix de signaler les risques au jury et de l’aider ainsi à s’acquitter de son rôle de juge des faits. À mon avis, une directive restrictive convient uniquement dans les cas où la preuve n’est pas pertinente quant à une ou plusieurs questions en litige, est assujettie à une règle d’exclusion particulière ou est considérée plus préjudiciable que probante par le juge du procès. Dans les autres cas, l’enseignement que les tribunaux ont tiré de leur expérience quant aux risques associés à certains types de preuve doit être transmis au jury au moyen d’une mise en garde.

B. *L’exposé au jury, en l’espèce, satisfait-il aux règles de preuve telles qu’elles s’appliquent aux directives restrictives et aux mises en garde?*

(1) Le juge du procès ne devait pas donner une directive restrictive

[61] Le juge du procès a fait une mise en garde en l’espèce. Nul n’a fait valoir que la mise en garde ne signalait pas adéquatement au jury la possibilité qu’il y ait d’autres explications au fait que M. White a fui sans hésiter. Il n’a pas été plaidé non plus que

argued that the trial judge ought to have exercised his discretion to exclude the evidence or to have excluded the evidence based upon a specific exclusionary rule. None of these issues were before this Court. The only issue that was raised before this Court was whether the trial judge should have provided a limiting instruction that Mr. White's lack of hesitation prior to flight was not probative as between murder and manslaughter; in other words, that it was irrelevant.

(a) *The Issue Was of Little Significance at Trial*

[62] The issue in this appeal is whether the evidence of Mr. White's lack of hesitation prior to flight was relevant in determining his level of culpability as between murder and manslaughter. At the outset, I should state that this issue was of little significance at trial. As Charron J.'s detailed review of the record shows (paras. 111-21), this issue was not a significant element in the Crown's case.

[63] Without repeating what Charron J. has said, I stress that three features of the record are particularly telling as to the minimal significance, at trial, of evidence of lack of hesitation prior to flight in relation to the issue of intent. First, throughout the Crown's case, the identity of the shooter was a very live issue. Evidence of flight was of central importance to the Crown's case on the issue of identity. Second, in making its case on intent, the Crown emphasized forensic evidence and eyewitness testimony. Mr. White's lack of hesitation prior to flight was a very minor part of the Crown's case on intent. Third, defence counsel did not respond to the Crown's submissions about the evidence of lack of hesitation prior to flight in his closing argument nor did he raise any concerns about the use of this evidence with the trial judge.

le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve ou appliquer une règle d'exclusion particulière. Notre Cour n'a été saisie d'aucune de ces questions. La seule question soulevée devant notre Cour est de savoir si le juge du procès devait donner une directive restrictive selon laquelle le fait que M. White a fui sans hésiter n'était pas probant pour décider de sa culpabilité de meurtre ou d'homicide involontaire coupable; autrement dit, si le juge devait préciser que ce fait n'était pas pertinent.

a) *La question revêtait peu d'importance au procès*

[62] Le pourvoi soulève la question de savoir si la preuve que M. White a fui sans hésiter permettait de déterminer son degré de culpabilité — s'il avait commis un meurtre ou un homicide involontaire coupable. Je dois dire d'entrée de jeu que cette question revêtait peu d'importance au procès. Comme le révèle l'analyse approfondie du dossier conduite par la juge Charron (par. 111-121), cette question ne constituait pas un élément important de la thèse du ministère public.

[63] Sans vouloir répéter les propos de la juge Charron, je souligne que trois éléments du dossier sont particulièrement révélateurs de l'importance minime, au procès, de la preuve d'absence d'hésitation avant la fuite en ce qui concerne la question de l'intention. Premièrement, la question de l'identité du tireur est demeurée en litige tout au long de la présentation de la preuve du ministère public. La preuve de la fuite revêtait une importance primordiale pour la thèse du ministère public sur cette question. Deuxièmement, dans la démonstration de sa thèse sur l'intention, le ministère public a mis l'accent sur la preuve criminalistique et la déposition des témoins oculaires. Le fait que M. White a fui sans hésiter a joué un rôle infime dans la thèse du ministère public concernant l'intention. Troisièmement, l'avocat de la défense n'a pas répondu, dans sa plaidoirie finale, aux arguments formulés par le ministère public relativement à la preuve d'absence d'hésitation avant la fuite, et il n'a pas non plus fait part au juge du procès de quelque réserve que ce soit sur l'utilisation de cette preuve.

(b) *The Relevance of Lack of Hesitation Prior to Flight*

[64] Having noted the context in which the issue arose at trial, I now consider whether lack of hesitation prior to flight was relevant to determining Mr. White's level of culpability as between murder and manslaughter.

[65] The Crown sought to convince the jury that Mr. White's conduct in the immediate aftermath of the gunshot was not reconcilable with the theory that the gun was fired accidentally. In Mr. White's view, this submission "breached the well-established rule that post-offence conduct, such as flight, is not admissible to determine an accused's level of culpability" (A.F., at para. 58). Relying on *Arcangioli*, and its successor cases, he argues that the Crown invited the jury to draw an impermissible inference of "consciousness of guilt" of second degree murder from his "immediate flight".

[66] However, this case is distinguished from *Arcangioli* on the facts. The conduct alluded to by the Crown is not the *flight itself*, but rather Mr. White's failure to hesitate after his gun was fired into Mr. Matasi's chest before he fled the scene. This is different from the question at issue in *Arcangioli*, which concerned the simple act of fleeing from the scene. In that case — as, indeed, in this one — the mere fact that the accused fled the scene did not provide any information as to whether he was guilty of the lesser or the greater charge. However, in this case, the fact that Mr. White failed to hesitate at the discharge of his firearm into another person's chest *does* potentially provide such information.

[67] As a matter of logic and human experience, one would expect an ordinary person to present some physical manifestation, such as hesitation, at a gun in their hand accidentally discharging into

b) *La pertinence de l'absence d'hésitation avant la fuite*

[64] Après avoir décrit le contexte dans lequel la question a été soulevée au procès, j'examinerai maintenant la question de savoir si le fait que M. White a fui sans hésiter était pertinent quant à son degré de culpabilité, c'est-à-dire pour déterminer s'il avait commis un meurtre ou un homicide involontaire coupable.

[65] Le ministère public a cherché à convaincre le jury que le comportement de M. White immédiatement après le coup de feu était incompatible avec la thèse du coup de feu accidentel. Selon M. White, ces propos [TRADUCTION] « contreviennent à la règle bien établie portant qu'un comportement postérieur à l'infraction, comme la fuite, ne peut être admis en preuve pour établir le degré de culpabilité de l'accusé » (m.a., par. 58). Invoquant *Arcangioli* et les arrêts qui l'ont suivi, il soutient que le ministère public a invité le jury à conclure à l'existence d'une « conscience de culpabilité » de meurtre au deuxième degré à partir de la « fuite immédiate », conclusion qu'il lui était interdit de tirer.

[66] La présente espèce se distingue cependant de l'affaire *Arcangioli* sur le plan des faits. Le comportement évoqué par le ministère public n'est pas *la fuite même*, mais plutôt le fait que M. White n'a pas hésité avant de prendre la fuite après qu'un coup de feu provenant de son arme a atteint M. Matasi à la poitrine. Il en était autrement dans *Arcangioli*, où c'était simplement la fuite comme telle qui était en cause. Dans cette dernière affaire — comme en l'espèce, d'ailleurs — la simple fuite de l'accusé n'était d'aucune utilité pour déterminer s'il était coupable de l'infraction la plus grave ou la moins grave. En l'espèce, toutefois, le fait que M. White n'a pas hésité après qu'un coup de feu provenant de son arme a atteint une autre personne à la poitrine pourrait *effectivement* être utile pour répondre à cette question.

[67] Selon la logique et l'expérience humaine, on s'attendrait à observer certains signes physiques, comme de l'hésitation, chez une personne ordinaire qui vient d'atteindre accidentellement une

someone's chest, thereby killing them. It was open to the jury to infer that a failure to react in this way was incongruous with the theory, advanced by the defence, that the gun went off by accident as the two men struggled with each other. To use the language of *Arcangioli* and *White* (1998), lack of hesitation was not "equally consistent with" or "equally explained by" accidentally as opposed to intentionally shooting the victim. It is less consistent with accident. Thus, the evidence that Mr. White did not hesitate when the gun was fired in response to this unexpected and calamitous turn of events supports an inference that he deliberately pulled the trigger.

[68] Again, this case is not simply a replay of *Arcangioli*. In my view, there is a meaningful difference between the following two questions:

Would the accused have been *equally* likely to flee the scene whether he was guilty of murder or of manslaughter? (in *Arcangioli*)

Would the accused have been *equally* likely to hesitate before fleeing had he shot the victim intentionally or accidentally? (in this case)

[69] The two questions raise distinct sets of considerations. On the one hand, logic and human experience suggest that there is no reason to think that a person who has committed manslaughter would be more likely to stay at the scene of the crime than one who has committed murder. In both cases the person has committed a very serious offence by unlawfully killing someone and will be just as likely to flee. In both cases, the person may flee for a host of reasons, such as to avoid arrest, to minimize evidence of that person's connection with the crime, or to buy additional time. Indeed, flight is a response equally consistent with a wide range of much less serious offences, such as theft, vandalism, or common assault (as discussed in *Arcangioli*).

autre personne d'une balle à la poitrine et de la tuer. Le jury pouvait conclure que l'absence d'une telle réaction ne cadrerait pas avec la thèse invoquée par la défense, voulant que le coup soit parti accidentellement au cours de la lutte corps à corps entre les deux hommes. Pour reprendre les termes employés dans *Arcangioli* et *White* (1998), l'absence d'hésitation n'était pas « tout aussi compatible » avec un coup de feu accidentel qu'avec un coup de feu intentionnel et ne pouvait « s'expliquer tout autant par » l'un ou l'autre. L'absence d'hésitation est moins compatible avec la thèse de l'accident. Par conséquent, la preuve que M. White n'a pas hésité au moment du coup de feu, en réaction à la tournure imprévue et désastreuse des événements, étaye la conclusion qu'il a délibérément appuyé sur la détente.

[68] Encore une fois, la présente affaire n'est pas une simple réplique de l'affaire *Arcangioli*. Il existe selon moi une différence notable entre les deux questions suivantes :

Était-il *tout aussi* vraisemblable que l'accusé fuie les lieux, qu'il ait commis un meurtre ou qu'il ait commis un homicide involontaire coupable? (dans *Arcangioli*)

Était-il *tout aussi* vraisemblable que l'accusé hésite avant de prendre la fuite, qu'il ait tiré délibérément sur la victime ou qu'il ait tiré accidentellement? (en l'espèce)

[69] Ces deux questions font intervenir des considérations distinctes. D'un côté, la logique et l'expérience humaine enseignent qu'il n'y a pas lieu de penser que l'auteur d'un homicide involontaire coupable serait plus susceptible que l'auteur d'un meurtre de demeurer sur les lieux du crime. Dans les deux cas, cette personne a commis une infraction très grave, soit un homicide coupable, et la probabilité qu'il s'enfuit est la même. Dans les deux cas, de nombreuses raisons peuvent motiver sa fuite : éviter l'arrestation, minimiser la preuve la reliant au crime ou gagner du temps. En fait, la fuite est une réaction tout aussi compatible avec un grand nombre d'infractions beaucoup moins graves comme le vol, le vandalisme ou les voies de fait simples (comme il en est question dans *Arcangioli*).

[70] On the other hand, logic and human experience suggest that people are more likely to show some outward sign, such as hesitation, before continuing on with their actions, when they do something accidentally than when they do it on purpose. This is all the more so when the accident involves a sharp physical effect on the person (the discharge of a gun in one's hand) and results in a terrible consequence, such as having killed another person. As I have discussed, lack of hesitation prior to flight, is less consistent with shooting and killing someone accidentally than it is with doing so intentionally. Thus, in the context of determining relevance, evidence of flight *per se* is different from evidence of lack of hesitation prior to flight.

[71] In *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, LeBel J., in his reasons for the majority, addressed an issue similar to the one being discussed here, albeit in *obiter*.

[72] In that case, a man was accused of shooting and killing a police officer who had entered his home in order to deal with a domestic dispute between the accused and his wife. The accused claimed that the shooting was accidental, and testified that he could not remember the events leading up to the shooting because of the effects of the pepper spray used on him by the police officer. In order to impugn the accused's credibility, the Crown had referred to the fact that, moments after the shooting, the accused had reloaded his gun and told his wife that he intended to commit suicide, all without bothering to verify if the officer was dead. In the Crown's view, these actions were inconsistent with the accused's testimony that he had virtually no memory of the shooting itself, and so it sought to weaken the credibility of that testimony by drawing attention to the discrepancy.

[73] Although the Crown only used evidence of his post-offence conduct to impugn the credibility of the accused, LeBel J. believed that an argument could have been made that his conduct supported an inference concerning the state of mind of the accused at the time of the shooting:

[70] En revanche, la logique et l'expérience humaine enseignent aussi que les auteurs d'un acte involontaire sont plus susceptibles de manifestations visibles, comme des signes d'hésitation, avant de continuer à agir que les auteurs d'un acte volontaire. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'accident a un effet physique marqué sur l'intéressé (la décharge d'une arme à feu qu'il tient dans sa main) et de terribles conséquences, comme la mort d'une autre personne. Comme je l'ai expliqué, le fait de fuir sans hésiter est moins compatible avec un coup de feu mortel accidentel qu'avec un coup de feu mortel intentionnel. Par conséquent, en ce qui concerne la question de la pertinence, il y a une différence entre la preuve de la fuite même et la preuve de l'absence d'hésitation avant la fuite.

[71] Dans *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, le juge LeBel, qui a rédigé les motifs de la majorité, a abordé une question analogue, mais de façon *incidente*.

[72] Dans cette affaire, un homme était accusé d'avoir tué par balle un policier qui était entré chez lui pour régler une querelle conjugale. L'accusé a prétendu que le coup de feu avait été tiré accidentellement, et il a témoigné qu'il ne se souvenait pas des événements ayant conduit au coup de feu à cause des effets du gaz poivré que le policier avait utilisé contre lui. Pour attaquer sa crédibilité, le ministère public a indiqué que, quelques secondes après le coup de feu, l'accusé avait rechargé l'arme et dit à sa femme qu'il voulait se suicider, sans même se soucier de vérifier si le policier était mort. D'après le ministère public, ces gestes étaient incompatibles avec le témoignage de l'accusé selon lequel il ne se rappelait pratiquement rien du coup de feu lui-même. Le ministère public a donc cherché à miner la crédibilité de ce témoignage en attirant l'attention sur cette discordance.

[73] Bien que le ministère public ait utilisé la preuve du comportement postérieur à l'infraction à la seule fin d'attaquer la crédibilité de l'accusé, il aurait pu, selon le juge LeBel, faire valoir que ce comportement permettait de tirer une conclusion au sujet de l'état d'esprit de l'accusé au moment du coup de feu :

Post-offence conduct may also be used to discredit a defence that relates to the accused person's state of mind at the time of the offence and that is therefore relevant to his or her ability to form the requisite intent for the offence, such as intoxication (*R. v. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112, at paras. 8-15; *Peavoy*, at pp. 630-31) or the "not criminally responsible" defence under s. 16 (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 42-53). In the case at bar, the Crown could have pursued the argument that the appellant's sense of awareness immediately after the shooting was relevant circumstantial evidence that he had the requisite intent, since it belied his claim to have been completely disoriented by the pepper spray. If the Crown had done so, then the jury should have been instructed on the limited probative value of the appellant's post-offence conduct. [Emphasis added; para. 40.]

[74] In my view, the situation in the present case is no different. A jury could legitimately infer that Mr. White's lack of hesitation after the gun was fired belied his claim that the shooting was accidental. Evidence of such a failure is thus relevant to the question of whether he had the requisite intent for second degree murder.

[75] This evidence was not tainted by the hallmark flaws associated with "demeanour evidence" so as to be irrelevant. Such hallmark flaws are generally associated with evidence in the form of a witness's impression of the accused's mental or emotional state (e.g. appeared calm or nervous), as inferred by the witness from the accused's outward appearance or behaviour. The accused's mental or emotional state is then submitted as suspect and probative of guilt (see *Nelles*; *R. v. Levert* (2001), 150 O.A.C. 208, at paras. 24-27; *R. v. Trotta* (2004), 191 O.A.C. 322, at paras. 40-43 (an appeal was allowed by this Court and a new trial was ordered, but solely on the basis of fresh evidence, 2007 SCC 49, [2007] 3 S.C.R. 453)).

[76] A problem with such evidence is that the inferential link between the witness's perception of the accused's behaviour and the accused's mental

Le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction peut également servir à discréditer les moyens de défense relatifs à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction, qui peuvent donc influencer sur sa capacité de former l'intention requise pour commettre l'infraction, par exemple le moyen de défense fondé sur l'intoxication (*R. c. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112, par. 8-15; *Peavoy*, p. 630-631) et celui fondé sur la « non-responsabilité criminelle » que l'accusé peut invoquer en vertu de l'art. 16 (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 42-53). En l'espèce, le ministère public aurait pu présenter l'argument que la conscience qu'avait l'appellant immédiatement après le coup de feu constituait une preuve circonstancielle pertinente de son intention, puisque cette conscience réfutait sa prétention selon laquelle le gaz poivré l'avait totalement désorienté. Si le ministère public l'avait fait, le jury aurait alors dû recevoir des directives relativement à la valeur probante limitée du comportement de l'appellant postérieur à l'infraction. [Je souligne; par. 40.]

[74] À mon avis, la situation qui nous occupe n'est pas différente. Un jury pourrait légitimement conclure que l'absence d'hésitation chez M. White après le coup de feu contredisait sa prétention que le coup était parti accidentellement. La preuve de l'absence d'hésitation est donc pertinente quant à l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

[75] Cette preuve n'était pas entachée des lacunes caractéristiques de la « preuve relative à l'attitude » au point d'être dénuée de pertinence. Ces lacunes caractéristiques sont généralement associées à l'utilisation en preuve des inférences sur l'état mental ou émotif de l'accusé (p. ex., s'il semblait calme ou nerveux) que le témoin tire de l'apparence ou du comportement de l'accusé. On présente alors l'état mental ou émotif de l'accusé comme un élément suspect et une preuve de culpabilité (voir *Nelles*; *R. c. Levert* (2001), 150 O.A.C. 208, par. 24-27; *R. c. Trotta* (2004), 191 O.A.C. 322, par. 40-43 (notre Cour a accueilli l'appel de cet arrêt et ordonné un nouveau procès, mais uniquement sur la base d'une preuve nouvelle, 2007 CSC 49, [2007] 3 R.C.S. 453)).

[76] Ce genre de preuve pose problème du fait que le lien inférentiel entre la perception qu'a le témoin du comportement de l'accusé et l'état mental de

state can be tenuous (*Trotta*, at para. 40). The witness's assessment depends on a subjective impression and interpretation of the accused's behaviour (*Levert*, at para. 27). Moreover, it appears to involve an element of mind reading (*R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29, at para. 51). Additionally, insofar as the witness is inferring the accused's state of mind from the accused's outward appearance, there may be a legitimate concern that this is inadmissible lay opinion evidence. This is to be contrasted with evidence of objective conduct that allows the jury to draw its own inferences about the accused's state of mind.

[77] Lack of hesitation prior to flight is an objective fact, from which the finder of fact (and not the witness) is asked to draw an inference of no shock or surprise. This was not a case where the accused's outward behaviour was adduced to prove that an awareness of guilt was boiling under the surface. The evidence here is not analogous to a doctor's testimony that a nurse had "a very strange expression" and displayed no signs of grief when she was "writing up the final death note as part of her other difficult duties on the occasion of the death of a baby in her care" (*Nelles*, at p. 125, cited in Binnie J.'s reasons, at para. 142); nor is it analogous to testimony that the accused seemed "unusually quiet" in the area of a crime scene and turned his head away (*Anderson*, at para. 50, cited in Binnie J.'s reasons, at para. 143). Instead, the evidence was in the nature of the absence of an immediate reflex.

[78] Indeed, I agree with Charron J. that Crown counsel's comment was certainly not "an invitation to infer a murderous intent from the way Mr. White 'looked' just before he fled" (para. 122). As her discussion of the record shows, "while every witness to the event testified that the shooter immediately fled, *no witness* was asked by the Crown how the shooter 'looked' at the time he fled" (para. 122 (emphasis in original)). Rather, if any examples of

l'accusé peut être tenu (*Trotta*, par. 40). Les conclusions du témoin reposent sur son impression et son interprétation subjectives du comportement de l'accusé (*Levert*, par. 27). Qui plus est, elles semblent comporter une certaine part de lecture de la pensée (*R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29, par. 51). En outre, dans la mesure où le témoin infère l'état d'esprit de l'accusé de son apparence, on peut se demander à juste titre s'il ne s'agit pas d'une preuve d'opinion inadmissible de la part d'un témoin non expert. Cette preuve doit être distinguée d'une preuve objective du comportement de l'accusé qui permet aux jurés de tirer leurs propres conclusions sur son état d'esprit.

[77] L'absence d'hésitation avant la fuite constitue un fait objectif à partir duquel on demande au juge des faits (et non au témoin) de conclure que l'accusé n'était ni bouleversé ni surpris. Il ne s'agissait pas en l'espèce d'un cas où on a produit en preuve le comportement observable de l'accusé pour démontrer l'existence d'un remous intérieur attribuable à une conscience de culpabilité. La preuve en l'espèce n'est pas comparable au témoignage d'un médecin selon lequel une infirmière avait [TRADUCTION] « une expression très étrange » et ne montrait aucun signe d'affliction « à l'occasion de la mort d'un bébé dont elle prenait soin » pendant qu'elle « s'acquittait de la tâche éprouvante de rédiger la note de décès comme elle devait le faire » (*Nelles*, p. 125, cité par le juge Binnie au par. 142 de ses motifs); elle n'est pas comparable non plus au témoignage que l'accusé semblait [TRADUCTION] « anormalement tranquille » sur les lieux d'un crime et a détourné le regard (*Anderson*, par. 50, cité par le juge Binnie au par. 143 de ses motifs). La preuve en l'espèce consistait plutôt en l'absence d'un réflexe immédiat.

[78] En fait, je suis d'accord avec le juge Charron que la remarque de l'avocat du ministère public n'était assurément pas « une invitation à conclure à l'intention de commettre un meurtre en se fondant sur "l'air" qu'avait M. White juste avant sa fuite » (par. 122). Comme le montre son analyse du dossier, « bien que chacun des témoins de l'incident ait affirmé que le tireur s'était enfui immédiatement, le ministère public n'a demandé à *aucun témoin* quel

“demeanour evidence” were at issue in this case, it was counsel for the defence who attempted to introduce them. I further agree that, had defence counsel successfully shown that there was evidence that Mr. White did look surprised or shocked after the shooting, the jury would have been entitled to the benefit of this evidence (Charron J.’s reasons, at para. 126).

[79] It is true that the Crown’s use of evidence of lack of hesitation prior to flight presupposes a normal range of reactions: it assumes that most people will hesitate or show some other outward sign of surprise when something dramatic and horrible accidentally happens. Of course, it may be that not everyone will respond in this way. However, I consider this view of a normal almost reflexive or involuntary response to be well founded. I have no doubt that had there been evidence of hesitation, defence counsel would have submitted it as probative of an accident. Divergence from this norm, though not determinative, is more consistent with an intentional shooting than with an accident. It would therefore have been wrong for the trial judge to instruct the jury that this evidence had no probative value in determining intent, as Mr. White suggests he should have. It was not irrelevant.

(2) The Trial Judge’s Instructions to the Jury Did Not Invite the Jury to Consider Evidence of Flight *per se* in Determining the Appellant’s Level of Culpability as Between Murder and Manslaughter

[80] Mr. White submits that, even if the Crown’s argument concerning his lack of surprise was permissible, the trial judge nonetheless erred in his instructions to the jury because he invited them to consider *the flight itself* as evidence that he intended to shoot Mr. Matasi.

“air” avait le tireur lorsqu’il a pris la fuite » (par. 122 (en italique dans l’original)). Si des éléments de « preuve relative à l’attitude » étaient en cause en l’espèce, c’est plutôt l’avocat de la défense qui a tenté de les présenter. Je suis également d’accord pour dire que, si l’avocat de la défense était parvenu à établir que des éléments de preuve démontraient que M. White semblait surpris ou bouleversé après le coup de feu, le jury aurait eu le droit de bénéficier de cette preuve (motifs de la juge Charron, par. 126).

[79] Certes, l’utilisation par le ministère public de la preuve de l’absence d’hésitation avant la fuite présuppose qu’une certaine gamme de réactions sont normales : elle tient pour avéré que la plupart des gens hésitent ou montrent quelque autre signe de surprise lorsqu’un drame horrible se produit accidentellement. Bien sûr, il se peut que certaines personnes ne réagissent pas de cette façon. Je considère toutefois que cette perception d’une réaction normale presque réflexive ou involontaire est bien fondée. Je suis sûr que, s’il existait une preuve d’hésitation, l’avocat de la défense l’aurait utilisée comme démontrant le caractère accidentel du drame. Bien qu’il ne soit pas déterminant, un écart par rapport à cette norme est plus compatible avec un coup de feu intentionnel qu’avec un coup de feu accidentel. Le juge du procès aurait donc eu tort de dire au jury, comme M. White soutient qu’il aurait dû le faire, que cette preuve n’avait aucune valeur probante relativement à l’intention. Cette preuve n’était pas dénuée de pertinence.

(2) Dans ses directives au jury, le juge du procès ne l’a pas invité à prendre en considération la preuve de la fuite même pour déterminer le degré de culpabilité de l’appelant — c’est-à-dire s’il avait commis un meurtre ou un homicide involontaire coupable

[80] Selon M. White, même si le ministère public était autorisé à invoquer le fait qu’il n’était pas surpris, le juge du procès a commis une erreur dans ses directives aux jurés en les invitant à considérer *la fuite même* comme une preuve de son intention de tirer sur M. Matasi.

[81] The trial judge referred to post-offence conduct in relation to Mr. White's flight from the scene on two occasions. The first reference came in the context of his instructions to the jury on the issue of intent. Near the end of his instructions on that point, he stated the following:

You may consider Mr. White's post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it. It may not tell you much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired. That is for you to assess and consider. [A.R., at p. 606]

He next referred to the manner of Mr. White's flight in summarizing the Crown's theory of the case:

The Crown submits that what is most compelling is the forensic evidence. It submits that the location of the bullet fragments is significant and suggests that Mr. Matasi could not have been standing up because with the elevation drop, a bullet shot north, when passing through Mr. Matasi's body would have ended up not on the ground but in a building somewhere on Water Street. The Crown lastly noted that the accused ran away with no apparent hesitation or confusion, which suggests that what happened is what he intended to happen. This, the Crown suggested, indicates intention by one of the two ways possible for murder. [Emphasis added; A.R., p. 609.]

[82] The first of these references may, if taken entirely out of context, appear to be equivocal. Read in isolation, it is not entirely clear whether the statement constitutes an invitation to the jury to consider the flight itself, or rather circumstances surrounding the flight. Nevertheless, this Court need not automatically adopt the interpretation most favourable to Mr. White. When reviewing a trial judge's instructions to the jury, appellate courts must not immediately adopt a restrictive interpretation any time an isolated word or phrase presents an apparent ambiguity. Rather, they must first ascertain whether the ambiguity can be resolved by applying the general principles of interpretation and placing

[81] Le juge du procès a parlé à deux reprises du comportement postérieur à l'infraction en ce qui concerne la fuite de M. White. Il l'a mentionné une première fois en donnant ses directives au jury sur la question de l'intention. Vers la fin de ses directives sur ce point, il a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence. Il se peut qu'elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, M. White aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux et il se peut qu'elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré. C'est à vous d'analyser et d'apprécier cette preuve. [d.a., p. 606]

Il a ensuite parlé de la façon dont M. White a pris la fuite dans son résumé de la thèse du ministère public :

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que la preuve la plus convaincante est la preuve criminalistique. Selon lui, l'emplacement des fragments de balle est significatif et indique que M. Matasi ne pouvait pas se tenir debout parce que, vu la dénivellation, une balle tirée vers le nord aurait terminé sa course non pas sur le sol, mais dans un immeuble de la rue Water après avoir traversé le corps de M. Matasi. Le ministère public a finalement indiqué que l'accusé s'était enfui sans hésitation ou confusion apparentes, ce qui donne à croire qu'il voulait réellement que les événements qui se sont produits se produisent. Selon le ministère public, cela indique de l'une des deux manières possibles qu'il avait l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre. [Je souligne; d.a., p. 609.]

[82] Prise hors contexte, la première de ces remarques peut paraître équivoque. Lorsqu'elle est lue isolément, on ne saurait dire avec certitude si elle invite le jury à tenir compte de la fuite même, ou plutôt des circonstances entourant la fuite. Cependant, notre Cour n'est pas tenue de retenir automatiquement l'interprétation la plus favorable à M. White. Lors de l'examen des directives données au jury par le juge du procès, les tribunaux d'appel ne sont pas tenus, d'emblée, d'interpréter de manière restrictive tous les mots ou toutes les expressions qui, isolément, paraissent ambigus. Ils doivent plutôt vérifier d'abord s'il est possible de résoudre l'ambiguïté en appliquant les principes

the statement in its proper context. As LeBel J. noted in *Jaw*, the adoption of a restrictive interpretation of a jury charge is “a principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation” (para. 38, citing *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 881-82; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856, at para. 4; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 472-74).

[83] In *Jaw*, LeBel J. declined to resolve the ambiguity in the accused’s favour because that was not a case in which “the trial judge used a word or phrase that was reasonably capable of more than one meaning and the jury was left to discern which of the possible meanings was intended” (para. 37). In his view, when read in the context of the charge as a whole and the evidence presented at trial, the impugned statement had only one reasonable meaning. The fact that an appellate court might “divine” another interpretation “does not mean that the charge created uncertainty for the jury” (*Jaw*, at para. 37).

[84] These comments are apposite to the present case. While it is theoretically possible to read the trial judge’s statement as an invitation to consider Mr. White’s act of flight as evidence of “consciousness of guilt”, this would not be a reasonable interpretation given the context in which the statement was made. For the purpose of proving identity and as part of the narrative, flight *per se* was clearly admissible. Indeed, it would have been impossible for the Crown to provide a full account of what transpired at the scene and of the events leading up to Mr. White’s arrest without mentioning that he had fled the scene. However, by the time the trial judge was instructing the jury, flight *per se* was not important; it was merely collateral to other evidence upon which the Crown relied. The Crown itself had never suggested that Mr. White’s decision to flee the scene was indicative of his level of culpability. Furthermore, not much later in the charge, the trial judge correctly summarized the

généraux d’interprétation et en situant la remarque correctement dans son contexte. Pour reprendre les propos du juge LeBel dans *Jaw*, le principe de l’interprétation restrictive d’un exposé au jury « ne s’applique qu’en dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l’objet et le contexte » (par. 38, citant *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 881-882; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856, par. 4; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 472-474).

[83] Dans *Jaw*, le juge LeBel a refusé de résoudre l’ambiguïté en faveur de l’accusé, car il ne s’agissait pas d’un cas où « le juge du procès a utilisé un mot ou une expression qui était raisonnablement susceptible de plus d’une interprétation, laissant ainsi au jury le soin de déterminer le sens voulu » (par. 37). Selon le juge LeBel, les propos contestés, interprétés dans le contexte global de l’exposé et de la preuve produite au procès, ne possédaient qu’un seul sens raisonnable. La possibilité qu’une cour d’appel puisse interpréter différemment les mots utilisés « ne signifie pas que l’exposé crée de l’incertitude pour les jurés » (*Jaw*, par. 37).

[84] Ces commentaires sont pertinents en l’espèce. Bien qu’il soit possible en théorie d’interpréter les propos du juge du procès comme une invitation à considérer la fuite de M. White comme une preuve de sa « conscience de culpabilité », cette interprétation ne serait pas raisonnable compte tenu du contexte dans lequel ils ont été formulés. La fuite même était manifestement admissible comme preuve de l’identité et en tant qu’élément du récit des faits. En fait, le ministère public n’aurait pas pu donner un compte rendu complet de ce qui est survenu sur le lieu du crime et des faits menant à l’arrestation de M. White sans mentionner que ce dernier avait pris la fuite. Toutefois, la fuite même n’était plus importante au moment où le juge du procès a donné ses directives au jury; elle n’était qu’accessoire aux autres éléments de preuve sur lesquels se fondait le ministère public. Celui-ci n’a jamais laissé entendre que la décision de M. White de prendre la fuite était révélatrice de son degré

use to which the Crown had put the evidence of Mr. White's post-event conduct.

[85] In light of this, I do not believe that the jury would have understood him to be suggesting that Mr. White's flight alone was relevant to its verdict. To paraphrase LeBel J., this was not a case in which the jury was left guessing whether it was to consider the flight alone or the circumstances surrounding the flight in assessing the accused's level of culpability.

(3) The Trial Judge's Caution to the Jury Was Sufficient

[86] In my view, Mr. White's lack of hesitation prior to fleeing the scene was relevant to the issue of his level of culpability. Accordingly, I consider that this evidence was properly left with the jury.

[87] Nevertheless, the evidence was not without its risks. There could have been explanations for Mr. White's failure to hesitate or evince any physical signs of surprise other than that he intentionally pulled the trigger. The notion that a person who accidentally shoots someone to death will, normally have the immediate reaction of hesitating or showing some other sign of surprise is well founded. Still, there may be exceptional individuals who do not respond in the normal way. While the existence of other, less likely explanations does not render this evidence irrelevant, the possibility of other explanations might not have been immediately apparent to the jury. Thus, it was appropriate for the trial judge to warn the jury to be careful with this evidence and that it might not be of much assistance to them. So he did. This caution was adequate to alert the jury to the risk associated with this evidence and to allow them to properly weigh the evidence.

[88] Thus, I would answer the second question in the affirmative: in my view, the trial judge's instructions to the jury on the question of post-offence

de culpabilité. De plus, le juge du procès a bien résumé, à peine plus loin dans son exposé, à quelle fin le ministère public avait produit la preuve du comportement de M. White après le fait.

[85] À la lumière de ce qui précède, je ne crois pas que les jurés aient pu comprendre que le juge du procès leur indiquait que la fuite en soi de M. White était pertinente pour le prononcé de leur verdict. Pour paraphraser le juge LeBel, il ne s'agissait pas en l'espèce d'un cas où les jurés avaient à deviner s'ils devaient tenir compte de la fuite en soi ou des circonstances l'entourant pour déterminer le degré de culpabilité de l'accusé.

(3) La mise en garde faite au jury par le juge du procès était suffisante

[86] À mon avis, le fait que M. White a fui sans hésiter était pertinent quant à son degré de culpabilité. Je suis donc d'avis que cette preuve a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury.

[87] Cette preuve présentait toutefois certains risques. Le fait que M. White a fui sans hésiter et n'a montré aucun signe de surprise pouvait s'expliquer autrement que par la thèse selon laquelle il a appuyé délibérément sur la détente. Il est justifié de croire que, normalement, la personne qui en tue accidentellement une autre d'un coup de feu aura un moment d'hésitation ou manifestera quelque autre signe de surprise. Néanmoins, il est possible que des personnes singulières ne réagissent pas normalement. Bien que cette preuve soit pertinente même si d'autres explications, moins vraisemblables, sont possibles, il se peut que le jury n'ait pas songé d'emblée à ces autres explications. Le juge du procès pouvait donc, sans agir de façon irrégulière, appeler le jury à la prudence à l'égard de cette preuve et préciser qu'elle ne lui serait peut-être pas très utile. C'est ce qu'il a fait. Sa mise en garde était suffisante pour informer le jury des risques associés à cette preuve et lui permettre de bien la soulever.

[88] Je suis donc d'avis de répondre par l'affirmative à la deuxième question : À mon avis, les directives du juge du procès au jury sur le comportement

conduct were adequate and did not constitute an error of law.

*C. Is This an Appropriate Case in Which to Apply the Curative Proviso?*

[89] Notwithstanding that I believe the jury charge to have been error-free, I briefly address the question of whether this would be an appropriate case to apply the so-called “curative proviso”, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. In my opinion it would be. Even assuming that the trial judge committed an error of law in his instructions to the jury, this error is a minor one that is harmless on its face.

[90] Section 686(1) provides:

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

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

. . .

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

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

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

[91] This Court recently reviewed the principles governing the application of the curative proviso in *Van. LeBel J.*, writing for the majority, noted that

postérieur à l’infraction étaient suffisantes et ne constituait pas une erreur de droit.

*C. Y a-t-il lieu d’appliquer la disposition réparatrice en l’espèce?*

[89] Bien que je sois d’avis que l’exposé au jury ne contient aucune erreur, j’aborderai brièvement la question de savoir s’il y aurait lieu, en l’espèce, d’appliquer ce qu’on appelle la « disposition réparatrice », soit le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Selon moi, il y aurait effectivement lieu de l’appliquer. Même en supposant que le juge du procès a commis une erreur de droit dans ses directives au jury, il s’agit d’une erreur négligeable qui est inoffensive à première vue.

[90] Le paragraphe 686(1) prévoit ce qui suit :

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

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

. . .

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

. . .

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

. . .

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

[91] Notre Cour a examiné récemment les principes régissant l’application de la disposition réparatrice dans l’arrêt *Van*. S’exprimant au nom des

there are two categories of errors that satisfy the requirements of s. 686(1)(b)(iii):

An error falling into the first category is an error that is harmless on its face or in its effect. The proviso ensures that an appellate court does not need to overturn a conviction solely on the basis of an error so trivial that it could not have caused any prejudice to the accused, and thus could not have affected the verdict. Indeed, it would detract from society's perception of trial fairness and the proper administration of justice if errors such as these could too readily lead to an acquittal or a new trial (e.g. *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (S.C.C.), at p. 359). . . . Errors might also be characterized as having a minor effect if they relate to an issue that was not central to the overall determination of guilt or innocence, or if they benefit the defence, such as by imposing a more onerous burden on the Crown (*Khan*, at para. 30). The question of whether an error or its effect is minor should be answered without reference to the strength of the other evidence presented at trial. The overriding question is whether the error on its face or in its effect was so minor, so irrelevant to the ultimate issue in the trial, or so clearly non-prejudicial, that any reasonable judge or jury could not possibly have rendered a different verdict if the error had not been made. [para. 35]

[92] An appellate court can also uphold a conviction under s. 686(1)(b)(iii) in the event of an error that was *not* minor and that *cannot* be said to have caused no prejudice to the accused, if the case against the accused was so overwhelming that a reasonable and properly instructed jury would inevitably have convicted (*R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 31).

[93] Thus, the first category of error that satisfies the requirements of the curative proviso is that of “minor” or “harmless” errors. In determining whether or not an error had only a minor effect, the court may look at the entirety of the case for context, but should not assess the strength of the evidence against the accused (*Van*, at paras. 35 and 37). For example, an error that appears significant

juges majoritaires, le juge LeBel a fait remarquer que deux catégories d'erreur satisfont aux exigences du sous-al. 686(1)(b)(iii) :

L'erreur tombant dans la première catégorie représente une erreur inoffensive à première vue ou sans incidence. L'application de la disposition réparatrice dispense une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité en raison seulement d'une erreur si négligeable qu'elle n'aurait pu causer aucun préjudice à l'accusé ni, par conséquent, influencer sur le verdict. En fait, des acquittements ou des nouveaux procès ordonnés trop facilement sur la base d'erreurs de cette nature affecteraient négativement la perception que se forme la société d'un procès équitable et d'une bonne administration de la justice (voir *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (C.S.C.), p. 359). [. . .] De même, une erreur pourrait n'avoir qu'une incidence mineure si elle a trait à une question qui ne se situe pas au cœur de la décision globale sur la culpabilité ou l'innocence, ou si elle avantage la défense, par exemple par l'imposition d'un fardeau de preuve plus exigeant au ministère public (*Khan*, par. 30). Toutefois, la décision quant à la qualification d'une erreur ou de son incidence comme mineure devrait être prise sans évaluer la force probante des autres éléments de preuve présentés au procès. La question essentielle reste de déterminer si, à première vue ou du fait de son incidence, l'erreur demeurerait si mineure, si dépourvue de lien avec la question au cœur du procès, ou si manifestement dépourvue d'un effet préjudiciable qu'un juge ou un jury raisonnable n'aurait pas pu rendre un verdict différent si l'erreur n'avait pas été commise. [par. 35]

[92] Un tribunal d'appel peut également confirmer une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) dans les cas où l'erreur commise *n'est pas* négligeable et *ne peut* être considérée comme n'ayant causé aucun préjudice à l'accusé, mais où la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées conclurait forcément à la culpabilité (*R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 31).

[93] Par conséquent, les erreurs « négligeables » ou « inoffensives » représentent la première catégorie d'erreurs répondant aux exigences de la disposition réparatrice. Pour établir si une erreur n'a qu'une incidence mineure, le tribunal peut analyser le contexte global de l'affaire, mais doit s'abstenir d'évaluer la valeur probante des autres éléments de preuve présentés contre l'accusé (*Van*, par. 35 et 37).

in isolation may be minor because, in context, it only related to “a very minor aspect of the case that could not have had any effect on the outcome” or concerned “issues that the jury was otherwise necessarily aware of” (*Khan*, at para. 30).

[94] By contrast, the second category consists of errors that, while serious and prejudicial, can have had no impact on the verdict because the case against the accused was overwhelming. Here, the appellate court must evaluate the strength of the other evidence to determine whether a conviction would have been inevitable even if the serious error had not been made. If a properly instructed jury would inevitably have convicted, upholding the conviction produces no significant injustice to the accused (*Van*, at para. 36). It is also in the public interest to avoid the cost and delay of a new trial that could not realistically produce a different result (*Van*, at para. 36, citing *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46, *per* Binnie J.). Still, “given the difficult task for an appellate court of evaluating the strength of the Crown’s case retroactively, without the benefit of hearing the witnesses’ testimony and experiencing the trial as it unfolded”, the high standard of invariable or inevitable conviction must be met to cure serious errors (*Van*, at para. 36, citing *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82).

[95] In my view, the error in question, if error there was, falls into the first category. It would have been ideal for the trial judge, when instructing the jury on the matter of intent, to refer expressly and exclusively to Mr. White’s lack of hesitation or shock, as opposed to his “conduct in fleeing the scene”. Although, as I explained above, I believe that any ambiguity would immediately have been resolved by the context in which the statement was made, even assuming, *arguendo*, that the statement was persistently or intractably ambiguous and therefore constitutes an error, such an error is a minor one.

Par exemple, une erreur grave en apparence lorsque prise isolément peut s’avérer négligeable parce que, située dans son contexte, elle concernait « un aspect très mineur de l’affaire qui n’aurait pas pu avoir d’incidence sur son issue ou des questions dont le jury était forcément au courant » (*Khan*, par. 30).

[94] La deuxième catégorie, quant à elle, regroupe les erreurs qui, bien que graves et préjudiciales, n’auraient pas pu influencer sur le verdict parce que la preuve contre l’accusé était accablante. La cour d’appel doit alors évaluer la valeur probante des autres éléments de preuve pour décider si une déclaration de culpabilité aurait été inévitablement prononcée même si l’erreur grave n’avait pas été commise. Lorsqu’un jury ayant reçu des directives appropriées aurait forcément conclu à la culpabilité, la confirmation de la déclaration de culpabilité n’entraîne aucune injustice appréciable envers l’accusé (*Van*, par. 36). Il est aussi dans l’intérêt public d’éviter les coûts et retards qu’entraînerait un nouveau procès dont l’issue ne serait vraisemblablement pas différente (*Van*, par. 36, citant *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46, le juge Binnie). Néanmoins, la norme élevée selon laquelle une déclaration de culpabilité doit être inévitable ou inéluctable pour qu’il soit remédié aux erreurs graves doit être respectée, « parce qu’une cour d’appel, qui n’a pas entendu les témoignages ni suivi le déroulement du procès, n’évalue rétroactivement la solidité de la preuve qu’avec difficulté » (*Van*, par. 36, citant *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 82).

[95] À mon avis, l’erreur en cause, si erreur il y a, tombe dans la première catégorie. Idéalement, le juge du procès aurait dû, dans ses directives au jury sur la question de l’intention, mentionner expressément et uniquement le fait que M. White n’a pas hésité et ne s’est pas montré bouleversé, plutôt que de parler du comportement qu’il a adopté [TRADUCTION] « en fuyant le lieu du crime ». À mon avis, comme je l’ai déjà expliqué, le contexte de ces propos aurait résolu sur-le-champ toute ambiguïté, mais à supposer, aux fins de la discussion, que ces propos demeurent toujours ou irréductiblement ambigus et qu’ils constituent de ce fait une erreur, il s’agit d’une erreur négligeable.

[96] The statement in question was not an express invitation to consider the flight *per se* in determining intent. At worst, the jury was provided with less than ideally clear instructions concerning what it could consider in determining intent. Given that the flight itself was never put directly in issue by the Crown, and given that the trial judge correctly summarized the Crown's position on this point, the effect of the error on the jury can only be characterized as trivial and insignificant. There was no serious possibility that the jury would be induced to consider the flight *per se* as a relevant circumstance in determining whether Mr. White had the requisite intent for second degree murder.

[97] In *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, Lamer C.J. noted that, in respect of errors in a trial judge's charge to the jury, "accused individuals are entitled to properly instructed juries. There is, however, no requirement for perfectly instructed juries" (para. 2 (emphasis in original)). If the instructions in the present case were not perfect, they were certainly adequate to the task at hand. Given the nature of the purported error, it was unlikely to have any effect on the jury's deliberations. Thus, even assuming that the trial judge erred, that error was, in the words of LeBel J., "clearly non-prejudicial" (*Van*, at para. 35).

[98] Moreover, in the context of the case as a whole, the trial judge's imperfectly worded instructions on evidence of hesitation before flight could only have had a very minor effect. Though relevant and appropriate for the jury to consider, evidence of Mr. White's lack of hesitation prior to flight was by no means central to the Crown's case on the issue of the level of culpability and *mens rea*. With respect, the record does not support Binnie J.'s position that this evidence was "a significant element in the Crown's argument to the jury, and in the trial judge's final instructions" on the issue of murderous intent (para. 160). The section of the Crown's closing address to the jury dealing with intention took up a full eight pages of transcript in total.

[96] Ces propos n'invitaient pas expressément le jury à tenir compte de la fuite même relativement à l'intention. Au pire, le jury a reçu des directives qui n'étaient pas d'une clarté idéale quant aux éléments qu'il pouvait prendre en considération pour trancher la question de l'intention. Puisque le ministère public n'a jamais mis en cause la fuite même, et que le juge du procès a bien résumé la thèse du ministère public à cet égard, l'incidence de cette erreur sur le jury ne peut être qualifiée que de négligeable et d'insignifiante. Le jury ne risquait pas sérieusement d'être amené à considérer la fuite même comme pertinente pour déterminer si M. White avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

[97] Dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, le juge en chef Lamer a signalé, au sujet des erreurs dans l'exposé du juge du procès au jury, que « l'accusé a droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées. Il n'existe toutefois aucune obligation que les directives au jury soient parfaites » (par. 2 (soulignement dans l'original)). Si les directives en l'espèce n'étaient pas parfaites, elles étaient assurément adéquates pour accomplir ce qui devait être accompli. Vu sa nature, la prétendue erreur n'aurait vraisemblablement pas influé sur les délibérations du jury. Ainsi, même en supposant que le juge du procès a commis une erreur, il s'agissait, pour reprendre les termes du juge LeBel, d'une erreur « manifestement dépourvue d'un effet préjudiciable » (*Van*, par. 35).

[98] De surcroît, dans le contexte global de l'affaire, la formulation imparfaite des directives du juge du procès sur la preuve que M. White avait fui sans hésiter ne pouvait avoir qu'un effet très minime. Bien qu'elle ait été pertinente et laissée à juste titre à l'examen du jury, cette preuve n'était absolument pas un élément primordial de la thèse du ministère public concernant le degré de culpabilité et la *mens rea*. Soit dit en toute déférence, le dossier n'appuie pas l'opinion du juge Binnie selon laquelle il s'agissait « d'un élément important de la plaidoirie adressée au jury par le ministère public et des directives finales du juge du procès » sur l'intention de commettre un meurtre (par. 160). La partie de la plaidoirie finale adressée par le ministère

Of this, only the following six lines of transcript dealt with Mr. White's hesitation before flight:

Note as well that the accused ran immediately after the shooting. There is no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight. One would expect hesitancy if the shot was anything other than the intended action of Dennis White. [A.R., at p. 563]

This was the Crown's only mention of Mr. White's post-offence conduct in relation to intent.

[99] Furthermore, in charging the jury, the trial judge briefly mentioned the Crown's reference to Mr. White's flight as going to identity, which had by that time already been conceded by the defence. Then the trial judge referred to the evidence of flight once more, in a manner that reflected how peripheral the evidence was to the Crown's overall case, which I repeat here for ease of reference:

The Crown submits that what is most compelling is the forensic evidence. It submits that the location of the bullet fragments is significant and suggests that Mr. Matasi could not have been standing up because with the elevation drop, a bullet shot north, when passing through Mr. Matasi's body would have ended up not on the ground but in a building somewhere on Water Street. The Crown lastly noted that the accused ran away with no apparent hesitation or confusion, which suggests that what happened is what he intended to happen. This, the Crown suggested, indicates intention by one of the two ways possible for murder. [Emphasis added.]

Thus, the Crown's reliance on Mr. White's hesitation prior to flight in making its case for second degree murder, as well as the trial judge's treatment of the flight issue in his summary of Crown's arguments, were far from taking on a central importance.

public au jury qui concernait l'intention occupait au total huit pages complètes de la transcription. Seul le passage suivant, qui n'occupe que six lignes sur ces huit pages, traitait de l'hésitation de M. White avant sa fuite :

[TRADUCTION] Notez également que l'accusé s'est enfui tout de suite après le coup de feu. Il a fui sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ. On se serait attendu à ce que Dennis White hésite si le coup de feu n'avait pas été intentionnel. [d.a., p. 563]

C'est la seule fois où le ministère public a mentionné le comportement de M. White après l'infraction en corrélation avec la question de l'intention.

[99] De plus, dans son exposé au jury, le juge du procès a mentionné brièvement que le ministère public a relié la fuite de M. White à l'identité de l'auteur du coup de feu, alors déjà concédée par la défense. Le juge du procès a parlé une autre fois de la preuve relative à la fuite, en des termes qui démontrent à quel point cette preuve était accessoire par rapport à l'ensemble de la preuve du ministère public. Je reproduis ici ses propos, par souci de commodité :

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que la preuve la plus convaincante est la preuve criminalistique. Selon lui, l'emplacement des fragments de balle est significatif et indique que M. Matasi ne pouvait pas se tenir debout parce que, vu la dénivellation, une balle tirée vers le nord aurait terminé sa course non pas sur le sol, mais dans un immeuble de la rue Water après avoir traversé le corps de M. Matasi. Le ministère public a finalement indiqué que l'accusé s'était enfui sans hésitation ou confusion apparentes, ce qui donne à croire qu'il voulait réellement que les événements qui se sont produits se produisent. Selon le ministère public, cela indique de l'une des deux manières possibles qu'il avait l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre. [Je souligne.]

En conséquence, le fait que le ministère public ait utilisé l'absence d'hésitation de M. White avant sa fuite pour prouver qu'il s'agissait d'un meurtre au deuxième degré et la manière dont le juge du procès a parlé de la fuite dans son résumé de la thèse du ministère public ne revêtaient pas du tout une importance primordiale.

[100] Instead, what was central to the Crown's case on the issue of *mens rea* was forensic evidence and eyewitness testimony of Mr. White's conduct prior to and during his commission of the offence. I solely review this evidence here to demonstrate how minor a role the issue of post-offence conduct was in the context of the case as a whole.

[101] Much of the Crown's case was devoted to refuting the theory of accidental discharge. Evidence of Mr. White's lack of hesitation prior to flight was only a very minor part of that case. More important were the numerous other items of evidence including: eyewitness testimony of Mr. White's pre-offence bravado and dexterity in handling the gun; forensic firearms evidence that the Glock firearm in this case had various safety features to prevent it from firing accidentally; expert testimony that the only way to make this gun fire is to pull the trigger using five and a half pounds of pressure, which an expert likened to lifting a two litre jug of milk with one's finger; forensic evidence that the angle at which the bullet entered the victim's chest suggested that Mr. White had fired the gun down at the seated victim; Mr. McRitchie's testimony that he saw Mr. White towering over the victim and holding him down by his shirt immediately prior to hearing the fatal gunshot; admissions from witnesses whose testimony supported the defence's version of events to the effect that they had not seen Mr. White and the victim struggling at the moment of the fatal gunshot, that many had been drinking and that some were quite intoxicated.

[102] In light of the case as a whole, the evidence of post-offence conduct was of minor importance. Therefore, though I do not consider there was any error in the trial judge's instruction, if there was, it should be saved by the s. 686(1) curative proviso:

[100] La preuve criminalistique et la déposition des témoins oculaires au sujet du comportement de M. White avant l'infraction et au moment de l'infraction jouaient en revanche un rôle primordial dans la preuve du ministère public sur la question de la *mens rea*. Je vais maintenant analyser cette preuve uniquement dans le but de démontrer l'importance minime du comportement postérieur à l'infraction dans le contexte global de l'affaire.

[101] Une grande partie de la preuve du ministère public visait à réfuter la thèse du coup de feu accidentel. La preuve que M. White n'a pas hésité avant de fuir n'était qu'un élément très mineur de la preuve. Les nombreux autres éléments de preuve revêtaient plus d'importance. Ce sont, notamment : la déposition des témoins oculaires à propos de l'attitude de matamore et de la dextérité dont a fait preuve M. White en maniant le pistolet avant l'infraction; la preuve criminalistique que le pistolet Glock en l'espèce était muni de différents dispositifs de sécurité l'empêchant de se décharger accidentellement; le témoignage d'expert selon lequel il faut appliquer une pression de cinq livres et demie sur la détente pour tirer avec cette arme à feu, ce qu'un expert a comparé au fait de lever un pot de deux litres de lait avec un doigt; la preuve criminalistique montrant que, d'après l'angle auquel la balle a pénétré la poitrine de la victime, M. White a tiré vers le bas sur la victime qui était en position assise; le témoignage de M. McRitchie selon lequel, juste avant d'entendre le coup de feu fatal, il a vu M. White se tenir au-dessus de la victime et la maintenir au sol par la chemise; le fait que des témoins dont la déposition confirmait la version des faits de la défense ont avoué ne pas avoir vu M. White et la victime lutter corps à corps au moment du coup de feu fatal, que beaucoup d'entre eux avaient bu et que certains étaient dans un état d'ébriété avancé.

[102] À la lumière du dossier dans son ensemble, la preuve du comportement postérieur à l'infraction revêtait peu d'importance. Par conséquent, bien que je ne décèle aucune erreur dans les directives du juge du procès, j'estime que, si elles comportaient

it was harmless on its face and it affected only a minor aspect of the case.

## V. Conclusion

[103] In light of the forgoing, I would dismiss the appeal.

The reasons of Deschamps and Charron JJ. were delivered by

CHARRON J. —

### 1. Introduction

[104] I have considered the reasons of Binnie J. and I am in substantial agreement with his analysis on the law concerning the use that may be made of evidence of post-offence conduct. However, I disagree with the significance he attaches to Crown counsel's reference in his closing address to the fact that Mr. White immediately fled the scene with "no hesitation here, no shock, no uncertainty". As I will explain, when considered in context, this comment could only have been understood by the jury as a rhetorical observation by Crown counsel that there was no evidence to support the defence theory that the gun had gone off accidentally. I therefore agree with Rothstein J. that there is no reason to interfere with the jury's verdict. I come to this conclusion, however, by a different route. I will begin with a brief discussion of the points I share in common with Binnie J. before discussing in detail the points on which I diverge.

[105] I agree with Binnie J. that evidence of post-offence conduct is not subject to any special rule. As Binnie J. stresses, it is definitely wrong to suggest that evidence of anything said or done by an accused after the commission of an offence gives rise to special rules of admissibility, or that it is

une erreur, il y aurait lieu d'y remédier par l'application de la disposition réparatrice du par. 686(1) : il s'agirait d'une erreur inoffensive à première vue, qui ne toucherait qu'un aspect mineur de l'affaire.

## V. Conclusion

[103] Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps et Charron rendus par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Introduction

[104] J'ai pris connaissance des motifs du juge Binnie et je souscris pour l'essentiel à son analyse des règles de droit concernant l'utilisation qui peut être faite de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction. Je ne suis cependant pas d'accord avec l'importance qu'il accorde à la remarque que l'avocat du ministère public a faite dans sa plaidoirie finale, suivant laquelle M. White avait quitté immédiatement les lieux [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». Comme je vais l'expliquer, lorsqu'on la situe dans son contexte, cette remarque ne pouvait être interprétée par le jury que comme une observation rhétorique de l'avocat du ministère public suivant laquelle aucun élément de preuve n'étayait la thèse du coup de feu accidentel proposée par la défense. Je suis donc d'accord avec le juge Rothstein pour dire qu'il n'y a pas lieu de modifier le verdict du jury. J'en arrive toutefois à cette conclusion par un chemin différent. Je vais commencer par une brève discussion des points au sujet desquels je partage l'avis du juge Binnie avant d'analyser en détail ceux sur lesquels je diverge d'opinion.

[105] À l'instar du juge Binnie, j'estime que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'est assujettie à aucune règle spéciale. Comme le juge Binnie le souligne, c'est nettement une erreur que de supposer que la preuve de ce que l'accusé a pu dire ou faire après la perpétration de l'infraction

subject to special warnings as to what use may be made of it by the trier of fact. As he aptly puts it:

The general rule is now, as in the past, that it is for the jury to decide, on the basis of the evidence as a whole, whether the post-offence conduct put in evidence against the accused is related to the commission of the crime before them rather than to something else, and if so, how much weight, if any, such evidence should be accorded in the final determination of guilt or innocence. For the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of the jury's exclusive fact-finding role. [para. 137]

[106] I also agree with Binnie J. that judicial experience has taught us that in some cases jurors have found certain types of evidence more persuasive than warranted, thus making it necessary in appropriate cases to caution the jury accordingly. As he notes, eyewitness identification and jailhouse confessions to police informants are examples that readily come to mind. Likewise, some evidence of post-offence conduct may seem quite suggestive of guilt though, in reality, the conduct is essentially equivocal in nature. For example, evidence that an accused lied to the police about the offence in question may lead jurors to leap too quickly to infer guilt without considering other reasons why he or she may have lied. A special caution may therefore be required. In some situations, the probative value of the evidence may be slight and far outweighed by its prejudicial effect, in which case it may be best to remove it from the jury's consideration altogether. My colleague Rothstein J. explains how these general principles call for a case-by-case assessment.

[107] Further, I agree with Binnie J. that inferences drawn by a witness, based on his or her observation of the accused's demeanour, may well call for a special caution or be subject to an exclusion

est assujettie à des règles d'admissibilité spéciales ou justifie une mise en garde particulière quant à l'utilisation que le juge des faits peut en faire. Comme il le dit si bien :

La règle générale demeure qu'il appartient aux jurés de décider, eu égard à l'ensemble de la preuve, si le comportement postérieur à l'infraction utilisé en preuve contre l'accusé est lié à la perpétration du crime dont il est question, plutôt qu'à autre chose. Le cas échéant, c'est au jury qu'il incombe de déterminer le poids à accorder à cette preuve pour rendre ultimement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. Dans la plupart des cas, le juge du procès qui s'immisce dans ce processus usurpe le rôle du juge des faits, dévolu exclusivement au jury. [par. 137]

[106] Je partage également l'avis du juge Binnie selon lequel l'expérience a démontré que, dans certaines instances, les jurés attribuent une force probante injustifiée à certains types d'éléments de preuve, de sorte qu'ils doivent, au besoin, être mis en garde en conséquence. Ainsi qu'il le souligne, l'identification par un témoin oculaire et les aveux faits en prison à des indicateurs de police sont des exemples qui viennent spontanément à l'esprit. De même, il se peut que certains éléments de preuve portant sur le comportement postérieur à l'infraction semblent tendre à établir la culpabilité, alors qu'il s'agit, en réalité, d'un comportement essentiellement équivoque par définition. Ainsi, la preuve indiquant que l'accusé a menti à la police au sujet de l'infraction peut amener les jurés à conclure trop hâtivement à sa culpabilité, sans tenir compte des autres raisons pour lesquelles il a peut-être menti. Une mise en garde particulière peut ainsi s'avérer nécessaire. Il peut arriver que, dans certaines situations, la valeur probante de la preuve soit bien mince et largement contrebalancée par son effet préjudiciable, de sorte qu'il est préférable de la soustraire complètement à l'appréciation du jury. Mon collègue le juge Rothstein explique comment ces principes généraux commandent une évaluation au cas par cas.

[107] J'estime en outre, comme le juge Binnie, que les conclusions tirées par un témoin à partir de sa propre observation de l'attitude de l'accusé peuvent fort bien appeler une mise en garde particulière ou

order in accordance with these principles. By way of example, Binnie J. recalls the infamous prosecutions of Susan Nelles and Guy Paul Morin for crimes they did not commit. He rightly notes that the case against each was built in part on inferences of guilt drawn from equivocal post-offence conduct. For example, one witness testified that Ms. Nelles had a “very strange expression on her face and no sign at all of grief” following the death of the fourth baby (*R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (Ont. Prov. Ct. (Crim. Div.)), at p. 124). In the case of Guy Paul Morin, police witnesses drew a negative inference of guilt, for example, from the fact that Mr. Morin came out to greet them rather than wait for them to reach his door. In his report on the wrongful conviction of Mr. Morin, Commissioner Kaufman found that this was an innocuous event which only became “coloured” by the officers’ own perceptions of Mr. Morin (the Honourable Fred Kaufman, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998), at p. 786).

[108] However, I disagree with Binnie J. that Crown counsel’s reference in his closing address to the fact that Mr. White immediately fled the scene with “no hesitation here, no shock, no uncertainty” falls in this category of cases. In my view, the Crown did not invite the jury to draw an impermissible inference of guilt, as contended by Mr. White. As I will explain, when read in the context of the evidence and issues at trial, Crown counsel’s comment could only have been understood by the jury as a rhetorical argument that no evidence supported the defence theory of accidental discharge of the firearm. The failure of defence counsel to raise any issue at trial regarding Crown counsel’s closing address or the trial judge’s instructions on the evidence of flight further supports this interpretation.

faire l’objet d’une ordonnance d’exclusion conformément à ces principes. À titre d’exemple, le juge Binnie rappelle les procès tristement célèbres de Susan Nelles et de Guy Paul Morin, tous deux poursuivis pour des crimes qu’ils n’avaient pas commis. Il signale à juste titre que la preuve faite contre chacune de ces deux personnes reposait en partie sur des inférences de culpabilité tirées de leur comportement équivoque après l’infraction. Ainsi, un témoin a déclaré avoir vu, sur le visage de M<sup>me</sup> Nelles, [TRADUCTION] « une expression très étrange et aucun signe d’affliction » à la suite du décès du quatrième bébé (*R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (C. prov. Ont. (Div. crim.)), p. 124). Dans l’affaire de Guy Paul Morin, des témoins de la police avaient tiré une conclusion défavorable de culpabilité du fait, par exemple, que M. Morin était venu à leur rencontre au lieu d’attendre qu’ils se présentent à sa porte. Dans le rapport qu’il a rédigé au sujet de la condamnation injustifiée de Guy Paul Morin, le commissaire Kaufman a estimé qu’il s’agissait là d’un fait anodin qui n’était devenu incriminant qu’en raison de la perception personnelle que les policiers avaient de M. Morin (l’honorable Fred Kaufman, *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), p. 910-911).

[108] En revanche, contrairement au juge Binnie, je ne pense pas que la présente espèce entre dans la même catégorie parce que l’avocat du ministère public a mentionné, dans sa plaidoirie finale, que M. White avait quitté immédiatement les lieux [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». À mon avis, le ministère public n’a pas invité ainsi le jury à tirer une conclusion de culpabilité injustifiée, comme le prétend M. White. J’expliquerai plus loin que cette remarque, interprétée dans le contexte de la preuve et des questions en litige au procès, devait forcément être perçue par le jury comme une observation rhétorique de l’avocat du ministère public suivant laquelle aucun élément de preuve n’étayait la thèse du coup de feu accidentel proposée par la défense. Le défaut de l’avocat de la défense de soulever quelque question que ce soit au procès, au sujet de la plaidoirie finale de l’avocat du ministère public ou des instructions du juge du procès concernant la preuve de la fuite, appuie cette interprétation.

[109] With respect, I also find no support in the record for the contention, accepted by Binnie J., that this case is essentially a rerun of *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129. In *Arcangioli*, the accused admitted to participating in the culpable event and the only issue at trial was his level of culpability. Conversely, as I will explain, the identity of the shooter was a very live issue in Mr. White's trial and the evidence of flight was highly relevant to the issue of identification. Further, it formed an inextricable part of the narrative as every witness to the event described the shooter, gun in hand, fleeing the scene. Therefore the evidence was admissible at trial and properly left for the jury's assessment. It is not open to Mr. White on appeal to rewrite the script of his trial. In addition, on the question of intention, the trial judge took care to instruct the jury that they should "be careful with" this evidence, as it may not tell them "much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired" (A.R., at p. 606). In the context of this trial, no more was required.

[110] I thus agree with Rothstein J. that there is no reason to interfere with the jury's verdict. I come to this conclusion, however, by following a somewhat different route.

## 2. The Proceedings Below

[111] Binnie J. has summarized the facts related to the fatal shooting. There is no need to repeat those facts here. However, in light of the conclusion I reach, I find it necessary to describe what transpired at trial in some detail.

[112] It was the Crown's position at trial that Mr. White was the shooter, that he intentionally shot Mr. Matasi in the chest, and that he should be found guilty of second degree murder. The Crown's case included the eyewitness evidence of the three young

[109] En toute déférence, j'estime par ailleurs que le dossier n'offre aucun fondement à l'argument, retenu par le juge Binnie, suivant lequel la présente espèce est essentiellement identique à l'affaire *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129. Dans l'affaire *Arcangioli*, l'accusé avait admis avoir participé aux faits incriminés et la seule question en litige au procès était son degré de culpabilité. À l'opposé, comme je l'expliquerai, l'identité de l'auteur du coup de feu était au cœur du débat lors du procès de M. White et la preuve de sa fuite était très pertinente quant à la question de l'identification. Il s'agissait par ailleurs d'une partie inextricable du récit des faits, car chacun des témoins de l'incident avait mentionné que le tueur s'était enfui, un pistolet à la main. La preuve était donc admissible au procès et a été soumise à bon droit à l'appréciation du jury. M. White ne peut, en appel, récrire à son gré le scénario de son procès. De plus, en ce qui a trait à l'intention, le juge du procès a pris soin d'expliquer aux jurés qu'ils devaient utiliser la preuve de la fuite de M. White [TRADUCTION] « avec prudence », car il se peut « qu'elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l'appelant aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux et il se peut qu'elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré » (d.a., p. 606). Dans le contexte du présent procès, cela suffisait.

[110] Je suis par conséquent d'accord avec le juge Rothstein pour dire qu'il n'existe aucun motif de modifier le verdict du jury. J'arrive toutefois à cette conclusion par un chemin un peu différent.

## 2. Les juridictions inférieures

[111] Le juge Binnie a résumé les faits relatifs au coup de feu mortel. Il n'est pas nécessaire de les répéter ici. Toutefois, vu la conclusion à laquelle j'arrive, j'estime nécessaire de relater en détail ce qui s'est passé au procès.

[112] Au procès, le ministère public a fait valoir que M. White était l'auteur du coup de feu, qu'il avait intentionnellement atteint M. Matasi à la poitrine et qu'il devait être reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Pour prouver ces allégations,

men who were with Mr. Matasi on the street corner, the young men who were in the company of Mr. White, and others who had witnessed part of the events leading up to or immediately following the shooting. Many of the witnesses had been drinking on the night in question, some of them quite heavily. Although their accounts differed in some respects and there were discrepancies between their trial testimony and previous statements, they were generally consistent in describing the deceased and one other person as being involved in a close physical altercation just prior to the fatal shot being fired. The witnesses were also consistent in testifying that the shooter immediately fled the scene, gun in hand.

[113] It is important to note that throughout the Crown's case, the identity of the shooter was a very live issue. In addition to eliciting details about what each witness had observed about the scuffle, much of the Crown's direct examination of the witnesses was spent on the question of identification. Some witnesses knew Mr. White before the evening in question and could readily identify him as the person they had seen involved in the scuffle. Other witnesses who did not know Mr. White were asked to provide as much detail as they could about the physical appearance of the person they saw on the fateful evening. In addition, those witnesses who had been shown a police photo line-up were asked details about their participation in that procedure. In cross-examination, defence counsel challenged the accuracy and reliability of each witness's testimony, not only about what they had observed happening, but also concerning the identity of the shooter. The defence called no evidence. The defence strategy that developed during the course of the trial consisted of challenging the reliability of the Crown's evidence arguing that, in the end analysis, the most that could be established was that the gun had somehow discharged unintentionally during the course of the struggle.

le ministère public a notamment fait entendre des témoins oculaires, en l'occurrence les trois jeunes hommes qui se trouvaient avec M. Matasi au coin de la rue, les jeunes hommes qui accompagnaient M. White et les autres personnes qui ont été témoins de certains des faits avant ou immédiatement après le coup de feu. Bon nombre des témoins avaient bu ce soir-là et certains avaient consommé beaucoup d'alcool. Bien que leur version des faits diffère à certains égards et que des discordances aient été relevées entre leur témoignage au procès et leurs déclarations antérieures, leurs descriptions de la victime et de l'individu qui luttaient corps à corps juste avant le coup de feu mortel concordent de façon générale. Leurs témoignages concordent aussi sur le fait que l'auteur du coup de feu a quitté les lieux sur-le-champ, un pistolet à la main.

[113] Il importe de signaler que la question de l'identité de l'auteur du coup de feu était au cœur de la preuve présentée par le ministère public tout au long du procès. En plus d'obtenir des détails au sujet de ce que chacun des témoins avait observé au sujet de l'échauffourée, une grande partie de l'interrogatoire direct auquel le ministère public a soumis les témoins a été consacrée à la question de l'identification. Certains des témoins connaissaient M. White avant le soir en question et ont pu l'identifier aisément comme la personne qu'ils avaient vue impliquée dans l'empoignade. D'autres témoins qui ne connaissaient pas M. White ont été invités à fournir autant de détails que possible sur l'apparence physique de l'individu qu'ils avaient vu le soir de la tragédie. On a en outre demandé des précisions à des témoins sur leur participation à une séance de reconnaissance de photos. En contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a contesté l'exactitude et la fiabilité du témoignage de chacun des témoins, en ce qui a trait non seulement aux faits qu'ils avaient observés, mais aussi à l'identité du tireur. La défense n'a pas présenté de preuve. La stratégie déployée par la défense au cours du procès consistait à attaquer la fiabilité de la preuve à charge en faisant valoir qu'en dernière analyse le ministère public pouvait tout au plus établir qu'un coup de feu avait été tiré accidentellement, on ne sait comment, au cours de l'empoignade.

[114] I stress the fact that identification was a live issue throughout the presentation of the evidence as it is clear on reviewing the record that the evidence of flight was properly introduced for the purpose of establishing the identity of the shooter. The evidence of flight also formed an inextricable part of the narrative: every witness to the event testified that the killer, gun in hand, immediately ran away after the fatal shot was fired. Further, to the extent that the evidence of flight established that *Mr. White* was the person who fled the scene, the evidence was highly probative of the issue of identification. Indeed, the record reveals that it was the evidence of flight that ultimately sealed *Mr. White's* fate on the issue of identity. Crown counsel (who addressed the jury first before there was any suggestion from the defence that *Mr. White's* involvement in the altercation may be conceded) effectively marshalled this evidence in his closing address, suggesting to the jury that they would “have little difficulty in coming to the conclusion, beyond a reasonable doubt, that Dennis White is the person who fired the shot that killed Lee Matasi” (A.R., at p. 555). After referring to the direct eyewitness identification evidence, Crown counsel summarized the flight evidence as follows:

You will recall that some of Lee Matasi's friends chased after the fleeing person. You will recall that that person went past John Vandanya [*sic*] and then Chris Price in the café. He was carrying the gun. You have the route taken by the gunman, from the evidence, up Richards to Pender, right on Pender and then left on Seymour, where, you will recall, that Michael Fyfe and Jesse DeChamplain [phonetic], chasing *Mr. White*, were stopped by Sergeant Mitchell.

You know that the entrance to the laneway on Seymour Street, just off Pender, leads to the laneway running south to Dunsmuir Street, and you have the laneway video images under Exhibit 11 DVD IA06, of the person running east on the Pender lane and curving to the right to go south into the laneway leading to Dunsmuir. And again, images of him, from the

[114] J'insiste sur le fait que la question de l'identification est demeurée au cœur du débat tout au long de la présentation de la preuve, car il ressort du dossier que les témoignages relatifs à la fuite ont été présentés régulièrement en vue d'établir l'identité de l'auteur du coup de feu. La preuve relative à la fuite faisait aussi inextricablement partie du récit des faits, chacun des témoins de l'événement ayant affirmé que le tueur s'était enfui immédiatement après le coup de feu mortel, un pistolet à la main. De plus, dans la mesure où la preuve relative à la fuite établissait que *M. White* était la personne qui s'était enfuie, elle avait une force probante considérable en ce qui concerne la question de l'identification. C'est effectivement la preuve relative à sa fuite qui a, tout compte fait, scellé le sort de *M. White* en ce qui concerne la question de l'identité. L'avocat du ministère public — qui s'est adressé au jury avant que la défense ne laisse entendre que l'implication de *M. White* dans l'altercation pouvait être concédée — a en effet rassemblé ces éléments de preuve dans sa plaidoirie finale et dit aux jurés qu'ils auraient [TRADUCTION] « peu de mal à conclure, au-delà de tout doute raisonnable, que Dennis White est la personne qui a tiré le coup de feu qui a tué Lee Matasi » (d.a., p. 555). Après avoir fait référence aux témoignages des témoins oculaires au sujet de l'identification, l'avocat du ministère public a résumé comme suit la preuve relative à la fuite :

[TRADUCTION] Vous vous souvenez que certains des amis de Lee Matasi se sont lancés à la poursuite du fuyard. Vous vous souvenez que ce dernier est passé devant John Vandanya [*sic*] puis devant Chris Price, au café. Il était armé du pistolet. La preuve a révélé le parcours emprunté par le tireur : il a remonté la rue Richards jusqu'à la rue Pender, a tourné à droite sur Pender, puis à gauche sur Seymour, où, vous vous souviendrez, Michael Fyfe et Jesse DeChamplain [phonétique], qui pourchassaient *M. White*, ont été arrêtés par le sergent Mitchell.

Vous savez que l'accès à la ruelle de la rue Seymour, près de la rue Pender, mène à la ruelle qui débouche sur la rue Dunsmuir, au sud, et vous avez les images vidéo de la ruelle sous la cote 11 DVD IA06, de l'individu qui court en direction est dans la ruelle Pender et qui prend la ruelle à droite vers le sud en direction de la rue Dunsmuir. Et là encore, des images de lui, dans

Dunsmuir stretch of alleyway, carrying, in his right hand, what I suggest to you is the gun, as he runs towards Dunsmuir, and in a moment, his encounter with Constables MacLean [phonetic] and Tellabanyen [phonetic]. You have the admission that Dennis White is the person they arrested. He is the person who dropped the firearm that killed Lee Matasi into a dumpster.

The above, I suggest, can leave you with certainty that Dennis White was the person who shot Lee Matasi that night. As one would expect, in witnessing this traumatic event, some of the witnesses were not able to recognize the accused. Nothing, given the other evidence, turns on this. [A.R., pp. 555-56]

[115] Defence counsel commenced his final address by saying: “There is no question in this case that our client has committed a crime” (A.R., at p. 564), but made no formal admission that Mr. White was the shooter. The trial judge therefore sought direction from defence counsel on how he should charge the jury on the question of identification. Counsel indicated that the defence did *not* concede identification and agreed with Crown counsel that the trial judge should instruct the jury on identification, but could tell them that they probably would not have much difficulty on that issue (A.R., at p. 582).

[116] Neither at trial nor on appeal did Mr. White complain about the evidence of flight or the use to which it was put in proving that he was the shooter, nor could any such complaint have been sustained. This appeal is focussed, rather, on a *comment* made by Crown counsel, at the conclusion of his address to the jury, about the fact that there was no evidence showing that Mr. White hesitated before leaving the scene of the shooting. After reviewing at some length the evidence the prosecution relied upon to prove a murderous intent, Crown counsel concluded with the following:

Note as well that the accused ran immediately after the shooting. There is no hesitation here, no shock, no

le prolongement de la ruelle vers la rue Dunsmuir, portant, dans la main droite, ce qui selon moi est le pistolet, alors qu’il court vers la rue Dunsmuir et, tout de suite après, sa rencontre avec les agents MacLean [phonétique] et Tellabanyen [phonétique]. Vous avez l’aveu suivant lequel Dennis White est la personne qu’ils ont arrêtée. C’est bien lui qui a jeté dans une benne à rebuts l’arme à feu qui a tué Lee Matasi.

Je crois que ce qui précède vous permet de conclure avec certitude que Dennis White est la personne qui a abattu Lee Matasi ce soir-là. Comme on pouvait s’y attendre, certaines des personnes qui ont été témoins du drame n’ont pas été en mesure de reconnaître l’accusé, ce qui, vu le reste de la preuve, ne tire pas à conséquence. [d.a., p. 555-556]

[115] L’avocat de la défense a commencé sa plaidoirie finale en déclarant : [TRADUCTION] « Il n’est pas contesté dans la présente affaire que notre client a commis un crime » (d.a., p. 564), mais il n’est pas allé jusqu’à admettre formellement que M. White était l’auteur du coup de feu. Le juge du procès a par conséquent demandé à l’avocat de la défense de lui indiquer quelles directives il devait donner au jury sur la question de l’identification. L’avocat de la défense a expliqué qu’il ne concédait *rien* au sujet de l’identification et qu’il était d’accord avec l’avocat du ministère public pour dire que le juge du procès devait donner des directives aux jurés sur la question de l’identification, mais qu’il pouvait leur dire qu’ils n’auraient probablement pas beaucoup de mal à la trancher (d.a., p. 582).

[116] M. White ne s’est plaint, ni lors du procès ni lors de l’appel, de la preuve relative à la fuite ou de l’utilisation qui en a été faite pour établir qu’il était l’auteur du coup de feu, et pareille objection n’aurait d’ailleurs pas pu être justifiée. Le présent appel est plutôt axé sur un *commentaire* que l’avocat du ministère public a fait à la fin de son exposé au jury, sur le fait qu’aucun élément de preuve ne tendait à démontrer que M. White avait hésité avant de quitter les lieux après le coup de feu. Après avoir examiné en détail la preuve sur laquelle la poursuite se fondait pour prouver l’intention de commettre un meurtre, l’avocat du ministère public a conclu son exposé par les paroles suivantes :

[TRADUCTION] Notez également que l’accusé s’est enfui tout de suite après le coup de feu. Il a fui sans

uncertainty on his part, just immediate flight. One would expect hesitancy if the shot was anything other than the intended action of Dennis White.

If you accept that Lee Matasi was shot in this fashion, you will conclude that the accused murdered Lee Matasi by either of the two avenues described. I suggest that the evidence affords no other conclusions. There is no evidence or reasonable view of the evidence that can lead you to any lesser culpability than murder. Thank you. [Emphasis added; A.R., at p. 563.]

[117] Counsel for Mr. White in his closing address did not respond to this final argument by the Crown on the lack of hesitation, shock or uncertainty. Nor did he mention it during the pre-charge discussion that followed, although he was specifically asked by the trial judge: “Do either of you, to begin with, have any concerns about what the other said yesterday?” (A.R., at p. 580). Indeed, neither counsel suggested in the pre-charge conferences with the trial judge that any special warning or instruction be given at all concerning the evidence of flight. Only before the Court of Appeal was the argument first advanced by Mr. White that Crown counsel, by this remark, improperly invited the jury to make an impermissible inference of guilt from the evidence of flight to convict him of murder instead of manslaughter.

[118] In order to appreciate the potential impact of Crown counsel’s comment on the jury, it is necessary to put it in the context of the entirety of the Crown’s submissions on the question of intention and the evidence at trial. As I will explain, the reference to the lack of hesitation, shock or uncertainty in the evidence played a peripheral role in the Crown’s theory on intention.

[119] In support of its theory that Mr. White intentionally shot Mr. Matasi with the requisite intention to kill him, the Crown first addressed the

hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ. On se serait attendu à ce que Dennis White hésite si le coup de feu n’avait pas été intentionnel.

Si vous acceptez que Lee Matasi a été abattu de cette façon, vous allez conclure que l’accusé a commis un meurtre en tuant Lee Matasi, de l’une ou l’autre des deux façons décrites. J’estime que la preuve ne permet de tirer aucune autre conclusion. Il n’y a aucun élément de preuve ni aucune interprétation raisonnable de la preuve qui puisse vous conduire à le déclarer coupable d’un crime moindre que le meurtre. Je vous remercie. [Je souligne; d.a., p. 563.]

[117] Dans sa plaidoirie finale, l’avocat de M. White n’a pas réagi à cet argument final du ministère public sur l’absence d’hésitation et de tout signe de bouleversement ou d’indécision. Il n’en a pas fait mention non plus dans le débat ultérieur qui a eu lieu avant que le juge donne ses directives au jury, et ce, même si le juge du procès a explicitement demandé : [TRADUCTION] « Avant d’aller plus loin, est-ce que l’un d’entre vous a des réserves au sujet de ce que l’autre a dit hier? » (d.a., p. 580). En fait, lorsque le juge du procès s’est entretenu avec les avocats avant de donner ses directives au jury, aucun d’eux n’a demandé qu’une mise en garde ou des directives particulières lui soient données au sujet de la preuve relative à la fuite. Ce n’est que devant la Cour d’appel que M. White a, pour la première fois, avancé l’argument que, par cette remarque, l’avocat du ministère public avait invité à tort le jury à tirer une conclusion injustifiée à partir de la preuve relative à la fuite pour le déclarer coupable de meurtre plutôt que d’homicide involontaire coupable.

[118] Pour bien comprendre l’incidence que ce commentaire de l’avocat du ministère public a pu avoir sur le jury, il faut le situer dans le contexte de l’ensemble des arguments formulés par le ministère public sur la question de l’intention et de la preuve présentée au procès. Ainsi que je vais l’expliquer, la mention dans la preuve du fait que l’accusé a fui sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis a joué un rôle accessoire dans la thèse du ministère public concernant l’intention.

[119] À l’appui de sa thèse selon laquelle M. White avait intentionnellement fait feu sur M. Matasi avec l’intention requise de le tuer, le ministère public a

jury on the evidence of motive, explaining to them that while it was not necessary for the Crown to prove a motive for the offence “it is helpful to have some sense of why something happened” (A.R., at p. 556). Crown counsel reviewed the evidence in some detail about Mr. White’s behaviour earlier in the evening which suggested that he “wanted to be a big man, and to show others that he was a big man” (*ibid.*). This evidence culminated in Mr. White showing off his gun and, in response to someone expressing the view that it was a fake, firing it, “again, to impress” (*ibid.*), the Crown suggested. The Crown then put it to the jury that when Mr. Matasi, in front of others, “dissed” Mr. White, showed him disrespect, called him down, told him that having a gun was not cool, Mr. White “couldn’t back down; he was the big man with the gun” (A.R., at p. 557). Crown counsel went on to describe how the evidence showed that the struggle ended with Mr. White intentionally shooting Mr. Matasi in anger.

[120] Crown counsel then reviewed the forensic evidence which, he argued, rebutted any suggestion that the gun could have accidentally discharged. This included evidence that five and a half pounds of pressure was required to fire the gun, and that the manner in which the gun was loaded and reloaded required some knowledge and dexterity. Crown counsel also placed much reliance on the “compelling” testimony of Dale McRitchie, the manager of a nearby nightclub who had observed part of the altercation. The Crown stressed that, unlike many of the other witnesses, this witness was not under the influence of alcohol when he observed the altercation; nor was he involved with either party. Mr. McRitchie’s testimony was reviewed in some detail. In essence, he testified that upon hearing a gunshot, he stepped outside his nightclub and saw the victim on the ground with Mr. White, anger in his face, holding the victim by his shirtfront and pointing a gun down at him. Mr. McRitchie then heard the word “bitch”,

d’abord parlé aux jurés de la preuve du mobile, en leur expliquant que, même si le ministère public n’avait pas à faire la preuve du mobile du crime, [TRADUCTION] « il est utile d’avoir une idée des raisons pour lesquelles un événement s’est produit » (d.a., p. 556). L’avocat du ministère public a passé en revue de façon assez détaillée la preuve du comportement de M. White plus tôt ce soir-là, qui donnait à croire qu’il « voulait être un caïd et prouver aux autres qu’il était un caïd » (*ibid.*). Le point culminant de cette preuve est le moment où l’on apprend que M. White a exhibé son arme et que, en réponse à quelqu’un qui a dit croire que c’était un faux, il a tiré un coup de feu « là encore, pour impressionner » (*ibid.*), aux dires du ministère public. Le ministère public a ensuite expliqué au jury que, lorsque M. Matasi avait dénigré M. White devant les autres, lui avait manqué de respect, fait la leçon et dit que ce n’était pas cool d’avoir une arme, M. White « ne pouvait plus reculer, c’était lui le caïd qui avait une arme » (d.a., p. 557). L’avocat du ministère public a poursuivi en expliquant en quoi la preuve démontrait que la bagarre s’était terminée lorsque M. White, sous le coup de la colère, avait intentionnellement tiré sur M. Matasi.

[120] L’avocat du ministère public a ensuite passé en revue la preuve criminalistique qui, soutenait-il, excluait l’hypothèse d’un coup de feu accidentel. Cette preuve démontrait notamment qu’il fallait appliquer une pression de cinq livres et demie pour faire feu, et qu’il fallait des connaissances et une certaine dextérité pour charger et recharger le pistolet. L’avocat du ministère public a également beaucoup tablé sur le témoignage « convaincant » de Dale McRitchie, le gérant d’une boîte de nuit située tout près, qui avait observé en partie l’altercation. Le ministère public a souligné que, contrairement à bon nombre des autres témoins, M. McRitchie n’était pas sous l’influence de l’alcool lorsqu’il a observé l’altercation et qu’il n’était associé ni à la victime ni à l’agresseur. Le témoignage de M. McRitchie a été révisé en détail. Il a essentiellement expliqué qu’après avoir entendu un coup de feu, il était sorti de sa boîte de nuit et avait aperçu la victime sur le sol et M. White, le visage crispé par la colère, qui empoignait la victime par la chemise et braquait un

immediately followed by another gunshot (A.R., at p. 487).

[121] Crown counsel then undertook a detailed review of the evidence that supported Mr. McRitchie's version of the events, including the forensic evidence which, he argued, indicated that "the bullet was fired down, in this case, into a reclined Lee Matasi" (A.R., at p. 563). It is at the end of these submissions on the question of intent that Crown counsel added the impugned remark, which now forms the basis of Mr. White's appeal.

[122] In my view, Crown counsel's comment could not reasonably have been interpreted by the jury as an invitation to infer a murderous intent from the evidence of flight. It was crystal clear from Crown counsel's address that the evidence of flight properly went to the issue of identification. Nor could the jury have taken Crown counsel's comment as an invitation to infer a murderous intent from the way Mr. White "looked" just before he fled. Crown counsel had just spent considerable time outlining what evidence went to the issue of intent, none of it at issue in this appeal. Further, while every witness to the event testified that the shooter immediately fled, *no witness* was asked by the Crown how the shooter "looked" at the time he fled. The only evidence along those lines elicited by the Crown was given by Mr. McRitchie in describing the shooting itself. The witness stated the following in examination-in-chief (A.R., at p. 488):

Q. Did you notice his face?

A. Yeah, his face did stand out to me because he was in a -- definitely in a fit of rage.

pistolet sur lui. M. McRitchie a ensuite entendu le mot [TRADUCTION] « salaud » et, tout de suite après, un autre coup de feu (d.a., p. 487).

[121] L'avocat du ministère public a ensuite entrepris une analyse approfondie des éléments de preuve qui appuyaient la version des faits de M. McRitchie, y compris des éléments de preuve criminalistique qui, soutenait-il, indiquaient que [TRADUCTION] « la balle a été tirée vers le bas, en l'occurrence vers Lee Matasi, qui était étendu sur le sol » (d.a., p. 563). C'est à la fin de ces observations sur la question de l'intention que l'avocat du ministère public a ajouté la remarque contestée sur laquelle M. White fonde son appel.

[122] À mon avis, le commentaire de l'avocat du ministère public ne pouvait pas raisonnablement être interprété par le jury comme une invitation à conclure, à partir de la preuve de la fuite, que l'intention de commettre un meurtre était établie. Il ressort nettement de l'exposé de l'avocat du ministère public que la preuve de la fuite visait à juste titre la question de l'identification. Le jury ne pouvait pas non plus considérer le commentaire de l'avocat du ministère public comme une invitation à conclure à l'intention de commettre un meurtre en se fondant sur « l'air » qu'avait M. White juste avant sa fuite. L'avocat du ministère public venait tout juste de consacrer beaucoup de temps à expliquer quels éléments de preuve portaient sur la question de l'intention. Or, aucun de ces éléments de preuve n'est en litige dans le présent appel. Par ailleurs, bien que chacun des témoins de l'incident ait affirmé que le tireur s'était enfui immédiatement, le ministère public n'a demandé à *aucun témoin* quel « air » avait le tireur lorsqu'il a pris la fuite. Les seuls éléments de preuve à cet égard que le ministère public a réussi à obtenir sont les explications que M. McRitchie a données dans son témoignage au sujet du coup de feu lui-même. Voici ce que ce témoin a déclaré lors de son interrogatoire principal (d.a., p. 488) :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous remarqué son visage?

R. Oui, l'expression qu'il avait sur le visage m'a effectivement frappé parce qu'il était -- c'était évident qu'il était furieux.

Q. What -- what led you to believe he was in a fit of rage?

A. Well, he was having a scuffle with the gentleman below him.

Q. What about his face at that point?

A. He had sharp features.

Q. Mm-hmm?

A. Pointed face sort of.

Q. I'm sorry?

A. A pointed face.

[123] In only two instances were questions asked about how the shooter looked after the fatal shot was fired; both were posed in *cross-examination by the defence*. Michael Fyfe was asked the following (A.R., at p. 377):

Q. Okay. But I'm going to suggest because you were so intoxicated that's -- you weren't really thinking when you chased after this man with a gun. Why weren't you afraid?

A. Why wasn't I afraid?

Q. Yeah.

A. 'Cause I wasn't, I wanted to catch him.

Q. He looked scared, didn't he, when he ran away?

A. I looked scared?

Q. He looked scared.

A. I didn't see his face when he ran away, I just saw the back of him, trying to catch up to him. [Emphasis added.]

[124] Much along the same lines, Kennedy Kirk was asked the following in cross-examination by the defence (A.R., at pp. 460-61):

Q. You heard this shot went off at Shine and you saw this person -- you didn't see him fire the gun though, did you?

A. No.

Q. Qu'est-ce qui vous fait croire qu'il était furieux?

R. Eh bien, il était en train de se battre avec l'homme qui se trouvait sous lui.

Q. Et son visage à ce moment-là?

R. Il avait les traits pointus.

Q. Hum?

R. Je dirais un visage en lame de couteau.

Q. Pardon?

R. Un visage en lame de couteau.

[123] Ce n'est qu'à deux reprises que des questions ont été posées sur l'air qu'avait le tireur après le coup de feu fatal et les deux questions ont été posées en *contre-interrogatoire par la défense*. L'échange suivant a eu lieu avec Michael Fyfe (d.a., p. 377) :

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Mais j'avancerais l'idée que vous étiez tellement intoxiqué que -- vous ne réfléchissiez pas vraiment lorsque vous vous êtes lancé à la poursuite de cet homme armé. Comment se fait-il que vous n'ayez pas eu peur?

R. Pourquoi je n'avais pas peur?

Q. Oui.

R. Parce que je n'avais pas peur, je voulais l'attraper.

Q. Il avait l'air effrayé, n'est-ce pas, lorsqu'il s'est enfui en courant?

R. J'avais l'air effrayé?

Q. Il avait l'air effrayé.

R. Je n'ai pas vu son visage lorsqu'il s'est enfui. Je l'ai seulement vu de dos en essayant de le rattraper. [Je souligne.]

[124] Lors du contre-interrogatoire de Kennedy Kirk, la défense lui a posé les questions suivantes, qui vont à peu près dans le même sens (d.a., p. 460 et 461) :

[TRADUCTION]

Q. Vous avez entendu le coup de feu au Shine et vous avez vu cet individu -- mais vous ne l'avez pas vu tirer le coup de feu, n'est-ce pas?

R. Non.

Q. But you did see the person you believe was -- you saw later picking up a gun off the street in front of Shine?

A. Mm-hmm.

Q. And leaving?

A. Yeah.

Q. Okay. I'm going to suggest to you he looked scared.

A. I wouldn't say scared, I would say purposeful.

Q. Oh, now you would say purposeful?

A. Well, I mean, he certainly looked like maybe he did not want to be there anymore. [Emphasis added.]

[125] Defence counsel then proceeded to cross-examine Mr. Kirk at length (without much apparent success) on his prior statement to the police in which he had stated "I guess he scared himself, whatever, dropped his gun when he was walking away across the concrete, went and picked it up and went around the corner" (A.R., at p. 462).

[126] In short, there was no evidence to speak of one way or the other about the shooter's demeanour as he immediately fled from the scene. To suggest that the Crown's comment about the *lack* of such evidence might have caused the jury to mistakenly leap from the evidence of demeanour to a finding of guilt, in my respectful view, has no air of reality on this record. In any event, even if there had been significant evidence about the look on the shooter's face immediately after the fatal shot was fired, I would see no basis for excluding it from the jury's consideration. Consider, for example, if the witnesses had indeed described the shooter looking surprised or shocked at the time the last shot went off, or stooping down to check on Mr. Matasi's condition and hesitated for a few seconds before taking off. The jury would be entitled to the benefit of these observations. Indeed, given the defence's strategy in this case, such evidence would have played a central role in the case for the defence. In my view, when considered in context, the Crown's comment that there was "no hesitation here, no shock, no uncertainty" could only have

Q. Mais vous avez vu le même individu plus tard en train de ramasser un pistolet dans la rue devant le Shine?

R. Mm-hmm.

Q. Et partir?

R. Ouais.

Q. D'accord. Pourrait-on dire qu'il avait l'air effrayé?

R. Je ne dirais pas effrayé, mais déterminé.

Q. Ah oui, vous diriez maintenant qu'il avait l'air déterminé?

R. Bien, je veux dire qu'il avait certainement l'air de quelqu'un qui voulait être ailleurs. [Je souligne.]

[125] L'avocat de la défense a ensuite contre-interrogé longuement M. Kirk (apparemment sans beaucoup de succès) au sujet de sa déclaration antérieure à la police, dans laquelle il avait dit : [TRADUCTION] « J'imagine qu'il a pris peur, enfin, il a laissé tomber son arme alors qu'il s'éloignait, il l'a reprise à terre et a tourné au coin de la rue » (d.a., p. 462).

[126] En résumé, aucune preuve ne permettait de qualifier d'une manière ou d'une autre l'attitude du tireur lorsqu'il s'est enfui, immédiatement après le coup de feu. À mon avis, il n'est pas du tout vraisemblable, au vu du dossier, que le commentaire du ministère public concernant *l'absence* de preuve à cet égard ait pu amener le jury à conclure à tort à la culpabilité de l'appelant à partir de la preuve de son attitude. Quoi qu'il en soit, même s'il existait une preuve significative de l'air qu'avait le tireur immédiatement après le coup de feu mortel, je ne verrais aucune raison de soustraire cette preuve à l'examen du jury. Qu'advierait-il, par exemple, si les témoins avaient effectivement déclaré que l'auteur du crime avait l'air surpris ou bouleversé au moment où le dernier coup est parti, ou qu'il s'était baissé pour vérifier l'état de M. Matasi et avait hésité quelques secondes avant de déguerpir? Le jury aurait le droit de bénéficier de ces observations. D'ailleurs, compte tenu de la stratégie adoptée par la défense en l'espèce, une telle preuve aurait joué un rôle capital pour la défense. À mon avis, lorsqu'on la situe dans son contexte, la remarque du

been understood by everyone present as a rhetorical observation that there was no evidence of this nature and hence that the *defence theory* that the gun had gone off accidentally should not be given any credence.

[127] Mr. White further argued that the trial judge erred in two respects. First, rather than correcting the erroneous Crown submission (about which there was no complaint at trial), he repeated it for the jury when he summarized the theory of the Crown. Second, instead of giving an *Arcangioli* “no probative value” instruction as he should have, the trial judge effectively left the evidence of flight for the jury’s consideration on the question of intent by stating the following:

You may consider Mr. White’s post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it. It may not tell you much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired. That is for you to assess and consider. [A.R., at p. 606]

[128] Just as Crown counsel’s closing address to the jury, the trial judge’s repetition of Crown counsel’s argument must be read in context. In reiterating the theory of the Crown for the jury, the trial judge followed essentially the same sequence as Crown counsel in his final address, describing in some detail over the course of several pages of transcript what evidence the Crown relied upon in support of its case on both issues of identification and intention. He then concluded his review of the Crown’s theory as follows:

The Crown lastly noted that the accused ran away with no apparent hesitation or confusion, which suggests that

ministère public suivant laquelle l’accusé a fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » n’aurait pu être interprétée autrement par les personnes présentes que comme une observation rhétorique suivant laquelle il n’existait aucune preuve de cette nature, de sorte qu’il ne fallait accorder aucune crédibilité à la *thèse de la défense* suivant laquelle le coup de feu était parti accidentellement.

[127] M. White reproche par ailleurs deux erreurs au juge du procès. En premier lieu, plutôt que de corriger l’observation erronée du ministère public (dont nul ne s’est plaint au procès), le juge l’a répétée à l’intention du jury lorsqu’il a résumé la thèse du ministère public. En second lieu, plutôt que de donner aux jurés une directive de type *Arcangioli* leur indiquant que la preuve de la fuite n’avait « aucune valeur probante », comme il l’aurait dû, le juge du procès leur a en fait laissé le soin d’apprécier cet élément pour trancher la question de l’intention en déclarant ce qui suit :

[TRADUCTION] Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l’événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence. Il se peut qu’elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l’appelant aurait eu des ennuis s’il était resté sur les lieux et il se peut qu’elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d’esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré. C’est à vous d’analyser et d’apprécier cette preuve. [d.a., p. 606]

[128] Tout comme l’exposé final de l’avocat du ministère public au jury, la répétition, par le juge de première instance, de l’argument de l’avocat du ministère public doit être interprétée dans son contexte. En reprenant cette thèse à l’intention du jury, le juge de première instance a suivi essentiellement le fil du raisonnement que l’avocat du ministère public avait développé dans sa plaidoirie finale, donnant une description détaillée — sur plusieurs pages dans la transcription —, des éléments de preuve sur lesquels le ministère public s’était fondé pour étayer sa thèse tant sur la question de l’identification que sur celle de l’intention. Il a ensuite conclu sa revue de la thèse du ministère public en ces termes :

[TRADUCTION] Le ministère public a finalement indiqué que l’accusé s’était enfui sans hésitation ou confusion

what happened is what he intended to happen. This, the Crown suggested, indicates intention by one of the two ways possible for murder. [A.R., at p. 609]

[129] In my view, the jury would have understood these two sentences no differently than the parts of Crown counsel's closing address they were intended to summarize. The first sentence simply repeated Crown counsel's rhetorical observation on the absence of evidence to support the theory of accidental shooting, and the final sentence referred to the *entirety* of the evidence relied upon by the Crown on the question of intention.

[130] Finally, in the context of the evidence and the issues at trial, the trial judge's instructions regarding the evidence of flight contained no error. As it formed an inextricable part of the narrative and was highly relevant to the issue of identification, it was properly left for the jury's assessment. The evidence of flight was reviewed for the jury in this context and its significance would have been properly understood. On the question of intention, the trial judge's added caution that this evidence was of limited value in determining Mr. White's state of mind was adequate. Indeed, on the facts of this case, the instruction that "for any number of reasons [Mr. White] would be in some kind of trouble if he stayed at the scene", was a common sense inference that the jury would have been well able to make on its own.

[131] I therefore agree with Rothstein J. that the jury charge contained no error and I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. were delivered by

[132] BINNIE J. (dissenting) — This appeal again raises the question of what guidance a judge should give to a jury concerning the use that may be made of evidence of post-offence conduct. Generally

apparentes, ce qui donne à croire qu'il voulait réellement que les événements qui se sont produits se produisent. Selon le ministère public, cela indique de l'une des deux manières possibles qu'il avait l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre. [d.a., p. 609]

[129] À mon avis, les jurés n'auraient pas interprété ces deux phrases différemment des passages de la plaidoirie finale de l'avocat du ministère public qu'elles étaient censées résumer. Dans la première phrase, le juge répète simplement l'observation rhétorique de l'avocat du ministère public au sujet de l'absence d'éléments de preuve étayant la thèse du coup de feu accidentel. La dernière phrase renvoie à l'*ensemble* de la preuve du ministère public sur la question de l'intention.

[130] Enfin, dans le contexte de la preuve présentée et des questions débattues au procès, les directives du juge du procès sur la preuve de la fuite n'étaient entachées d'aucune erreur. Comme cette preuve faisait inextricablement partie du récit des faits et était d'une grande pertinence quant à la question de l'identification, c'est à juste titre que le juge a laissé au jury le soin de l'apprécier. C'est dans ce contexte que la preuve de la fuite a été passée en revue à l'intention du jury, qui a dû en comprendre correctement la signification. Sur la question de l'intention, la mise en garde additionnelle du juge du procès suivant laquelle cette preuve avait une valeur limitée quant à l'état d'esprit de M. White était suffisante. Vu l'ensemble des faits, le passage où le juge explique que [TRADUCTION] « pour différentes raisons, [M. White] aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux » était une déduction logique que le jury aurait fort bien pu tirer lui-même.

[131] Je suis par conséquent d'accord avec le juge Rothstein pour dire que les directives au jury ne contenaient pas d'erreur et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie et Fish rendus par

[132] LE JUGE BINNIE (dissident) — Le pourvoi soulève de nouveau la question de savoir quelles directives le juge devrait donner aux jurés concernant l'utilisation qu'ils peuvent faire de la preuve

speaking, of course, evidence of what an accused did or said before, during and after the alleged offence, may all be potentially relevant to the issue of guilt or innocence. If admissible, it will be for the jury to determine what use to make of it in deciding about the facts. In this respect, evidence of post-offence conduct is treated as any other circumstantial evidence. It is not to be considered in isolation, but together with the rest of the evidence in its entirety.

[133] Yet experience has shown that prosecutors will occasionally put forward as evidence of guilt, post-offence conduct that is essentially equivocal — such as the accused’s strange behaviour when first spoken to by the police or the fact he failed to render assistance to the victim. Even where considered of some slight probative value in relation to an issue in the case, its persuasive value in the hands of a skilled prosecutor may create unfair prejudice to an accused. Thus, in some situations, it has been found necessary to withdraw such evidence from the jury’s consideration, or to give an instruction pointing out the danger and limiting the use that may be made of it.

[134] In this appeal, the appellant stands convicted of second degree murder. The dispute is whether the jury might have drawn an impermissible inference of guilt from the Crown’s characterization of his flight from the scene of a Vancouver homicide with “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part” when it convicted him of murder instead of manslaughter. The defence responded that a quick flight was not surprising. The appellant knew that — accident or not — his illegal Glock handgun had been fired during a street fight with a stranger. The victim had crumpled to the street.

[135] In closing argument, the defence conceded that the appellant shot the victim, but eyewitness accounts of the street fight preceding the gunshot

du comportement postérieur à l’infraction. En règle générale, bien entendu, la preuve de ce qu’un accusé a pu dire ou faire avant, durant et après l’infraction reprochée peut être pertinente quant à la question de sa culpabilité ou de sa non-culpabilité. Si la preuve est admissible, il reviendra au jury de déterminer quelle utilisation il en fera dans son appréciation des faits. À cet égard, la preuve du comportement postérieur à l’infraction est traitée comme toute autre preuve circonstancielle. Elle ne doit pas être examinée isolément, mais plutôt conjointement avec le reste de la preuve dans son ensemble.

[133] Toutefois, l’expérience a démontré que le comportement postérieur à l’infraction invoqué par les poursuivants pour établir la culpabilité d’un accusé est parfois essentiellement équivoque — comme la réaction étrange de l’accusé lorsque les policiers lui ont parlé pour la première fois ou le fait qu’il n’a pas aidé la victime. Même lorsqu’on considère qu’une preuve a une faible valeur probante à l’égard d’une question en litige, sa valeur persuasive peut causer un préjudice inéquitable à l’accusé lorsqu’elle est utilisée par un poursuivant chevronné. Ainsi, dans certains cas, il a été jugé nécessaire de soustraire cette preuve à l’appréciation des jurés ou de leur donner une directive qui leur signale le danger qu’elle représente et limite l’utilisation qu’ils peuvent en faire.

[134] En l’espèce, l’appelant a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Le débat porte sur la possibilité que le jury ait tiré à tort l’inférence que l’appelant était coupable de meurtre plutôt que d’homicide involontaire coupable, en raison du commentaire du ministère public selon lequel l’appelant a fui le lieu d’un homicide à Vancouver [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». La défense a répliqué qu’il n’était guère surprenant que l’appelant ait fui rapidement. Il savait que son arme illégale, un pistolet Glock, s’était déchargée — accidentellement ou non — au cours d’une bataille de rue avec un inconnu. La victime s’était effondrée sur le sol.

[135] Dans sa plaidoirie finale, la défense a reconnu que l’appelant avait tiré sur la victime, mais les récits des témoins de la bagarre qui a

were conflicting. The appellant says the jury should have been told that the Crown's argument about his demeanour could not be used as a basis for inferring the *specific* intent necessary to support a murder conviction, because both his flight and his pre-flight demeanour were equally consistent with an accidental shooting and thus manslaughter. The trial judge did not rein in the Crown's approach. He told the jury in relation to the issue of murderous intent that "[y]ou may consider Mr. White's post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it."

précédé le coup de feu étaient contradictoires. L'appellant affirme que le jury aurait dû être averti qu'il ne pouvait pas s'appuyer sur l'argument du ministère public au sujet de l'attitude de l'appellant pour conclure que celui-ci avait l'intention *spécifique* requise pour commettre un meurtre, car tant sa fuite que les actes qui l'ont précédée étaient tout aussi compatibles avec un coup de feu accidentel et, par conséquent, avec un homicide involontaire coupable. Le juge du procès n'a pas mis un frein à l'argumentation du ministère public. Il a dit au jury, au sujet de l'intention de commettre un meurtre : [TRADUCTION] « Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence. »

[136] A majority of the British Columbia Court of Appeal, Finch C.J.B.C. dissenting, held that "while the charge to the jury was wrong in that it was not complete, the error was harmless and could not have affected the jury's verdict" (2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177, at para. 146). I agree with the unanimous view of that court that "the charge to the jury was wrong" but unlike the majority I would not apply the curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I agree with Finch C.J.B.C. that the error was not harmless. The case for a murder conviction, apart from the evidence of post-offence demeanour, was far from overwhelming. I would allow the appeal.

[136] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu à la majorité, le juge en chef Finch étant dissident, que [TRADUCTION] « l'exposé au jury était erroné en ce sens qu'il n'était pas complet, mais que l'erreur était inoffensive et n'aurait pas pu avoir d'incidence sur le verdict du jury » (2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177, par. 146). Je souscris à l'opinion unanime de cette cour que [TRADUCTION] « l'exposé au jury était erroné », mais, contrairement aux juges majoritaires, je n'appliquerais pas la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. À l'instar du juge en chef Finch, je ne crois pas qu'il s'agissait d'une erreur inoffensive. La preuve de la culpabilité de l'accusé pour meurtre, mise à part la preuve de son attitude après l'infraction, était loin d'être accablante. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

## I. Overview

[137] Juries find the facts and trial judges are careful not to usurp their function. A concern about excessive and unnecessary judicial micromanagement is evident in the reasons of Ryan J.A., for the majority in the court below, who commented:

... the case law seems to have drifted to the point where anything done by an accused after the

## I. Aperçu

[137] Les jurés apprécient les faits et le juge du procès veille à ne pas usurper leur fonction. Il est évident que la juge Ryan, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour d'appel, était préoccupée par l'intervention excessive et inutile des juges. Elle a affirmé ce qui suit dans ses motifs :

[TRADUCTION] ... la jurisprudence semble avoir dérivé au point où tous les faits et gestes de l'accusé

commission of an offence is now classified as “post-offence conduct” or “after-the-offence conduct” and, whether used as part of the Crown’s case or not, [is] subject to special warnings. [para. 129]

With respect, it is definitely *not* the case that evidence of “anything done by an accused after the commission of an offence . . ., whether used as part of the Crown’s case or not, [is] subject to special warnings”. The general rule is now, as in the past, that it is for the jury to decide, on the basis of the evidence as a whole, whether the post-offence conduct put in evidence against the accused is related to the commission of the crime before them rather than to something else, and if so, how much weight, if any, such evidence should be accorded in the final determination of guilt or innocence. For the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of the jury’s exclusive fact-finding role.

[138] At the same time, trial judges spend more of their working life in and around courtrooms than people summonsed from work or home to jury duty, and experience has taught the judiciary that in some cases jurors have found certain types of evidence (e.g. eyewitness identification and jail-house confessions) more persuasive than was warranted. Misuse of such evidence has on occasion resulted in wrongful convictions. This risk exists with respect to some types of post-offence conduct relied upon by the Crown and in those cases it only makes sense for the judges to alert the jurors to what the courts have collectively learned over the years, especially when that learning may for some jurors be counter-intuitive.

[139] When a jury hears that an accused was seen running from the crime scene, or gave a statement to the police that turned out to be false in some particulars, its members may jump to the conclusion of a guilty mind, and thence to an inference of guilt of the offence as charged. The inference

après la perpétration de l’infraction sont maintenant qualifiés de « comportement postérieur à l’infraction » ou de « comportement après le fait » et sujets à une mise en garde particulière, que le ministère public les utilise ou non comme éléments de preuve. [par. 129]

Soit dit en toute déférence, il *n’est* absolument *pas* vrai que la preuve de « tous les faits et gestes de l’accusé après la perpétration de l’infraction, [. . .] [est] sujet[te] à une mise en garde particulière, que le ministère public les utilise ou non comme éléments de preuve ». La règle générale demeure qu’il appartient aux jurés de décider, eu égard à l’ensemble de la preuve, si le comportement postérieur à l’infraction utilisé en preuve contre l’accusé est lié à la perpétration du crime dont il est question, plutôt qu’à autre chose. Le cas échéant, c’est au jury qu’il incombe de déterminer le poids à accorder à cette preuve pour rendre ultimement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. Dans la plupart des cas, le juge du procès qui s’immisce dans ce processus usurpe le rôle du juge des faits, dévolu exclusivement au jury.

[138] Cela dit, le juge du procès passe une plus grande partie de sa vie professionnelle dans une salle d’audience qu’une personne sommée de quitter son travail ou son foyer pour agir à titre de juré. L’expérience a enseigné aux juges que, dans certains cas, les jurés attribuent à certains types d’éléments de preuve (p. ex., une identification par témoin oculaire et des aveux faits en prison) une force de persuasion plus grande qu’ils ne le mériteraient. Une mauvaise utilisation de ces éléments de preuve a parfois entraîné des condamnations injustifiées. Ce risque existe lorsque le ministère public utilise certains types de comportement postérieur à l’infraction. Il est alors tout à fait logique que les juges transmettent aux jurés le savoir qu’ils ont acquis collectivement au fil des ans, particulièrement lorsque cet enseignement risque d’aller à l’encontre de l’intuition première de certains jurés.

[139] Lorsqu’ils apprennent qu’on a vu l’accusé fuir le lieu du crime ou qu’il a fait à la police une déclaration dont certains éléments se sont révélés faux, les jurés peuvent sauter à la conclusion qu’il avait une intention coupable et, de là, qu’il est coupable de l’infraction qu’on lui reproche. Or, cette

may be quite wrong. The running away may be due not to a flight from justice, but simple panic, and the false particulars may have been given innocently. The evidence of post-offence demeanour will often be equivocal. The police evidence that Guy Paul Morin reacted strangely to the abduction and death of the little girl next door played a role in his wrongful conviction for murder.

[140] The bulk of evidence of post-offence conduct will simply flow into the record as an unremarkable part of the narrative. Where it is put forward as an element of the prosecution case, it will, of course, be relevant and admissible where it has some tendency, as a matter of logic, common sense and human experience (as the expression goes) to help resolve a live issue in the case.

[141] In this appeal my colleague Rothstein J. finds that the Crown's argument about post-offence demeanour was properly left with the jury as evidence probative of an intent to kill rather than accident. He writes:

... the mere fact that the accused fled the scene did not provide any information as to whether he was guilty of the lesser or the greater charge. However, in this case, the fact that Mr. White failed to hesitate at the discharge of his firearm into another person's chest *does* potentially provide such information. [Emphasis in original; para. 66.]

The courts have long recognized (though jurors may have no reason to know this unless they are told) that the subjective interpretation placed by a witness on the post-offence demeanour evinced by an accused is fraught with danger. These dangers were annotated and persuasively explained in *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998), by the Honourable Fred Kaufman, at pp. 1142-50, as will be discussed.

[142] Such demeanour evidence relies too heavily on the witnesses' power of observation and

conclusion peut être totalement erronée. Il se peut que l'accusé se soit sauvé, non pas pour fuir la justice, mais sous le coup de la panique, et qu'il ait donné de faux renseignements de bonne foi. La preuve de l'attitude de l'accusé après l'infraction est souvent équivoque. Le témoignage des policiers qui ont affirmé que Guy Paul Morin avait réagi étrangement à l'enlèvement et au décès de sa petite voisine a joué un rôle dans sa condamnation injustifiée pour meurtre.

[140] La preuve du comportement postérieur à l'infraction, dans son ensemble, se retrouvera simplement au dossier comme une partie banale de l'exposé des faits. Lorsqu'elle est invoquée à l'appui de la thèse de la poursuite, elle sera évidemment pertinente et admissible si, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine (comme le veut l'expression), elle aide à trancher une question en litige.

[141] En l'espèce, mon collègue, le juge Rothstein, estime que l'argumentation du ministère public concernant l'attitude de l'accusé après l'infraction a été laissée à bon droit à l'appréciation du jury en tant que preuve de l'intention de commettre un meurtre, plutôt que de la survenue d'un accident. Il écrit ce qui suit :

... la simple fuite de l'accusé n'était d'aucune utilité pour déterminer s'il était coupable de l'infraction la plus grave ou la moins grave. En l'espèce, toutefois, le fait que M. White n'a pas hésité après qu'un coup de feu provenant de son arme a atteint une autre personne à la poitrine pourrait *effectivement* être utile pour répondre à cette question. [En italique dans l'original; par. 66.]

Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que l'interprétation subjective, par un témoin, de l'attitude montrée par l'accusé après l'infraction présente un grand danger (alors que les jurés n'ont peut-être aucune raison d'en être conscients si on ne le leur signale pas). Comme nous le verrons, ce danger a été commenté et expliqué de façon convaincante par l'honorable Fred Kaufman dans le rapport de la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), p. 1314-1323.

[142] Cette preuve de l'attitude dépend trop du sens de l'observation et de la perception des

interpretation, and will often involve a series of speculative inferences from a failure to perform as the onlooker thinks “normal” to a conclusion of guilt of a particular offence. In one of the most harrowing criminal cases of recent years, a nurse at Toronto’s Hospital for Sick Children was discharged at her preliminary hearing into the alleged murder of four babies in her care. His Honour Judge Vanek rejected the demeanour evidence as worthless:

I am unable to find any evidence of guilt from what a doctor thought from a passing glance was “a very strange expression” on the face of a young woman he barely knew, who had suffered a most harrowing experience, and was engaged in the very emotionally disturbing duty she was bound to perform of writing up the final death note as part of her other difficult duties on the occasion of the death of a baby in her care.

(*R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (Ont. Prov. Ct. (Crim. Div.)), at p. 125)

[143] Similarly, in *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29, the accused was charged with first degree murder. The Crown adduced evidence that a friend of the accused who gave him a ride after the killing noticed that he was “unusually quiet” in the area of the crime scene, and another witness noted that the accused turned his head away from the crime scene being investigated as they drove by. The court concluded that the trial judge erred in leaving the evidence to the jury (para. 52).

[144] In this case, the Crown specifically urged the jury to infer murderous intent from “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight”. The Crown’s emphasis was not on the act of flight (which is an objective fact) but on the alleged demeanour of the appellant (which here was a matter of interpretation and opinion by a stranger necessarily calibrated according to the stranger’s own subjective expectation and

témoins et implique souvent une série d’inférences hypothétiques menant à une conclusion de culpabilité d’une infraction particulière à partir d’une réaction différente de celle que l’observateur jugerait « normale ». Dans l’une des affaires criminelles les plus troublantes des récentes années, une infirmière de l’hôpital pour enfants de Toronto a été libérée à l’issue de son enquête préliminaire pour le meurtre de quatre enfants en bas âge dont elle prenait soin. Le juge Vanek a rejeté la preuve de l’attitude de l’accusée parce qu’il l’estimait sans valeur :

[TRADUCTION] Je suis incapable de voir une preuve quelconque de culpabilité dans le fait qu’un médecin avait, d’un coup d’œil furtif, relevé « une expression très étrange » sur le visage d’une jeune femme qu’il connaissait à peine, qui venait de vivre une expérience très bouleversante et qui, entre autres tâches difficiles à l’occasion de la mort d’un bébé dont elle prenait soin, s’acquittait de la tâche éprouvante de rédiger la note de décès comme elle devait le faire.

(*R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (C. prov. Ont. (Div. crim.)), p. 125)

[143] De même, dans *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29, l’accusé était inculpé de meurtre au premier degré. Le ministère public a présenté une preuve révélant qu’un ami de l’accusé qui l’avait emmené dans sa voiture après l’homicide avait remarqué qu’il était [TRADUCTION] « anormalement tranquille » près du lieu du crime et qu’un autre témoin l’avait vu détourner la tête lorsqu’ils étaient passés en voiture devant la scène du crime scrutée par les enquêteurs. La cour a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en soumettant cette preuve à l’appréciation du jury (par. 52).

[144] En l’espèce, le ministère public a expressément exhorté les jurés à inférer l’intention de l’appelant de commettre un meurtre du fait qu’il avait quitté les lieux [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ ». Le ministère public n’a pas mis l’accent sur la fuite (un fait objectif), mais sur la prétendue attitude de l’appelant (en l’occurrence, une question de perception et d’opinion de la part d’un inconnu,

cultural frame of reference about what would be expected).

[145] For the reasons which follow, I agree with Finch C.J.B.C. that the use of such demeanour evidence in this case ought not to have been permitted to go to the jury on the critical (and virtually the only) issue in the case — murderous intent or accident. No one whose illegal handgun had just discharged in the middle of a street fight could be expected to stick around to ponder the consequences.

## II. Facts

[146] This case involves the senseless killing of a stranger by the appellant who was out on the town in Vancouver in the early hours of the morning of December 3, 2005. He was carrying and showing off a Glock firearm. The victim, Lee Matasi, was shot and killed after a scuffle outside a nightclub. Earlier that evening, Mr. Matasi had been drinking in Gastown with some friends. On his way home, he encountered the appellant on the street outside another club. As stated, they were unknown to each other.

[147] According to the appellant's ex-girlfriend, he was being loud, he was "in the party mode", and according to another witness he seemed "very aggravated". At one point, the appellant lifted up his shirt to show some people he had a gun. Other witnesses heard someone question whether the gun was real, and watched as the appellant shot at a building to prove that it was, saying "It's not real, right", in a sarcastic voice.

[148] During this exchange, Mr. Matasi volunteered the comment that said, "it's not cool shooting a gun". Mr. Matasi and his friends were intoxicated. One witness heard them yell something to the effect of: "Why don't you shoot the gun again?" or

nécessairement déterminée par les attentes subjectives et le cadre de référence culturel de cet inconnu quant à l'attitude à laquelle il s'attendrait).

[145] Pour les motifs qui suivent, je partage l'opinion du juge en chef Finch de la Colombie-Britannique qu'il ne fallait pas, en l'espèce, laisser cette preuve de l'attitude de l'accusé à l'appréciation du jury relativement à la question cruciale (et pour ainsi dire l'unique question) en litige — soit celle de l'intention de commettre un meurtre ou de la survenue d'un accident. On ne saurait s'attendre à ce que qui que ce soit dont l'arme de poing illégale vient de se décharger en pleine bataille de rue traîne sur les lieux pour en constater les conséquences.

## II. Les faits

[146] Le pourvoi concerne le meurtre insensé d'un inconnu, commis au petit matin par l'appellant lors d'une sortie en ville, à Vancouver, le 3 décembre 2005. L'appellant portait et exhibait une arme à feu Glock. La victime, Lee Matasi, a été tuée par balle après une bagarre à l'extérieur d'une boîte de nuit. Plus tôt dans la soirée, M. Matasi avait consommé de l'alcool à Gastown avec quelques amis. Alors qu'il retournait chez lui, il a croisé l'appellant sur la rue à l'extérieur d'une autre boîte de nuit. Comme nous l'avons déjà dit, ils ne se connaissaient pas.

[147] Selon son ancienne petite amie, l'appellant faisait beaucoup de tapage, était [TRADUCTION] « en mode party » et, aux dires d'un autre témoin, il semblait « très énervé ». Tout à coup, il a relevé son chandail pour montrer à certaines personnes qu'il avait une arme à feu. D'autres témoins ont entendu quelqu'un mettre en doute qu'il s'agissait d'un vrai pistolet et ont regardé l'appellant tirer sur un immeuble pour prouver qu'il ne s'agissait pas d'une imitation, en disant d'un ton sarcastique : [TRADUCTION] « C'est pas un vrai, vous pensez ».

[148] Sur ces entrefaites, M. Matasi, qui se trouvait à passer par là, a dit spontanément : [TRADUCTION] « c'est pas cool de tirer ». M. Matasi et ses amis étaient ivres. Un témoin les a entendus hurler quelque chose comme : [TRADUCTION] « Pourquoi tu ne

“Shoot the window out”. Another said they yelled “Smash the window, smash that truck”. The appellant yelled back at Mr. Matasi’s group and went up the hill in their direction. When the appellant reached the Matasi group he picked a fight with Mr. Matasi. A scuffle ensued. At one point the gun went off. It came loose on the ground but was recovered by the appellant. The struggle continued.

[149] At this point accounts diverge. Some witnesses said that before the second — fatal — shot went off, both men were standing grappling with each other. However, the Crown’s main witness, who had not been drinking, described seeing a person he identified as the appellant holding up another man who had his rear end on the ground, and had his legs splayed out in front of him. The appellant was standing uphill from the first, was holding the other up by the scruff of his neck, and was in a fit of rage. He was pointing a firearm down at the other man. This witness said he heard the word “bitch”, just before he heard a shot being fired. The Crown urged the jury to believe the second version and return a verdict of murder. The defence urged acceptance of the first version and a finding of manslaughter. Mr. Matasi died from a single gunshot wound to the chest.

[150] After the shot was fired, the appellant immediately fled the scene, and ran into an alley. The police watched as he deposited something into a dumpster. The appellant was arrested, and a Glock firearm was retrieved from amongst the rubbish. At trial, he did not testify. Crown counsel in his closing submissions stated to the jury that they could draw an inference from the appellant’s “immediate flight” after the shooting that the appellant was guilty of murder. The Crown submitted that the appellant’s lack of hesitation before fleeing indicated that he acted with an intent to kill. The permissible use of evidence of the post-gunshot demeanour and flight of the appellant forms the subject matter of the appeal. If the trial judge is found to have erred (as unanimously found by the B.C. Court of Appeal), the Crown nevertheless

tires pas encore? » ou « Pète la fenêtre! » Selon un autre témoin, ils ont crié [TRADUCTION] : « Démolis la fenêtre, démolis ce camion-là! » L’appelant a répondu à M. Matasi et à ses comparses en hurlant et a remonté la côte dans leur direction. Lorsqu’il les a rejoints, il a relancé la dispute avec M. Matasi. Une bagarre s’en est suivie. À un certain moment, il y a eu un coup de feu. Le pistolet s’est retrouvé par terre, mais l’appelant l’a récupéré. La bagarre a continué.

[149] À partir de là, les récits divergent. Selon certains témoins, avant que le deuxième coup de feu — mortel — ne retentisse, les deux hommes se battaient, debout. Toutefois, le témoin principal du ministère public, qui n’avait pas bu, a décrit avoir vu une personne, qu’il a identifiée comme l’appelant, tenir un autre homme qui était assis sur le sol, les jambes écartées devant lui. L’appelant se tenait au-dessus de cet autre homme, il le tenait par le collet et il était déchaîné. Il pointait une arme à feu sur lui. Le témoin a dit avoir entendu le mot [TRADUCTION] « salaud » juste avant d’entendre un coup de feu. Le ministère public a vivement encouragé le jury à croire la deuxième version et à rendre un verdict de culpabilité de meurtre. La défense l’a exhorté à retenir la première version et à rendre un verdict de culpabilité d’homicide involontaire coupable. M. Matasi est mort d’un seul coup de feu à la poitrine.

[150] Après le coup de feu, l’appelant a immédiatement fui la scène et couru dans une ruelle. La police l’a vu déposer un objet dans une benne à ordures. L’appelant a été arrêté, et une arme à feu Glock a été retirée des ordures. Au procès, il n’a pas témoigné. Dans sa plaidoirie, l’avocat du ministère public a indiqué au jury qu’il pouvait inférer de la [TRADUCTION] « fuite immédiate » après le coup de feu, que l’appelant était coupable de meurtre. Le ministère public a soutenu que l’absence d’hésitation de l’appelant avant sa fuite indique qu’il a agi avec l’intention de tuer. Le pourvoi porte sur l’utilisation qui peut être faite de la preuve de l’attitude de l’appelant après le coup de feu et de sa fuite. Le ministère public soutient néanmoins que, si la Cour arrive à la conclusion que le juge du procès a commis une erreur

argues that the conviction of second degree murder should be upheld by the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

### III. Judicial History

#### A. *Supreme Court of British Columbia (McEwan J.)*

[151] On the issue of intent, the trial judge instructed the jury as follows:

The next question is therefore, did Mr. White have the necessary intention or state of mind for murder. The crime of murder requires a particular state of mind. For an unlawful killing to be murder, the Crown must establish that Mr. White intended either A, to kill Mr. Matasi. Or B, to cause Mr. Matasi bodily harm that he knew was likely to kill Mr. Matasi and was reckless whether Mr. Matasi died or not. Reckless in this context means that Mr. White could see or foresee the risk that Mr. Matasi could die from the injury but went ahead anyway and took that chance.

. . . .

To determine Mr. White's state of mind, that is what he actually meant to do, you must consider all the evidence. You should consider what you conclude Mr. White did throughout the course of the events leading up to and following the shooting of Mr. Matasi. You should consider what you conclude happened at the time of the shooting itself, if you can tell. You should consider what you conclude from what Mr. White said at any time and what that meant.

[152] As to the appellant's post-offence conduct in relation to the specific intent required for murder, and his state of mind, the trial judge said:

You may consider Mr. White's post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it. It may not tell you much more than that for any number

(conformément à la conclusion unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique), le verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré devrait être confirmé par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge McEwan)*

[151] Sur la question de l'intention, le juge du procès a donné les directives suivantes au jury :

[TRADUCTION] Par conséquent, il faut maintenant se demander si M. White avait l'intention ou l'état d'esprit nécessaire pour être déclaré coupable de meurtre. Le meurtre exige un état d'esprit particulier. Pour qu'un homicide coupable soit considéré comme un meurtre, le ministère public doit établir que M. White avait l'intention a) de tuer M. Matasi, ou b) de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui était indifférent qu'il meure ou non. L'indifférence dans ce contexte signifie que M. White pouvait voir ou prévoir le risque que M. Matasi meure de ses blessures, mais a tout de même agi et pris ce risque.

. . . .

Pour déterminer l'état d'esprit de M. White, c'est-à-dire ce qu'il avait réellement l'intention de faire, vous devez examiner tous les éléments de preuve. Vous devez tenir compte de ce que M. White a fait, selon vous, tout au long des événements menant au coup de feu reçu par M. Matasi et après le coup de feu. Vous devez tenir compte de ce qui s'est passé, selon vous, au moment où on a tiré, si c'est possible. Vous devez décider à quelle conclusion vous arrivez à partir de ce que M. White a dit à n'importe quel moment et de la signification de ses propos.

[152] Au sujet du comportement de l'appellant après l'infraction, par rapport à l'intention spécifique requise pour qu'il soit déclaré coupable de meurtre, et de son état d'esprit, le juge du procès a affirmé :

[TRADUCTION] Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette

of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired. That is for you to assess and consider. [Emphasis added.]

Defence counsel did not object to this aspect of the charge.

B. *The British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. (dissenting) and Ryan and Chiasson J.J.A.)*

(1) The Majority — Ryan J.A.

[153] The critical issue was whether the Crown had proven that the appellant had the requisite intent for murder when he shot Mr. Matasi. The Crown did not rely on the evidence of flight *per se* to show a consciousness on the part of the appellant that he had committed murder. Rather, the Crown focussed on the lack of hesitation before the appellant fled. In the view of Ryan J.A., this area of the law is now “fraught with as much, if not more difficulty as it was before the decisions of *Arcangioli* [R. v. *Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129] and *White* [R. v. *White*, [1998] 2 S.C.R. 72 (“*White (1998)*”)]” (para. 145). In particular,

*Arcangioli* does not stand for the proposition that in every case where the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act, or has denied committing some related offence arising from the same operative set of facts, post offence conduct such as flight or destruction of evidence will have no probative value with respect to intent. There will be cases in which such evidence can be probative of intent. [para. 126]

While it would have been better for the trial judge to mention the lack of hesitation as a circumstance in the Crown’s case and then give the *Arcangioli* warning about flight, the error was harmless and could not have affected the verdict. The trial judge did not tell the jury that flight, on its own, could support an inference of guilt (para. 145).

preuve avec prudence. Il se peut qu’elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l’appelant aurait eu des ennuis s’il était resté sur les lieux et il se peut qu’elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d’esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré. C’est à vous d’analyser et d’apprécier cette preuve. [Je souligne.]

L’avocat de la défense ne s’est pas opposé à cet aspect de l’exposé.

B. *La Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch (dissident) et les juges Ryan et Chiasson)*

(1) La majorité — la juge Ryan

[153] La question essentielle était de savoir si le ministère public avait prouvé que l’appelant, lorsqu’il a tiré sur M. Matasi, avait l’intention requise pour commettre un meurtre. Le ministère public ne s’est pas fondé sur la preuve de la fuite même pour établir que l’appelant avait conscience d’avoir commis un meurtre. Il a plutôt insisté sur l’absence d’hésitation de l’appelant avant sa fuite. Selon la juge Ryan, ce domaine du droit [TRADUCTION] « comporte autant, voire plus de difficultés qu’avant les arrêts *Arcangioli* [R. c. *Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129] et *White* [R. c. *White*, [1998] 2 R.C.S. 72 (« *White (1998)* »)] » (par. 145). Plus précisément, elle a dit que

[TRADUCTION] l’arrêt *Arcangioli* n’appuie pas la proposition selon laquelle chaque fois que l’accusé avoue avoir accompli l’*actus reus* d’un crime, mais nie un degré de culpabilité donné à l’égard de ce crime ou nie avoir perpétré une infraction connexe découlant du même ensemble de faits pertinents, le comportement postérieur à l’infraction, comme la fuite ou la destruction de la preuve, n’aura aucune valeur probante quant à l’intention. Dans certains cas, une telle preuve peut servir à établir l’intention. [par. 126]

Il aurait été préférable que le juge du procès mentionne que l’absence d’hésitation était un élément circonstanciel de la preuve du ministère public et donne ensuite la mise en garde proposée dans *Arcangioli* concernant la fuite. Toutefois, cette erreur était inoffensive et n’aurait pas pu avoir d’incidence sur le verdict. Le juge du procès n’a pas

The majority applied the curative proviso and dismissed the appeal.

(2) Finch C.J.B.C., Dissenting

[154] Chief Justice Finch would have allowed the appeal and ordered a new trial. In this case, the only live issue was the *mens rea*, since the *actus reus* was conceded by defence counsel in closing submissions (para. 69). The appellant's immediate flight was not conduct out of all proportion to the admitted level of culpability, and "[f]rom 'instant' flight without hesitation, murderous intent is not the only available reasonable inference" (para. 75).

The appellant's failure to hesitate before fleeing is as consistent with the awareness he would have had of his conduct in the violent course of events that culminated in Mr. Matasi's being shot, even if unintentionally, as with his having intended to kill Mr. Matasi. Put another way, in this case, fleeing without hesitation is consistent with both manslaughter and murder.

Because the accused's lack of hesitation and instantaneous flight are equally explainable by the consciousness of more than one offence, the conduct has no probative value in relation to intent. The jury should therefore have been instructed that they could not make use of that evidence to determine the appellant's level of culpability, as between murder and manslaughter. [paras. 76-77]

[155] Far from being given a "no probative value" instruction, the jury was told that they could consider the post-offence conduct in determining intent, first by the Crown and then by the judge. While the trial judge told the jury that the post-offence conduct may not be very helpful in determining the appellant's intent, he nevertheless left that determination for them "to assess and consider". The trial judge gave the jury the opportunity to use the

dit au jury que la fuite, à elle seule, pouvait étayer une conclusion de culpabilité (par. 145). Les juges majoritaires ont appliqué la disposition réparatrice et rejeté l'appel.

(2) Le juge en chef Finch, dissident

[154] Le juge en chef Finch aurait accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. En l'espèce, la seule question en litige était celle de la *mens rea*, puisque l'*actus reus* avait été concédé par l'avocat de la défense dans sa plaidoirie finale (par. 69). La fuite immédiate de l'appellant n'était pas une conduite exagérée par rapport au degré de culpabilité avoué et [TRADUCTION] « [l]'intention de commettre un meurtre n'est pas la seule conclusion que l'on peut raisonnablement tirer de la preuve que l'accusé a pris la fuite "instantanément" et sans hésiter » (par. 75).

[TRADUCTION] Le fait que l'appellant n'a pas hésité avant de s'enfuir est tout aussi compatible avec la conclusion qu'il était conscient de son comportement au cours des événements violents ayant abouti au coup de feu qui a atteint M. Matasi, même si ce coup de feu était involontaire, qu'avec la conclusion qu'il avait l'intention de tuer M. Matasi. Autrement dit, en l'espèce, le fait de s'enfuir sans hésiter est compatible tant avec l'homicide involontaire coupable qu'avec le meurtre.

Puisque l'absence d'hésitation et la fuite instantanée de l'accusé peuvent s'expliquer par la conscience de culpabilité tant à l'égard d'une infraction qu'à l'égard d'une ou plusieurs autres, ce comportement n'a aucune valeur probante quant à l'intention. Par conséquent, on aurait dû informer le jury qu'il ne pouvait utiliser cette preuve pour déterminer le degré de culpabilité de l'appellant, c'est-à-dire trancher entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable. [par. 76-77]

[155] Loin d'avoir reçu une directive selon laquelle cette preuve n'avait « aucune valeur probante », le jury s'est fait dire par le ministère public, et ensuite par le juge, qu'il pouvait tenir compte du comportement postérieur à l'infraction pour déterminer l'intention. Bien que le juge du procès ait dit au jury qu'il était possible que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ne soit pas très utile pour déterminer l'intention de l'appellant, il lui a tout

post-offence conduct to infer intent. He should have explicitly instructed them that they could not make such an inference. Failing to do so was an error of law which was not harmless and could not be made subject to the curative proviso — s. 686(1)(b)(iii).

#### IV. Relevant Statutory Provisions

[156] The *Criminal Code* states:

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

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

. . .

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

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

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

#### V. Analysis

[157] In the unfolding narrative of a trial there is no curtain that drops at the moment the elements of the offence are complete. Evidence of subsequent conduct often throws useful light on what happened earlier, and the trier of fact is entitled to as much help as may be made available. In most

de même laissé le soin [TRADUCTION] « d'analyser et d'apprécier » cette preuve. Le juge du procès a donné au jury la possibilité d'utiliser la preuve du comportement postérieur à l'infraction pour inférer l'intention. Il aurait dû lui indiquer expressément qu'il ne pouvait tirer une telle inférence. Le défaut de le faire constitue une erreur de droit qui n'est pas inoffensive et à laquelle on ne peut appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii).

#### IV. Les dispositions législatives pertinentes

[156] Le *Code criminel* prévoit ce qui suit :

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

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

. . .

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

. . .

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

. . .

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

#### V. Analyse

[157] Dans un procès, il n'y a pas de tombée du rideau sur le dévoilement des faits dès que les éléments de l'infraction sont tous réunis. La preuve du comportement subséquent est souvent utile pour expliquer ce qui s'est passé plus tôt et le juge des faits a droit à toute l'aide qui peut lui être fournie.

cases, the evidence of post-offence conduct will be probative and unobjectionable. In *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109, for example, the case against the accused on a charge of second degree murder was largely circumstantial. The sole issue at trial was identity. The evidence of post-offence conduct included false statements made to the police by the accused after the murder, evidence that the accused tried to dispose of the victim's bloodstained car and his own bloodstained clothing and that he attempted to flee from the area where he concealed the evidence. The accused argued that he acted solely out of fear that he would be linked to the stolen property and denied any involvement with the murder. His post-offence conduct seemed entirely disproportionate to an alleged concern about stolen property. There was no limiting instruction. The trial judge had simply emphasized that the evidence of post-offence conduct "may or may not point to guilt" (para. 24). The Court held that it was for the jury to determine which of the competing interpretations, if either, to accept. This, then, is the general rule.

[158] In this case, unlike *Ménard*, the appellant ultimately admitted his physical involvement in the killing. The Crown itself concedes that the mere fact the appellant ran from the crime scene is consistent both with panic consequent on an accidental shooting and, in the alternative, a strategy to avoid responsibility for an intentional killing. The Crown's argument is that the absence of a look of shock and uncertainty — demeanour evidence — as well as the lack of momentary hesitation in taking flight permitted the jury to infer the required specific murderous intent. On the facts of this case I believe the Crown was attempting to fashion bricks without straw. As Hall J.A. aptly remarked in *R. v. Campbell* (1998), 122 C.C.C. (3d) 44 (B.C.C.A.), "There can be a host of reasons why people may do stupid things after being involved in a traumatic

Dans la plupart des cas, la preuve du comportement postérieur à l'infraction sera probante et parfaitement acceptable. Par exemple, dans *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109, la preuve contre l'accusé inculpé de meurtre au deuxième degré était en grande partie circonstancielle. La seule question en litige était celle de l'identité. La preuve du comportement postérieur à l'infraction incluait de fausses déclarations de l'accusé à la police après le meurtre, ainsi que des éléments indiquant que l'accusé avait essayé de se débarrasser de l'automobile tachée de sang de la victime et de ses propres vêtements tachés de sang et qu'il avait tenté de s'enfuir des lieux où il avait caché ces éléments de preuve. L'accusé a prétendu qu'il avait agi ainsi uniquement par crainte qu'on établisse un lien entre lui et des biens volés et il a nié être impliqué de quelque façon que ce soit dans le meurtre. Son comportement postérieur à l'infraction semblait totalement disproportionné par rapport à sa prétendue crainte concernant les biens volés. Aucune directive restrictive n'avait été donnée. Le juge du procès avait simplement insisté sur le fait que la preuve du comportement postérieur à l'infraction [TRADUCTION] « peut ou non indiquer la culpabilité » (par. 24). La Cour a conclu qu'il revenait au jury de déterminer laquelle des interprétations opposées il devait retenir, le cas échéant. Il s'agit donc de la règle générale.

[158] Contrairement à l'accusé dans l'affaire *Ménard*, l'appelant dans le présent pourvoi a admis sa participation physique au meurtre. Le ministère public lui-même reconnaît que le simple fait que l'appelant se soit enfui du lieu du crime est tout aussi compatible avec un état de panique à la suite d'un coup de feu accidentel qu'avec une stratégie pour éviter d'être tenu responsable d'un meurtre intentionnel. Selon le ministère public, le fait que l'accusé a fui sans se montrer bouleversé ou indécis — une preuve de son attitude — et sans hésiter permettait au jury de conclure à l'existence de l'intention spécifique requise pour commettre un meurtre. Au vu des faits de la présente affaire, je crois que le ministère public a tenté de bâtir une argumentation qui donne l'apparence de la solidité à ce qui n'est que du vent. Comme le juge

experience” (para. 23). See also *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (S.C.C.).

[159] The rules governing jury instructions where evidence relied on by the prosecution is not probative, or if probative is outweighed by unfair prejudice, are outlined in recent decisions in this Court in *Arcangioli*, *White* (1998) and *Ménard*. Like Finch C.J.B.C. I do not think this case is distinguishable in principle from *Arcangioli*. I would apply *Arcangioli* and allow the appeal.

#### A. *The Crown’s Argument*

[160] In this case, the conduct of the appellant in the immediate aftermath of the offence was not simply put forward “as an inextricable part of the narrative”: *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519, at para. 58. The Crown tried to use it to show murderous intent. Here, as in *Arcangioli*, it was a significant element in the Crown’s argument to the jury, and in the trial judge’s final instructions. The Crown’s attempt to use the demeanour evidence to the advantage of the prosecution was one of the last things the jury heard before beginning its deliberation. Here, as in *Arcangioli*, “the danger exists that a jury may fail to take account of alternative explanations for the accused’s behaviour, and may mistakenly leap from such evidence to a conclusion of guilt” (*White* (1998), at para. 22). The evidence in question was admitted at a point in the trial where the identity of the shooter was still in issue, but the problem arose when the Crown fastened on it in its final address when identity was no longer a live issue to urge the jury to use the lack of “shock” or “hesitation” to find murder rather than manslaughter. The problem was aggravated when the trial judge told the jury it was open to them to act on flight *simpliciter*, i.e. “Mr. White’s post-event conduct in fleeing the scene”, in considering

Hall l’a judicieusement fait remarquer dans *R. c. Campbell* (1998), 122 C.C.C. (3d) 44 (C.A.C.-B.), [TRADUCTION] « Il peut y avoir une multitude de raisons expliquant pourquoi une personne fait des bêtises après avoir vécu une expérience traumatisante » (para. 23). Voir aussi *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (C.S.C.).

[159] Les règles régissant les directives aux jurés dans les cas où la preuve du ministère public n’a aucune valeur probante, ou une valeur probante trop faible pour contrebalancer le préjudice inéquitable qui en découlerait, sont énoncées dans les arrêts récents de notre Cour *Arcangioli*, *White* (1998) et *Ménard*. Comme le juge en chef Finch, je ne crois pas que, sur le plan des principes, la présente espèce se distingue de l’affaire *Arcangioli*. J’appliquerais l’arrêt *Arcangioli* et j’accueillerais le pourvoi.

#### A. *L’argument du ministère public*

[160] En l’espèce, le comportement de l’appelant tout juste après l’infraction n’a pas été présenté simplement « en tant que partie inextricable de l’exposé des faits » : *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519, par. 58. Le ministère public a plutôt tenté de s’en servir pour établir l’intention de commettre un meurtre. Tout comme dans *Arcangioli*, il s’agissait d’un élément important de la plaidoirie adressée au jury par le ministère public et des directives finales du juge du procès. Les arguments présentés par le ministère public pour tenter d’utiliser la preuve de l’attitude de l’accusé au profit de la poursuite font partie des derniers propos que les jurés ont entendus avant d’entamer leurs délibérations. En l’espèce, comme dans *Arcangioli*, « le jury risque de ne pas prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l’accusé et de se servir à tort de cet élément de preuve pour conclure immédiatement à la culpabilité » (*White* (1998), par. 22). Cette preuve a été admise à une étape du procès où l’identité du tireur était toujours en litige. Cependant, les problèmes ont surgi lorsque le ministère public s’est appuyé sur cette preuve dans sa plaidoirie finale, alors que l’identité du tireur avait été établie, pour convaincre le jury de déclarer l’accusé coupable de meurtre

intent. The Crown was talking about the demeanour of the appellant following the gun blast but distinct from the flight itself. The trial judge appears to have gone beyond the Crown's more nuanced position and emphasized to the jury the act of flight itself.

[161] Had the issue of identity been put to the jury, undoubtedly evidence of flight would have been highly relevant. It might have been used by the jury, along with the other evidence to find the appellant to be the shooter. In the end, however, identity was admitted. The suggested use was not narrative but proof of guilt of second degree murder. On the basis of *Arcangioli*, it was inadmissible to prove the specific intent necessary to support a conviction for murder, in my opinion.

*B. Relevant Post-Offence Conduct Is Not Limited to Consciousness of Guilt*

[162] Ryan J.A. in the court below suggested that prior to *White (1998)* “it was only conduct said to have been done by the accused for the purpose of evading detection and prosecution or something akin to it that attracted the special caution. This is because once the accused is thought to have tried to evade detection or avoid prosecution, that act alone can support an inference of guilt” (para. 129 (emphasis in original)). To the extent the issue of post-offence conduct is coming more frequently before the courts in a variety of forms, this may be a function of a more aggressive resort to such evidence by creative prosecutors. As one defence commentator has remarked, somewhat ruefully, “[t]here was a time when evidence of flight was

plutôt que d’homicide involontaire coupable parce qu’il ne s’était pas montré « bouleversé » et n’avait pas « hésité ». Le juge du procès a aggravé la situation en indiquant au jury qu’il pouvait déterminer l’intention de l’accusé en se fondant sur la fuite, tout simplement, c’est-à-dire sur le [TRADUCTION] « comportement que M. White a adopté après l’événement en fuyant le lieu du crime ». Le ministère public faisait référence à l’attitude de l’appellant après le coup de feu, un élément distinct de la fuite proprement dite. Les propos du juge du procès semblent avoir dépassé la position plus nuancée du ministère public et attiré l’attention des jurés sur la fuite en tant que telle.

[161] Si la question de l’identité avait été soumise au jury, la preuve de la fuite aurait sans aucun doute été très pertinente. Elle aurait pu être utilisée par le jury, de concert avec d’autres éléments de preuve, pour conclure que l’appellant était le tireur. Mais, en fin de compte, l’identité de l’appellant a été admise. Le ministère public n’a pas présenté cette preuve en tant que partie de l’exposé des faits, mais plutôt comme preuve de la perpétration d’un meurtre au deuxième degré. J’estime que, suivant *Arcangioli*, cette preuve ne pouvait être admise afin d’établir l’intention spécifique nécessaire pour justifier un verdict de culpabilité pour meurtre.

*B. Le comportement postérieur à l’infraction pertinent ne se limite pas à la conscience de culpabilité*

[162] La juge Ryan, de la Cour d’appel, a indiqué que, jusqu’à l’arrêt *White (1998)*, [TRADUCTION] « seul le comportement que l’accusé aurait adopté pour éviter d’être découvert et poursuivi ou à une fin semblable appelait une mise en garde spéciale. Il en est ainsi parce que, si l’on croit que l’accusé a voulu éviter d’être découvert ou d’être poursuivi, cet acte à lui seul peut étayer une conclusion de culpabilité. » (par. 129 (souligné dans l’original)). Si la question du comportement postérieur à l’infraction surgit plus fréquemment devant les tribunaux sous diverses formes, c’est peut-être parce que des poursuivants créatifs en font un usage plus audacieux. Comme l’a fait remarquer un commentateur, un peu à regret, [TRADUCTION] « [i]l fut un temps où une

the only meaningful after-the-fact conduct for which defence counsel had to seek damage control at trial” but more recently, he points out, post-offence conduct evidence has spread to all manner of things: V. Rondinelli, “The Probative Force: Getting Inside the Guilty Mind and Keeping Out Equivocal Conduct” (2005), 26:3 *Criminal Lawyers’ Association Newsletter*, at p. 38. Whether or not a “special caution” is required will depend not on whether that evidence *alone* can support an inference of guilt but on the court’s appreciation of the risk of impermissible inferences in relation to the issues on which the prosecution in its jury address places reliance. As Weiler J.A. observed in *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.): “The primary question is, ‘How is the after-the-fact conduct relevant?’” (p. 629).

[163] Evidence may be probative of one live issue but not another. In *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, for example, the accused was charged with first degree murder in connection with the killing of his stepfather. He was also charged with attempted murder for the shooting of his stepfather’s companion. His defence raised two issues: (i) he was not criminally responsible (“NCR”) because at the time of the shooting he was suffering from a mental disorder and (ii) he lacked the requisite intent to kill the victim. Part of the evidence at trial demonstrated that the accused had hidden the murder weapon (a shotgun) which, when recovered by police, was free of any fingerprints. Lamer C.J., recognizing that two “live” issues were in play, held with respect to the intent to murder that a “no probative value” instruction was required to avoid the risk of an impermissible inference. On the other hand, he considered the same post-offence evidence to be relevant to an assessment of the accused’s NCR defence. The evidence, he said,

preuve de fuite était le seul comportement après le fait significatif dont l’avocat de la défense devait tenter de limiter les effets négatifs au procès », mais depuis peu, souligne-t-il, la preuve du comportement postérieur à l’infraction s’est étendue à toutes sortes de choses : V. Rondinelli, « The Probative Force : Getting Inside the Guilty Mind and Keeping Out Equivocal Conduct » (2005), 26:3 *Criminal Lawyers’ Association Newsletter*, p. 38. La nécessité de faire une « mise en garde spéciale » ne dépendra pas de savoir si cette preuve peut ou non étayer à *elle seule* une conclusion de culpabilité, mais plutôt de l’appréciation que le tribunal fera du risque que le jury tire des inférences inacceptables relativement aux questions sur lesquelles s’appuie la poursuite en s’adressant au jury. Pour reprendre les propos de la juge Weiler dans *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.) : [TRADUCTION] « La question principale est la suivante : “En quoi le comportement après le fait est-il pertinent?” » (p. 629).

[163] La preuve peut avoir une valeur probante à l’égard d’une question en litige, mais pas à l’égard d’une autre. Par exemple, dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, l’accusé était inculpé de meurtre au premier degré relativement à l’assassinat de son beau-père. Il était également inculpé de tentative de meurtre de la compagne de son beau-père, blessée par balle. Il a invoqué deux moyens dans sa défense : (i) sa responsabilité criminelle n’était pas engagée parce que, au moment de la fusillade, il était atteint de troubles mentaux, et (ii) il n’avait pas eu l’intention requise de tuer la victime. Une partie de la preuve au procès a démontré que l’accusé avait caché l’arme du crime (un fusil), qui ne portait aucune empreinte digitale lorsque la police l’a découverte. Reconnaissant que deux questions étaient « en litige », le juge en chef Lamer a statué, à l’égard de l’intention de commettre un meurtre, que le juge aurait dû, pour écarter le risque d’une conclusion inacceptable, donner au jury une directive selon laquelle cette preuve n’avait « aucune valeur probante ». Par contre, il a estimé que cette même preuve du comportement postérieur à l’infraction était pertinente quant à l’évaluation du moyen de défense de non-responsabilité criminelle invoqué par l’accusé. Il a affirmé ce qui suit :

had no probative value in relation to [the *actus reus* or identity issues]; it was, in effect, irrelevant to them.

However, unlike *Arcangioli*, *Marinaro*, or *Charlette*, [(1992), 83 Man. R. (2d) 187 (C.A.)], the alleged attempt to hide the murder weapon and destroy evidence was relevant circumstantial evidence for the jury to consider in evaluating the appellant's "not criminally responsible" s. 16 defence. [Emphasis in original; paras. 49-50.]

See also *R. v. MacKinnon* (1999), 43 O.R. (3d) 378 (C.A.), at pp. 383-84.

[164] In *R. v. Cudjoe*, 2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86, Watt J.A. observed that "[e]vidence of after-the-fact conduct is typical of many items of evidence adduced in a criminal trial: it is evidence of limited admissibility. The trier of fact may use this evidence for one or more purposes but not for another or others. It follows that its introduction imposes on the trial judge in a jury trial the obligation to explain both the permitted and prohibited use of the evidence" (para. 81). This does not mean that in *all* instances of post-offence conduct such a limiting instruction is obligatory. The need will depend on the facts. Nevertheless, the cautionary point taken by Watt J.A., who had extensive practical experience as a trial judge dealing with criminal juries, is well taken.

*C. Evidence of Post-Offence Conduct, Where Urged by the Crown in Its Closing Address as Indicative of Guilt, Must Properly Relate to a Live Issue*

[165] For the most part, relevance should be considered in terms of "live issues". As Major J. commented in *White* (1998), at para. 26: "*Arcangioli* stands for the proposition that a piece of evidence should not be put to the jury unless it is relevant to the determination of a live issue in the case."

[166] In *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, LeBel J. noted that "[p]ost-offence conduct

... cette preuve n'avait aucune valeur probante relativement à [l'*actus reus* ou aux questions d'identité]; en fait, elle n'était pas pertinente à leur égard.

Toutefois, contrairement aux affaires *Arcangioli*, *Marinaro* ou *Charlette* [(1992), 83 Man. R. (2d) 187 (C.A.)], la tentative alléguée de dissimuler l'arme du crime et de détruire des éléments de preuve était une preuve circonstancielle pertinente dont le jury devait tenir compte en évaluant le moyen de défense fondé sur la « non-responsabilité criminelle » que l'appelant avait invoqué en vertu de l'art. 16. [Souligné dans l'original; par. 49-50.]

Voir également *R. c. MacKinnon* (1999), 43 O.R. (3d) 378 (C.A.), p. 383-384.

[164] Dans *R. c. Cudjoe*, 2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86, le juge Watt a remarqué que [TRADUCTION] « [l]a preuve relative au comportement après le fait est typique de nombreux éléments de preuve présentés dans un procès criminel : l'admissibilité de cette preuve est limitée. Le juge des faits peut utiliser cette preuve à une ou plusieurs fins, mais non à d'autres. Par conséquent, la production de cette preuve dans un procès avec jury impose au juge l'obligation d'expliquer au jury ce qu'il peut en faire et ce qu'il ne peut pas en faire » (par. 81). Cela ne signifie pas que pareilles directives restrictives sont obligatoires dans *tous* les cas où le comportement postérieur à l'infraction est mis en preuve. Tout dépendra des faits. Néanmoins, la mise en garde du juge Watt, qui possédait une vaste expérience pratique de juge présidant des procès criminels avec jury, est judicieuse.

*C. La preuve du comportement postérieur utilisée par le ministère public dans sa plaidoirie finale comme un indicateur de culpabilité doit se rapporter à une question litigieuse*

[165] De façon générale, la pertinence devrait être appréciée au regard des « questions en litige ». Comme l'a indiqué le juge Major dans *White* (1998), au par. 26 : « L'arrêt *Arcangioli* établit qu'un élément de preuve ne doit être présenté au jury que s'il est pertinent aux fins de trancher un point litigieux dans l'affaire. »

[166] Dans *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, le juge LeBel a souligné que « [l]e

may also be used to discredit a defence that relates to the accused person's state of mind at the time of the offence and that is therefore relevant to his or her ability to form the requisite intent for the offence, such as intoxication or the 'not criminally responsible' defence under s. 16" of the *Criminal Code* (para. 40 (citations omitted)). In *Jaw*, the post-offence conduct consisted of objective physical actions — the accused, after the killing, had reloaded his gun and told his common-law spouse as he headed outdoors that he intended to kill himself. Demeanour was not in issue.

[167] However, one of the problems with evidence of post-offence conduct of the sort we are dealing with here is that often the "inference sought . . . may be too equivocal for the evidence to be of any value" (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 33). In *R. v. Figueroa*, 2008 ONCA 106, 58 C.R. (6th) 305, Doherty J.A. observed that "[w]hile it is for the jury to choose among reasonable inferences available from the evidence, the jury cannot be invited to draw speculative or unreasonable inferences" (para. 35). See also *Jaw*, at para. 39.

[168] The same thing, of course, could be said of circumstantial evidence provided by *pre*-offence conduct. If the evidence introduced in relation to a contentious issue has no probative value — or "value" that depends entirely on "speculative or unreasonable inferences" — it is irrelevant and should not be cluttering up the jury's deliberations. The question, as always, is what is the strength of the inferential link between the evidence in question and the fact sought to be established (*Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), at §2.58). In other situations the inferences urged by the prosecution from post-offence conduct are impermissible for legal reasons rather than illogicality. The right of a suspect

comportement de l'accusé postérieur à l'infraction peut également servir à discréditer les moyens de défense relatifs à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction, qui peuvent donc influencer sur sa capacité de former l'intention requise pour commettre l'infraction, par exemple le moyen de défense fondé sur l'intoxication [. . .] et celui fondé sur la "non-responsabilité criminelle" que l'accusé peut invoquer en vertu de l'art. 16 » du *Code criminel* (par. 40 (citations omises)). Dans *Jaw*, la preuve du comportement postérieur à l'infraction concernait des actes concrets objectifs — après le meurtre, l'accusé avait rechargé son fusil et dit à sa conjointe en sortant à l'extérieur qu'il avait l'intention de se suicider. L'attitude de l'accusé n'était pas en cause.

[167] Toutefois, l'une des difficultés que pose le type de preuve du comportement postérieur à l'infraction en cause en l'espèce tient à ce que, souvent, [TRADUCTION] « les inférences recherchées [. . .] peuvent être trop équivoques pour que la preuve ait une valeur quelconque » (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 33). Dans *R. c. Figueroa*, 2008 ONCA 106, [2008] 58 C.R. (6th) 305, le juge Doherty souligne que [TRADUCTION] « [b]ien qu'il lui appartienne de faire un choix parmi les inférences raisonnables pouvant découler de la preuve, le jury ne saurait être invité à tirer des inférences hypothétiques ou déraisonnables » (par. 35). Voir également *Jaw*, au par. 39.

[168] Bien entendu, on pourrait en dire autant de la preuve circonstancielle du comportement *antérieur* à l'infraction. Si la preuve relative à une question litigieuse n'a aucune valeur probante — ou a une « valeur » qui dépend entièrement d'« inférences hypothétiques ou déraisonnables », — elle n'est pas pertinente et ne devrait pas encombrer inutilement les délibérations du jury. La question consiste, comme toujours, à évaluer la force du lien inférentiel entre la preuve et le fait que l'on cherche à établir (*Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2009), §2.58). Dans d'autres cas, les inférences qui, selon le ministère public, devraient être tirées du comportement postérieur à l'infraction sont inacceptables pour des

to remain silent is a frequent instance. *Turcotte* is one example. Another is *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, where evidence was led that the accused refused to speak to police following his arrest on charges of conspiring to import cocaine. The Crown asked the accused, “[W]hy did you not tell the authorities as soon as you were arrested that it may look bad, but you have an explanation for why it looks so bad. Why didn’t you?” (p. 1312). Cory J., for the majority, held, citing Martin J.A. in an earlier case, “that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right” (p. 1316 (emphasis added)). See *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at p. 227. The majority declined to apply the curative proviso and a new trial was ordered.

[169] In short, if the evidence is not capable of (or cannot as a matter of law be used for the purpose of) justifying the inference sought by the prosecution, the evidence should be excluded or, if already in the record, effectively withdrawn from the jury with a “no probative value” instruction.

#### D. *This Case Is Covered by Arcangioli*

[170] The question is whether this case has become a rerun of *Arcangioli* because the *actus reus* of the homicide was ultimately conceded. The only “live issue” before the jury was the intent (or lack of it) of the appellant to commit murder. In *Arcangioli*, the accused was charged with aggravated assault in connection with a stabbing which occurred during a fight. The accused admitted to punching the victim several times but testified that he fled when he saw another person on the scene stab the victim in the back. The trial judge instructed the jury that the evidence of the accused’s flight was a factor to be considered in reaching their verdict but that this evidence was not conclusive. Innocent people sometimes flee the scene of a crime. The

raisons juridiques et non parce qu’elles sont illogiques. Cela se produit fréquemment dans le cas du droit d’un suspect de garder le silence. L’affaire *Turcotte* en est un exemple, tout comme l’affaire *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, où il a été démontré que l’accusé avait refusé de parler à la police après son arrestation pour complot en vue d’importer de la cocaïne. Le ministère public a posé la question suivante à l’accusé : « [P]ourquoi n’avez-vous pas dit aux autorités dès votre arrestation que les choses paraissaient mal, mais que vous pouviez fournir une explication? Pourquoi ne l’avez-vous pas fait? » (p. 1312). Le juge Cory, s’exprimant au nom de la majorité et citant le juge Martin dans un arrêt précédent, a conclu « qu’une personne accusée d’une infraction criminelle [a] le droit de garder le silence et un jury n’a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l’accusé parce qu’il a choisi d’exercer ce droit » (p. 1316 (je souligne)). Voir *R. c. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), p. 227. La majorité a refusé d’appliquer la disposition réparatrice et a ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[169] Bref, si la preuve ne peut justifier (ou ne peut, en droit, être utilisée pour justifier) la conclusion recherchée par la poursuite, elle devrait être exclue ou, si elle a déjà été versée au dossier, le jury devrait en être dessaisi de fait par une directive précisant qu’elle n’a « aucune valeur probante ».

#### D. *L’arrêt Arcangioli s’applique*

[170] La question est de savoir si le présent dossier est devenu identique à l’affaire *Arcangioli* parce que l’*actus reus* de l’homicide a finalement été reconnu. La seule « question en litige » que le jury devait trancher était celle de l’intention (ou de l’absence d’intention) de l’appelant de commettre un meurtre. Dans *Arcangioli*, l’accusé était inculpé de voies de fait graves relativement à une agression à coups de couteau survenue au cours d’une bagarre. L’accusé a avoué avoir asséné plusieurs coups de poing à la victime, mais a témoigné avoir pris la fuite lorsqu’il a vu une autre personne sur les lieux poignarder la victime dans le dos. Le juge du procès a dit au jury que la preuve de la fuite de l’accusé était un facteur qu’il devait prendre en

accused was convicted. Defence counsel had not objected to the charge on this issue but this Court nevertheless ordered a new trial. The presiding judge should have told the jury that the accused's flight was equally consistent with both common assault and aggravated assault. Accordingly, the evidence was not logically probative of the only "live issue" and the "jury should have been warned against drawing any inference from the fact of flight" (p. 145 (emphasis added)).

[171] Where, as here and in *Arcangioli* itself, the participation of the accused in the killing is not a live issue for the jury, but it is only the "extent or legal significance of that participation" to which the Crown seeks to relate the evidence of post-offence conduct, a no probative value instruction may be warranted. As Major J. put it:

Such an instruction is most likely to be warranted where, as in *Arcangioli* itself, the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act, or has denied committing some related offence arising from the same operative set of facts.

(*White* (1998), at para. 28)

Thus a "no probative value" instruction like the one required in *Arcangioli* will be called for only "in limited circumstances" (*White* (1998), at para. 27), i.e. where the post-offence conduct evidence urged by the Crown is not probative of a "live issue". In my view, the Crown's use of "no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part" invited the jury to draw "speculative or unreasonable inferences" (*Figueroa*, at para. 35). I therefore conclude that a limiting instruction was necessary, as in *Arcangioli*, on the basis of lack of probative value of the evidence in relation to a "live issue". Although *Arcangioli* did not deal with demeanour evidence, both this case and *Arcangioli* dealt with

considération en rendant son verdict, mais que cette preuve n'était pas concluante. Il arrive parfois que des personnes innocentes s'enfuient des lieux d'un crime. L'accusé a été reconnu coupable. L'avocat de la défense ne s'était pas opposé à l'exposé du juge sur cette question, mais notre Cour a néanmoins ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge du procès aurait dû dire au jury que la fuite de l'accusé était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves. Par conséquent, la preuve n'était pas logiquement probante à l'égard de la seule « question en litige » et le « jury aurait dû être averti de ne tirer aucune conclusion de la fuite » (p. 145 (je souligne)).

[171] Lorsque, comme en l'espèce et dans l'affaire *Arcangioli*, la participation de l'accusé à l'homicide n'est pas une question litigieuse sur laquelle le jury doit se prononcer, mais que le ministère public cherche à lier la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction uniquement à « l'ampleur de cette participation ou [à] son incidence sur le plan légal », une directive précisant que cette preuve n'a aucune valeur probante peut être justifiée. Voici ce que dit le juge Major :

Une telle directive sera très probablement justifiée lorsque, comme dans l'affaire *Arcangioli*, l'accusé avoue avoir accompli l'*actus reus*, mais nie un degré de culpabilité donné à l'égard de cet acte ou nie avoir perpétré une infraction connexe découlant du même ensemble de faits considérés.

(*White* (1998), par. 28)

Par conséquent, une directive selon laquelle un élément de preuve n'a « aucune valeur probante », comme celle exigée dans l'arrêt *Arcangioli*, ne s'impose que dans « certaines circonstances particulières » (*White* (1998), par. 27), c'est-à-dire lorsque la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction soumise par le ministère public n'a pas de valeur probante à l'égard d'une « question en litige ». À mon avis, en prouvant que l'accusé avait fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis », le ministère public a invité le jury [TRADUCTION] « à tirer des inférences hypothétiques ou déraisonnables » (*Figueroa*, par. 35). Je conclus donc qu'une directive restrictive

the evidence of post-offence conduct that was incapable of supporting the inference urged on the jury by the Crown.

[172] In any event, despite the Crown's reliance on demeanour prior to flight, the trial judge instructed the jury that they could make use of the evidence of flight itself as probative of intent, an inference directly prohibited by *Arcangioli*.

E. *Where the Post-Offence Conduct Is Relevant but the Prejudicial Effect Outweighs the Probative Value the Trial Judge Ought to Provide a Limiting Instruction*

[173] Where the prosecution oversteps the bounds of fairness by pushing evidence of post-offence conduct that is of arguable but peripheral probative value and unfairly prejudices an accused — in the sense that it is likely to distort the jury's fact-finding process by distracting it from the proper focus of its deliberations, or by simply blackening the character of the accused — the trial judge may exclude it or, if it is already admitted, give a no probative value instruction. In *White (1998)*, Major J. noted that where the "evidence cannot be said to be irrelevant to the issue in dispute, it might still be withdrawn from the jury by the trial judge on the basis that it is more prejudicial than probative" (para. 33). See also *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, and *R. v. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516 (C.A.).

[174] Fish J.A. (as he then was) emphasized the trial judge's discretion to direct the jury to disregard unfairly prejudicial evidence in his dissenting

s'imposait, comme dans *Arcangioli*, en raison de l'absence de lien pertinent avec une « question en litige ». Certes, dans *Arcangioli*, il ne s'agissait pas d'une preuve d'attitude, mais tant la présente affaire que l'affaire *Arcangioli* mettaient en jeu une preuve du comportement postérieur à l'infraction qui ne pouvait servir de fondement à l'inférence que le ministère public suggérait au jury.

[172] Quoi qu'il en soit, bien que le ministère public se soit appuyé sur l'attitude de l'accusé avant sa fuite, le juge du procès a indiqué aux jurés qu'ils pouvaient utiliser la preuve de la fuite même comme preuve probante de l'intention, alors que l'arrêt *Arcangioli* interdit expressément cette inférence.

E. *Lorsque la preuve du comportement postérieur à l'infraction est pertinente, mais que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, le juge du procès doit donner une directive restrictive*

[173] Lorsque la poursuite outrepassé les limites de l'équité en présentant une preuve du comportement postérieur à l'infraction qui a peut-être une valeur probante, mais uniquement accessoire, et qui porte inégalement préjudice à un accusé — en ce sens qu'elle risque de fausser le processus d'appréciation des faits par le jury en détournant son attention de l'objectif principal de ses délibérations, ou en ternissant simplement la réputation de l'accusé —, le juge du procès peut exclure cette preuve ou, si elle est déjà au dossier, donner une directive précisant qu'elle n'a aucune valeur probante. Dans *White (1998)*, le juge Major a indiqué que, même si « la preuve ne peut être jugée non pertinente relativement à la question en litige, elle pourra être soustraite à l'examen du jury par le juge du procès parce qu'elle est plus préjudiciable qu'elle n'est probante » (par. 33). Voir également *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, et *R. c. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516 (C.A.).

[174] Dans *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286 (C.A.), le juge Fish (maintenant juge à la Cour suprême du Canada), dissident, a rappelé que le juge du procès

judgment in *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d) 154 (Que. C.A.):

If the judge is satisfied that the probative value of the evidence is outweighed by its prejudicial effect — for example, because the risk of mistaken reliance is especially acute — the evidence should likewise be excluded or withdrawn from the jury’s consideration . . . [p. 211]

Doherty and Rosenberg JJ.A. made a similar point in *B. (S.C.)*:

Conduct which is no more than unusual, rash or thoughtless can take on an unwarranted significance when viewed in hindsight at trial. The danger that after-the-fact conduct will be overemphasized by a trier of fact exists whether evidence of that conduct is offered by the Crown or the defence. That risk is best avoided by a judicious use of the power to exclude prejudicial evidence even though it has some probative value. [Emphasis added; p. 527.]

[175] In *R. v. Bennett* (2003), 67 O.R. (3d) 257 (C.A.), for example, an accused was charged with the first degree murder of an 18-year-old woman. The case against him was entirely circumstantial. The prosecution led extensive post-offence conduct evidence including the accused’s anger at being described as someone capable of killing the victim, his failure to make certain phone calls upon learning of the victim’s death and his failure to ask police about the identity of the victim (p. 259). McMurtry C.J.O. found that the trial judge erred in allowing the jury to consider post-offence conduct of such tenuous nature as simply to invite speculation to the prejudice of the accused. For this and other reasons the court ordered a new trial. See also *R. v. Baltrusaitis* (2002), 58 O.R. (3d) 161 (C.A.), and *R. v. Powell* (2006), 215 C.C.C. (3d) 274 (Ont. S.C.J.), at para. 35.

[176] Although in my view the demeanour description of “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part” should have been the subject of a no probative value instruction, I would in

a le pouvoir discrétionnaire d’indiquer au jury de ne pas tenir compte de la preuve qui aurait un effet préjudiciable inéquitable :

[TRADUCTION] Si le juge est convaincu que l’effet préjudiciable de la preuve l’emporte sur sa valeur probante — par exemple parce que le jury risque fortement de s’y fier à tort — cette preuve devrait aussi être exclue ou soustraite à l’appréciation du jury . . . [p. 322]

Les juges Doherty et Rosenberg ont tenu des propos semblables dans *B. (S.C.)* :

[TRADUCTION] Le comportement qui n’est rien de plus qu’inhabituel ou irréfléchi peut revêtir une importance injustifiée lorsqu’il est examiné après coup au procès. Le juge des faits peut accorder une trop grande importance au comportement après le fait, peu importe que la preuve de ce comportement soit présentée par le ministère public ou par la défense. Le juge évitera ce risque en exerçant judicieusement son pouvoir d’exclure les éléments de preuve préjudiciables même s’ils ont une certaine valeur probante. [Je souligne; p. 527.]

[175] Par exemple, dans *R. c. Bennett* (2003), 67 O.R. (3d) 257 (C.A.), l’accusé a été inculpé du meurtre au premier degré d’une femme de 18 ans. La preuve qui pesait contre lui était entièrement circonstancielle. La poursuite a présenté de nombreux éléments de preuve relatifs au comportement de l’accusé après l’infraction, y compris sa colère lorsqu’il a été décrit comme une personne capable de tuer la victime, son omission de faire certains appels téléphoniques lorsqu’il a appris le décès de la victime et le fait qu’il n’a pas demandé à la police l’identité de la victime (p. 259). Le juge en chef McMurtry a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au jury de tenir compte d’une preuve du comportement postérieur à l’infraction tellement tenue qu’elle l’invitait à lancer des hypothèses préjudiciables à l’accusé. Voilà pourquoi, entre autres, la Cour d’appel a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Voir également *R. c. Baltrusaitis* (2002), 58 O.R. (3d) 161 (C.A.), et *R. c. Powell* (2006), 215 C.C.C. (3d) 274 (C.S.J. Ont.), par. 35.

[176] Bien que, selon moi, la description de l’attitude de l’accusé qui aurait fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » aurait dû faire l’objet d’une directive précisant qu’elle

the alternative have held that the trial judge ought to have done so based on prejudice exceeding probative value.

[177] It might be argued that the Court ought not to consider this aspect of the rules governing jury instructions on an appeal as of right because Finch C.J.B.C.'s dissent concluded that the evidence was not probative at all, not that it was more prejudicial than probative. I do not think the Court should thus tie its hands in this way on an appeal as of right. I would characterize the scope of Finch C.J.B.C.'s dissent more broadly, as it is recorded in the order of the court below: "The nature of the error by the learned trial judge in his instructions to the jury regarding the circumstances of the Appellant's flight". Finch C.J.B.C. held that a limiting instruction ought to have been given in relation to the evidence of the "circumstances of the Appellant's flight". It is open to the appellant to support the legal conclusion of the dissent on any ground permitted by the circumstances of the case.

#### F. *The Disagreement With Rothstein J.*

[178] There is no doubt that post-offence conduct is a type of circumstantial evidence and that when it comes to the need for a limiting instruction much will depend on the facts. Rothstein J. concludes that the "admissibility of evidence of post-offence conduct and the formulation of limiting instructions should be governed by the same principles of evidence that govern other circumstantial evidence" (para. 31). In support of this proposition, Rothstein J. invokes the following passage from Major J. in *White (1998)*: "Evidence of post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence" (para. 21). Crucially, however, this passage from *White (1998)* is qualified as follows:

n'avait aucune valeur probante, j'aurais conclu, subsidiairement, que le juge du procès devait donner une directive à l'égard de cette preuve parce que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante.

[177] On pourrait soutenir que la Cour n'a pas à examiner cet aspect des règles régissant les directives au jury dans le cadre d'un appel de plein droit, parce que, dans ses motifs de dissidence, le juge en chef Finch conclut que cette preuve n'a aucune valeur probante, et non que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Je ne crois pas que la Cour doive s'imposer pareille limite dans un appel de plein droit. Selon moi, la dissidence du juge en chef Finch porte sur une question plus large, si l'on se reporte au jugement formel de la juridiction inférieure : « La nature de l'erreur commise par le juge du procès dans ses instructions au jury au sujet des circonstances de la fuite de l'appelant ». Le juge en chef Finch a conclu qu'une directive restrictive aurait dû être donnée à l'égard de la preuve des « circonstances de la fuite de l'appelant ». L'appelant peut faire valoir la conclusion de droit sur laquelle porte la dissidence en invoquant tout motif justifié par le dossier.

#### F. *Désaccord avec le juge Rothstein*

[178] Il ne fait pas de doute que le comportement postérieur à l'infraction entre dans la catégorie des éléments de preuve circonstancielle et que la question de savoir si une directive restrictive s'impose dépendra largement des faits. Le juge Rothstein conclut, au sujet de la preuve du comportement postérieur à l'infraction que l'« admissibilité de cette preuve et la formulation de directives restrictives devraient obéir aux mêmes principes de preuve que les autres éléments de preuve circonstancielle » (par. 31). À l'appui de cette proposition, le juge Rothstein cite le passage suivant des motifs du juge Major dans *White (1998)* : « La preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle » (par. 21). Or, il faut absolument signaler que le juge Major nuance ainsi ses propos dans *White (1998)* :

It has been recognized, however, that when evidence of post-offence conduct is introduced to support an inference of consciousness of guilt it is highly ambiguous and susceptible to jury error. As this Court observed in *Arcangioli*, the danger exists that a jury may fail to take account of alternative explanations for the accused's behaviour, and may mistakenly leap from such evidence to a conclusion of guilt. [para. 22]

[179] Major J. then goes on at para. 23 to describe the legal rules that have been adopted in specific response to these concerns. These rules may indeed be derivatives of the basic principles of circumstantial evidence applied to a particular context, but it is the particular area of concern identified in *Arcangioli* — not the general principles governing circumstantial evidence — that is at issue on this appeal.

[180] Put differently, it is not enough simply to evaluate whether evidence as to the appellant's "no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part" might be portrayed as relevant to the issue of murderous intent merely "as a matter of logic and human experience" (reasons of Rothstein J., at para. 36, see also para. 42). Rather, as already discussed, relevance depends on the evidence having probative value in relation to a live issue. If the post-offence evidence of demeanour is not probative, it is not relevant. As to probity, it is necessary to evaluate demeanour evidence having regard to the practical lessons that have accumulated in the courts over many years with respect to the potentially misleading nature of certain types of post-offence conduct. As a subset of post-offence conduct, use of evidence of post-offence demeanour ("outward behaviour or bearing", *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 400 "demeanour") has led to serious practical difficulties in cases such as the wrongful conviction of Guy Paul Morin and the Crown's ultimately unsuccessful prosecution of the nurse Susan Nelles.

Il est toutefois reconnu que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction présentée à l'appui d'une conclusion de conscience de culpabilité crée une grande ambiguïté et est susceptible d'induire le jury en erreur. Comme l'a signalé notre Cour dans l'arrêt *Arcangioli*, le jury risque de ne pas prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé et de se servir à tort de cet élément de preuve pour conclure immédiatement à la culpabilité. [par. 22]

[179] Le juge Major poursuit, au par. 23, en décrivant les règles de droit qui ont été adoptées précisément pour répondre à ces préoccupations. Ces règles peuvent en fait découler des principes de base régissant la preuve circonstancielle appliqués dans un contexte particulier, mais ce sont les sujets de préoccupation relevés dans *Arcangioli* — et non les principes généraux régissant la preuve circonstancielle — qui sont en litige dans le présent pourvoi.

[180] Autrement dit, il ne suffit pas de simplement déterminer si la preuve selon laquelle l'appellant a fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » pourrait être pertinente quant à la question de l'intention de commettre un meurtre « selon la logique et l'expérience humaine » (motifs du juge Rothstein, par. 36, voir également le par. 42). Comme nous l'avons vu, la pertinence dépend plutôt de la question de savoir si la preuve a une valeur probante relativement à une question en litige. Si la preuve relative à l'attitude postérieure à l'infraction n'est pas probante, elle ne sera pas pertinente. Et la valeur probante de la preuve relative à l'attitude doit être évaluée au regard de l'expérience pratique acquise par les tribunaux au fil des ans en ce qui concerne le risque que certains types de comportement postérieur à l'infraction induisent le jury en erreur. L'utilisation de la preuve relative à l'attitude postérieure à l'infraction (le *Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (2010), définit l'« attitude » notamment comme suit, à la p. 173 : « Manière de se tenir (et, par ext., Comportement) qui correspond à une certaine disposition psychologique »), en tant qu'élément du comportement après le fait, a suscité de nombreuses difficultés sur le plan pratique, notamment dans le cas de la condamnation injustifiée de Guy Paul Morin et dans celui de la poursuite infructueuse de l'infirmière Susan Nelles.

[181] In this case, my colleague Rothstein J. acknowledges as irrelevant the fact of flight but he supports the Crown's argument about the appellant's demeanour ("no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part") as relevant and appropriate. This, in my view, invites the jury to draw a speculative and unreasonable inference of guilt of second degree murder. It seems to me every bit as plausible to conclude that a person in possession of an illegal handgun that has just shot a stranger — accidentally or otherwise — would run away as fast and far as he could without any hesitation at all.

[182] The bare fact of flight from the scene may be an objective fact. The same cannot be said of what a bystander interprets as a momentary lack of hesitation or absence of a demonstration of "shock" or "uncertainty". This type of evidence depends on the unspoken assumptions that hesitation is normal whereas an immediate reaction is abnormal, and that the conduct of the appellant fell below some assumed but unarticulated standard of procrastination (whatever the "standard" is). Moreover, this assumed departure from the assumed norm is said to give rise — potentially — to the further inference of murderous intent. The double inference is problematic, and relies on the type of subjective after-the-fact evaluation which experience has shown to be unreliable. As stated in the Kaufman Report, "[p]urported evidence of the accused's 'demeanour' as circumstantial evidence of guilt can be overused and misused. . . . The most innocent conduct and demeanour may appear suspicious to those predisposed by other events to view it that way" (pp. 1142-43).

[183] Attempting to ascertain an accused's state of mind from second-hand accounts of his or her demeanour after a traumatic event may well turn too much on subjective factors such as the accused's particular personality, his level of awareness of the circumstances and the cultural background of both the observer and the observed. One commentator

[181] Dans la présente espèce, mon collègue le juge Rothstein reconnaît que le fait que l'appellant a fui n'est pas pertinent, mais il retient l'argument du ministère public concernant l'attitude de l'appellant (sa manière de fuir [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ») vu sa pertinence et son à-propos. Selon moi, cette position invite le jury à tirer une inférence hypothétique et déraisonnable de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Il me semble tout aussi plausible de conclure qu'une personne en possession d'un pistolet illégal avec lequel un inconnu vient d'être abattu — accidentellement ou non — se sauverait aussi vite et aussi loin que possible, sans hésiter le moins.

[182] Pris isolément, le simple fait que l'accusé a fui les lieux du crime peut être un fait objectif. Il en va autrement d'éléments qu'un observateur interprète comme le défaut d'hésiter momentanément, ou de se montrer « bouleversé » ou « indécis ». Ce genre de preuve repose sur des suppositions non exprimées voulant qu'il soit normal d'hésiter, mais anormal de réagir instantanément et que le comportement de l'appellant déroge à une norme de procrastination présumée, mais non énoncée (quelle que soit cette « norme »). De plus, on dit que cette présumée dérogation à la norme présumée justifie — potentiellement — une autre inférence selon laquelle l'accusé avait l'intention de commettre un meurtre. Cette double inférence pose problème et s'appuie sur le type d'appréciation subjective après les faits dont l'expérience a démontré la non-fiabilité. Comme le mentionne le rapport Kaufman, « [i]l est possible de surutiliser et de mal utiliser une présumée preuve fondée sur le "comportement" de l'accusé en tant que preuve circonstancielle de culpabilité. [ . . . ] Le comportement le plus innocent peut paraître suspect aux personnes que d'autres faits prédisposent à l'interpréter ainsi » (p. 1315).

[183] Tenter d'établir l'état d'esprit d'un accusé à partir de renseignements de seconde main concernant son attitude après un événement traumatisant risque fort de dépendre dans une trop large mesure de facteurs subjectifs comme la personnalité de l'accusé, son degré de conscience et le milieu socio-culturel de la personne qui observe et de celle qui

cited with approval in the Kaufman Report, at pp. 1145-46, makes the point as follows:

... while departure from the stereotype might legitimately arouse the suspicions of investigators, an inference of guilt can not be safely drawn from it. ... The most that can be said is that the accused's emotional responses to the event appeared to be unusual. Guilt would, of course, be one explanation for the apparently unusual nature of the accused's responses; but another equally plausible one would be that the accused's *general* emotional responses or levels of expressiveness differed from the norm. Without recourse to a battery of psychological testing, or the admission of a host of evidence about how the accused had responded in other, comparable, situations (if indeed any could be found), it is difficult to see how the jury could ever eliminate this possible explanation.

(A. Palmer, "Guilt and the Consciousness of Guilt: The Use of Lies, Flight and other 'Guilty Behaviour' in the Investigation and Prosecution of Crime" (1997), 21 *Melbourne U. L. Rev.* 95, at p. 142 (underlining added))

[184] In support of his position to leave it all to the jury's good sense, Rothstein J., at para. 56, cites *Corbett*, but of course in *Corbett* it was held by Dickson C.J. that the use the Crown could make of an accused's criminal record *should* be limited by a "clear instruction":

In my view, the best way to balance and alleviate these risks is to give the jury all the information, but at the same time give a clear direction as to the limited use they are to make of such information. Rules which put blinders over the eyes of the trier of fact should be avoided except as a last resort. It is preferable to trust the good sense of the jury and to give the jury all relevant information, so long as it is accompanied by a clear instruction in law from the trial judge regarding the extent of its probative value. [Emphasis added; p. 691.]

There was no such "clear direction" in this case.

est observée. Un commentateur, cité dans le rapport Kaufman, aux p. 1318-1319, dit ce qui suit à ce sujet :

[TRADUCTION] ... bien qu'un comportement ne correspondant pas aux stéréotypes puisse légitimement soulever les doutes des enquêteurs, une conclusion de culpabilité ne peut raisonnablement pas en être déduite. [...] Le maximum que l'on puisse dire est que les réactions émotionnelles de l'accusé à l'événement semblaient inhabituelles. La culpabilité serait, bien entendu, l'une des explications possibles des comportements apparemment inhabituels de l'accusé; mais on pourrait aussi logiquement expliquer ce comportement en disant que les réponses émotionnelles *générales* de l'accusé ou ses niveaux d'expression diffèrent de la norme. Sans recourir à un éventail d'examen psychologiques ou à l'admission de preuves sur la façon dont l'accusé avait réagi dans d'autres situations comparables (si vraiment on peut en trouver), il est difficile de voir comment le jury pourrait éliminer cette explication possible.

(A. Palmer, « Guilt and the Consciousness of Guilt : The Use of Lies, Flight and other "Guilty Behaviour" in the Investigation and Prosecution of Crime » (1997), 21 *Melbourne U. L. Rev.* 95, p. 142 (je souligne))

[184] Pour justifier de s'en remettre au bon sens des jurés, le juge Rothstein cite, au par. 56 de ses motifs, un extrait de l'arrêt *Corbett*. Toutefois, le juge Dickson indique clairement dans cet arrêt que l'utilisation par le ministère public du casier judiciaire d'un accusé *devrait* faire l'objet de « directives claires » :

À mon avis, la meilleure façon de réaliser l'équilibre et d'atténuer ces risques est de fournir au jury des renseignements complets, mais de lui donner, en même temps, des directives claires quant à l'usage limité qu'il doit faire de ces renseignements. Les règles qui imposent des restrictions aux renseignements pouvant être portés à la connaissance du juge des faits devraient être évitées sauf en dernier recours. Il vaut mieux s'en remettre au bon sens des jurés et leur donner tous les renseignements pertinents, à condition que ceux-ci soient accompagnés de directives claires dans lesquelles le juge du procès précise les limites de leur valeur probante en droit. [Je souligne; p. 691.]

Dans le présent dossier, le jury n'a pas reçu de telles « directives claires ».

[185] In summary, my view is that the courts should continue to draw on their experience with evidence of post-offence conduct — especially where it involves post-offence “demeanour evidence” — and instruct juries with this experience in mind, just as is done by judges with the evidence of jailhouse informants, criminal records, eyewitness identification and evidence of uncharged misconduct (i.e. similar fact evidence). Of course, every argument about the need (or not) of a limiting instruction turns on the facts of the case. I therefore turn to the application of these principles to the facts here.

#### VI. Application to the Facts

[186] The evidence of the appellant’s conduct after the shooting was certainly not used simply as part of the narrative: *Turcotte*, at para. 58. It was directed to a clear issue. Did the purported observation of “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part” tend to make more likely or less likely the existence of the specific intent necessary to support a verdict of second degree murder? The trial judge correctly charged the jury about the intent required:

... the Crown must establish that Mr. White intended either A, to kill Mr. Matasi. Or B, to cause Mr. Matasi bodily harm that he knew was likely to kill Mr. Matasi and was reckless whether Mr. Matasi died or not. Reckless in this context means that Mr. White could see or foresee the risk that Mr. Matasi could die from the injury but went ahead anyway and took that chance.

The appellant, having conceded his unlawful killing of Mr. Matasi, was guilty at least of manslaughter. The step up from manslaughter to second degree murder is a serious matter. The appellant was entitled to have the jury charged fairly with

[185] Bref, je suis d’avis que les tribunaux devraient continuer de s’appuyer sur leur expérience concernant l’utilisation de la preuve du comportement postérieur à l’infraction — plus particulièrement lorsqu’il s’agit de la « preuve de l’attitude » de l’accusé après l’infraction — et donner des directives au jury, en tenant compte de cette expérience, comme le font les juges en ce qui concerne les témoignages des informateurs dans un établissement de détention, la preuve relative au casier judiciaire de l’accusé, la preuve d’identification par témoin oculaire et la preuve relative à une conduite répréhensible n’ayant pas fait l’objet d’une accusation (c.-à-d. la preuve de faits similaires). Bien sûr, tout argument relatif à la nécessité de donner (ou non) des directives restrictives est fonction des faits de l’espèce. Je passe donc à l’application de ces principes aux faits de la présente affaire.

#### VI. Application aux faits

[186] La preuve du comportement de l’appellant après le coup de feu n’a certainement pas été utilisée simplement en tant que partie de l’exposé des faits : *Turcotte*, par. 58. Elle portait sur une question claire. La preuve selon laquelle l’accusé aurait fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » tendait-elle à rendre plus probable ou moins probable l’existence de l’intention spécifique requise pour justifier un verdict de meurtre au deuxième degré? Le juge du procès a donné des directives correctes au jury concernant l’intention requise :

[TRADUCTION] ... le ministère public doit établir que M. White avait l’intention a) de tuer M. Matasi, ou b) de lui causer des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort, et qu’il lui était indifférent qu’il meure ou non. L’indifférence dans ce contexte signifie que M. White pouvait voir ou prévoir le risque que M. Matasi meure de ses blessures, mais a tout de même agi et pris ce risque.

Ayant admis avoir causé illégalement la mort de M. Matasi, l’appellant était à tout le moins coupable d’homicide involontaire coupable. Passer d’une condamnation pour homicide involontaire coupable à une condamnation pour meurtre au deuxième

respect to the evidence available to the Crown to prove murderous intent beyond a reasonable doubt.

[187] In these circumstances the applicable approach was set out by this Court in *Arcangioli* and in *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462, where the Court explicitly adopted the dissenting judgment of Dubin C.J.O. in the court below ((1994), 95 C.C.C. (3d) 74), who wrote:

Once the appellant had admitted at trial that he had caused the death of the deceased, however, such evidence [of post-offence conduct] had very limited application. It had no application in determining whether the offence committed by the appellant was either murder or manslaughter. [Emphasis added; p. 81.]

[188] Nevertheless, Crown counsel sought to distinguish *Arcangioli* and *Marinaro* by urging the jury to rely on some subjective observations about “no hesitation here, no shock, no uncertainty”. He put his point to the jury in this way:

Note as well that the accused ran immediately after the shooting. There is no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight. One would expect hesitancy if the shot was anything other than the intended action of Dennis White. [Emphasis added.]

The Crown’s confident pronouncement that “[o]ne would expect hesitancy” presupposes some sort of “normal” reaction time for the appellant in the circumstances of an accident. However, the appellant’s alleged failure to register shock or uncertainty is entirely subjective and open to interpretation (unlike the physical actions and statements at issue in *Jaw*). The trial judge paraphrased but did not correct the Crown’s exhortation:

The Crown lastly noted that the accused ran away with no apparent hesitation or confusion, which suggests that what happened is what he intended to happen. This, the

degré est lourd de conséquences. L’appelant avait droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées concernant la preuve que le ministère public pouvait utiliser pour établir, hors de tout doute raisonnable, l’intention de commettre un meurtre.

[187] Dans une situation semblable, l’approche applicable est celle qui a été établie par notre Cour dans *Arcangioli* et dans *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462, où elle a expressément adopté l’opinion dissidente de la juridiction inférieure, exprimée par le juge en chef Dubin, de l’Ontario ((1994), 95 C.C.C. (3d) 74), qui a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Toutefois, à partir du moment où l’appelant avoue pendant le procès qu’il a causé la mort de la victime, cette preuve [du comportement postérieur à l’infraction] a très peu de pertinence. Elle ne permet pas de déterminer si l’appelant est coupable de meurtre ou d’homicide involontaire coupable. [Je souligne; p. 81.]

[188] Néanmoins, le ministère public a tenté de distinguer la présente affaire des affaires *Arcangioli* et *Marinaro* en pressant le jury de s’appuyer sur des observations subjectives concernant le fait que l’accusé avait fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». Il a présenté sa thèse au jury comme suit :

[TRADUCTION] Notez également que l’accusé s’est enfui tout de suite après le coup de feu. Il a fui sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ. On se serait attendu à ce que Dennis White hésite si le coup de feu n’avait pas été intentionnel. [Je souligne.]

L’affirmation catégorique du ministère public selon laquelle [TRADUCTION] « [o]n se serait attendu à ce [qu’il] hésite » présuppose qu’il existe un temps de réaction « normal » quelconque pour l’appelant dans le contexte d’un accident. Toutefois, l’absence prétendue d’émotion ou d’indécision de la part de l’appelant est entièrement subjective et sujette à interprétation (contrairement aux paroles et aux actes concrets dont il était question dans *Jaw*). Le juge du procès a paraphrasé le raisonnement prôné par le ministère public, sans le corriger :

[TRADUCTION] Le ministère public a finalement indiqué que l’accusé s’était enfui sans hésitation ou confusion apparentes, ce qui donne à croire qu’il voulait

Crown suggested, indicates intention by one of the two ways possible for murder.

In fact, far from limiting the Crown's submission, the trial judge seemingly endorsed the possibility of the jury drawing a legitimate inference of murderous intent from the simple fact of flight itself:

To determine Mr. White's state of mind, that is what he actually meant to do, you must consider all the evidence. You should consider what you conclude Mr. White did throughout the course of the events leading up to and following the shooting of Mr. Matasi. . . .

You may consider Mr. White's post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it. [Emphasis added.]

At this point, the trial judge does not allude to the distinction made by the Crown between the simple fact of flight and the demeanour of the appellant immediately *prior* to flight ("no hesitation here, no shock, no uncertainty"). The trial judge refers to the fact of "flight" generally. He continues:

[Fleeing the scene] may not tell you much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired. That is for you to assess and consider. [Emphasis added.]

[189] The instruction was incorrect, in my opinion. It was *not* open to the jury to leap from "fleeing the scene" to murderous intent. As to the demeanour argument relied on by the Crown, in my view it invited a speculative and unreasonable finding of murderous intent. It was not probative of intent and was therefore irrelevant.

réellement que les événements qui se sont produits se produisent. Selon le ministère public, cela indique de l'une des deux manières possibles qu'il avait l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre.

En fait, loin de restreindre la portée de l'observation du ministère public, le juge du procès a vraisemblablement renforcé la possibilité que le jury conclue légitimement à l'intention de commettre un meurtre à partir du simple fait de la fuite :

[TRADUCTION] Pour déterminer l'état d'esprit de M. White, c'est-à-dire ce qu'il avait réellement l'intention de faire, vous devez examiner tous les éléments de preuve. Vous devez tenir compte de ce que M. White a fait, selon vous, tout au long des événements menant au coup de feu reçu par M. Matasi et après le coup de feu. . .

Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence. [Je souligne.]

À ce moment-là, le juge du procès ne fait aucune allusion à la distinction que fait le ministère public entre le simple fait que l'appelant a pris la fuite et son attitude juste *avant* qu'il fuie ([TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis »). Le juge du procès parle de la « fuite » en général. Il ajoute :

[TRADUCTION] Il se peut [que la preuve du comportement qu'il a adopté en fuyant] ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l'appelant aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux. Il se peut également qu'elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré. C'est à vous d'analyser et d'apprécier cette preuve. [Je souligne.]

[189] À mon avis, cette directive était incorrecte. Le jury *ne* pouvait *pas*, à partir de la preuve du comportement que l'appelant a adopté « en fuyant le lieu du crime », conclure immédiatement qu'il avait l'intention de commettre un meurtre. En ce qui a trait à l'argument relatif à l'attitude de l'accusé, avancé par le ministère public, j'estime qu'il ouvrait la porte à une conclusion hypothétique et déraisonnable quant à l'existence de l'intention de commettre un meurtre. La preuve de l'attitude de l'accusé n'avait pas de valeur probante relativement à l'intention et elle n'était donc pas pertinente.

[190] On this point, Rothstein J. (at para. 77) argues that lack of hesitation is actually not demeanour evidence at all, but an objective fact from which a subjective interpretation, i.e. lack of shock or surprise, is an available inference. With respect, the issue is not whether there is an objective component but whether the evidence taken in context is probative of the prosecution's case. In *Bennett*, for example, the Ontario Court of Appeal characterized a series of "objective facts" as "demeanour evidence that is highly suspect and easily misinterpreted" as follows:

... the trial judge should not have left three of these items of evidence with the jury as evidence from which they could infer consciousness of guilt: the appellant's anger at being described as someone capable of killing the victim, his failure to make certain phone calls and his failure to ask police if Jennifer was the victim. These forms of conduct are examples of demeanour evidence that is highly suspect and easily misinterpreted. [Emphasis added; para. 118.]

While this decision treats the idea of demeanour evidence rather broadly, it usefully reinforces the underlying principle that is of concern here, namely that the jury should not be invited to draw unequivocal inferences from equivocal conduct based on attributed motives and subjective interpretations (or misinterpretations) of (in this case) physical reactions. Such evidence does not provide a safe hook on which to hang a conviction for second degree murder.

[191] Moreover, as Finch C.J.B.C. observed in his dissent, "[b]ecause the accused's lack of hesitation and instantaneous flight are equally explainable by the consciousness of more than one offence, the conduct has no probative value in relation to intent" (para. 77). I agree with this conclusion. Different people react differently to traumatic events. It is entirely speculative to suggest that everyone who intends to commit murder will immediately flee, while everyone who accidentally kills another through unlawful acts without murderous intent will hesitate before fleeing despite being in flagrant

[190] Sur cette question, le juge Rothstein affirme, au par. 77, que l'absence d'hésitation ne constitue en fait aucunement une preuve d'attitude, mais un fait objectif qu'il est possible d'interpréter subjectivement pour inférer que l'accusé n'était ni bouleversé, ni surpris. Soit dit en toute déférence, la question n'est pas de savoir s'il existe un élément objectif, mais si la preuve, prise dans son contexte, démontre la thèse de la poursuite. Dans *Bennett*, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a qualifié une série de faits « objectifs » de « preuve d'attitude très suspecte qui peut facilement être mal interprétée » :

[TRADUCTION] ... le juge du procès n'aurait pas dû laisser à l'appréciation des jurés trois de ces éléments de preuve à partir desquels ils pouvaient tirer une inférence de conscience coupable : la colère de l'appelant lorsqu'il a été décrit comme une personne capable de tuer la victime, son omission de faire certains appels téléphoniques et le fait qu'il n'a pas demandé aux policiers si Jennifer était la victime. Ces formes de comportement sont des exemples de preuve d'attitude très suspecte qui peut facilement être mal interprétée. [Je souligne; par. 118.]

Bien que cette décision traite la notion de preuve relative à l'attitude de façon assez générale, elle renforce à juste titre le principe sous-jacent voulant que le jury ne doive pas être invité à tirer des inférences non équivoques d'un comportement équivoque sur le fondement de suppositions sur les raisons (en l'occurrence) de réactions physiques interprétées (ou mal interprétées) subjectivement. Ce type de preuve ne fournit pas d'assise solide à un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

[191] De plus, comme le juge en chef Finch l'a souligné dans sa dissidence : [TRADUCTION] « Puisque l'absence d'hésitation et la fuite instantanée de l'accusé peuvent s'expliquer par la conscience de culpabilité tant à l'égard d'une infraction qu'à l'égard d'une ou plusieurs autres, ce comportement n'a aucune valeur probante quant à l'intention » (par. 77). Je souscris à cette conclusion. Des personnes différentes réagissent différemment à un événement traumatisant. Dire que celui qui avait l'intention de commettre un meurtre prendra immédiatement la fuite et que celui qui a tué

possession of the unlawful handgun that did the killing. The Crown asked the jury to draw “speculative or unreasonable inferences” on the issue of the specific intent (*Figueroa*, at para. 35) and, in my view, the jury ought to have been instructed that the evidence of flight and the pre-flight demeanour was of no probative value on the issue of murderous intent.

*A. Failure of Defence Counsel to Object to the Judge’s Jury Instruction*

[192] The Crown urges in this case, as it did in *Arcangioli* and *Jacquard*, the significance of the failure of defence counsel to object to this aspect of the charge at trial. In some circumstances this is a cogent consideration. In *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, Dickson J. (as he then was) expressed the view at pp. 343-44 that “[a]lthough by no means determinative, it is not irrelevant that counsel for the accused did not comment, at the conclusion of the charge, upon the failure of the trial judge to direct the attention of the jury to the evidence”.

[193] There are certainly cases in which the impact of events unfolding at trial is not clear from a transcript, and the failure of experienced defence counsel to object may suggest that the errors now alleged were seen, in context, as harmless. In other situations the failure to object may of course be tactical, as where in the defence counsel’s view a correction may be more damaging than letting the error pass in silence. Nevertheless, “the jury charge is the responsibility of the trial judge and not defence counsel” (*Jacquard*, at para. 37). The gravity of the error is a valid consideration for appellate interference.

[194] The appellant was not entitled to a perfect trial but he was entitled to a fair trial, and the

accidentellement quelqu’un, sans intention meurtrière, hésitera avant de s’enfuir, même s’il est en possession flagrante de l’arme illégale qui a causé la mort de la victime, relève de la pure conjecture. Le ministère public a demandé au jury de tirer [TRADUCTION] « des inférences hypothétiques ou déraisonnables » sur la question de l’intention spécifique (*Figueroa*, par. 35) et, à mon avis, le jury aurait dû recevoir des directives précisant que la preuve de la fuite et de l’attitude de l’accusé avant sa fuite n’a aucune valeur probante quant à l’existence de l’intention de commettre un meurtre.

*A. Défaut de l’avocat de la défense de s’opposer aux directives que le juge a données au jury*

[192] En l’espèce le ministère public insiste, comme il l’avait fait dans *Arcangioli* et *Jacquard*, sur le fait que l’avocat de la défense ne s’est pas opposé à cet aspect de l’exposé lors du procès. Dans certains cas, il s’agit d’un facteur convaincant. Dans *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé, aux p. 343 et 344, que « [b]ien que ce ne soit pas concluant, il n’est pas sans importance de remarquer que l’avocat de l’accusé n’a fait aucun commentaire, à la fin de l’exposé, sur l’omission du juge du procès d’attirer l’attention du jury sur les témoignages ».

[193] Il existe certainement des cas où l’incidence d’événements survenus lors du procès ne ressort pas clairement de la transcription, et le fait qu’un avocat de la défense chevronné n’ait pas soulevé d’objection peut indiquer que les erreurs maintenant invoquées ont été perçues, en contexte, comme inoffensives. Bien entendu, dans d’autres situations, la décision de ne pas s’opposer peut être prise à des fins stratégiques, notamment lorsque l’avocat de la défense estime qu’il serait plus dommageable de corriger l’erreur que de la passer sous silence. Quoi qu’il en soit, « l’exposé au jury est la responsabilité du juge du procès et non de l’avocat de la défense » (*Jacquard*, par. 37). La gravité de l’erreur est un facteur valable pour justifier l’intervention d’une cour d’appel.

[194] L’appellant n’avait pas droit à un procès parfait, mais il avait droit à un procès équitable, et le

failure of his trial counsel to object should not deny him relief. The error went to the heart of the only “live issue” remaining in the case.

*B. The Curative Proviso Is Not Applicable*

[195] While the B.C. Court of Appeal (unlike my colleague Rothstein J.) was unanimous in its view that the trial judge had erred in his instruction to the jury, the majority applied the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) on the basis that the error of law did not occasion any substantial wrong or miscarriage of justice.

[196] The case law under the curative proviso was recently reviewed by the Court in *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, and *R. v. Illes*, 2008 SCC 57, [2008] 3 S.C.R. 134. The general rule is that the proviso can only be invoked with respect to “errors of a minor nature having no impact on the verdict” or “serious errors which would justify a new trial, but for the fact that the evidence adduced was seen as so overwhelming that the reviewing court concludes that there was no substantial wrong or miscarriage of justice”. By “overwhelming” it is meant that “a trier of fact would inevitably convict” (*Illes*, at para. 21): see *R. v. Charlebois*, 2000 SCC 53, [2000] 2 S.C.R. 674, at para. 11; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26; and *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 81.

[197] It cannot, in my respectful view, be said that the prosecution’s case for second degree murder was overwhelming. The evidence of eye-witnesses was conflicting, both in detail and even in their general recollections of the fight that preceded the shooting. The forensic evidence of the angle at which the fatal bullet entered the victim was helpful to the Crown but was scarcely decisive. In summary, the jury had little to work with in finding a way to choose between the hand to hand combat scenario (suggesting manslaughter) and the downwards shooting of an individual already on the ground with his legs “splayed out in front”

défaut de son avocat de soulever une objection lors du procès ne devrait pas le priver d’une réparation. L’erreur concernait directement la seule « question en litige » en l’espèce.

*B. La disposition réparatrice ne s’applique pas*

[195] Bien que, contrairement au juge Rothstein, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ait conclu, à l’unanimité, que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé au jury, elle a décidé, à la majorité, d’appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) au motif que l’erreur de droit n’avait pas engendré de tort important ni d’erreur judiciaire grave.

[196] La jurisprudence sur l’application de la disposition réparatrice a été examinée récemment par notre Cour dans *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, et *R. c. Illes*, 2008 CSC 57, [2008] 3 R.C.S. 134. En règle générale, cette disposition peut uniquement être invoquée à l’égard des « erreurs négligeables qui n’ont aucune incidence sur le verdict » ou des « graves erreurs qui justifieraient la tenue d’un nouveau procès, si ce n’était que la cour d’appel juge la preuve présentée accablante au point de conclure qu’aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s’est produit ». La preuve est « accablante » lorsque « le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité » (*Illes*, par. 21) : voir *R. c. Charlebois*, 2000 CSC 53, [2000] 2 R.C.S. 674, par. 11; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 81.

[197] À mon avis, la preuve de meurtre au deuxième degré présentée par la poursuite ne saurait être considérée comme accablante. Les témoignages des témoins oculaires étaient contradictoires, tant sur le plan des détails que sur le plan de leurs souvenirs généraux de la bagarre qui a précédé le coup de feu. La preuve criminalistique concernant l’angle dans lequel la balle mortelle a pénétré dans la victime étayait dans une certaine mesure la thèse du ministère public, mais elle n’était guère déterminante. Bref, le jury disposait de peu d’éléments lui permettant de choisir entre un combat corps à corps (laissant croire à un homicide involontaire) et

(which might suggest second degree murder). In these elusive circumstances, post-offence conduct of reaction time and demeanour took on considerable importance, which is why, no doubt, the Crown laid emphasis on it in its closing argument. Finch C.J.B.C. succinctly summarized his reasons for declining to apply the curative proviso as follows:

I am unable to say that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the jury been told that the evidence of the appellant's post-offence conduct could not be used to resolve the issue of intent. That issue was, I repeat, in effect, the only live issue the jury had to consider. It cannot safely be concluded that the uncorrected invitation by the Crown to infer intent on the basis of the appellant's immediate flight, combined with the judge's review of the Crown's position, his failure to give a "no probative value" instruction, and his instruction linking the evidence of post-offence conduct to the mental element, could not have affected the outcome of the appellant's trial. [para. 100]

I agree the error was not harmless. The curative proviso should have no application.

## VII. Disposition

[198] I would allow the appeal and order a new trial.

*Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and BINNIE and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

un coup de feu tiré sur un homme qui était déjà au sol, les jambes « écartées devant lui » (pouvant laisser croire à un meurtre au deuxième degré). Dans ces circonstances incertaines, le comportement de l'accusé après l'infraction en ce qui concerne son temps de réaction et son attitude a pris énormément d'importance, ce qui explique sans doute pourquoi le ministère public a insisté sur cette preuve dans sa plaidoirie finale. Le juge en chef Finch a expliqué brièvement son refus d'appliquer la disposition réparatrice :

[TRADUCTION] Je ne peux conclure qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le jury avait été informé que la preuve du comportement de l'appelant après l'infraction ne pouvait être utilisée pour trancher la question de l'intention. Je le répète, cette question était la seule question en litige que le jury devait examiner. On ne saurait conclure sans risque d'erreur que le fait que le juge n'a pas corrigé l'exhortation du ministère public à conclure à l'intention sur le fondement de la fuite immédiate de l'appelant, conjugué à la façon dont il a passé en revue la thèse du ministère public, au fait qu'il n'a pas donné de directive précisant que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'avait « aucune valeur probante » et au fait qu'il a donné une directive liant cette preuve à l'élément mental, n'aurait pas pu influencer sur l'issue du procès de l'appelant. [par. 100]

Je suis d'accord pour dire que l'erreur n'était pas inoffensive. La disposition réparatrice ne devrait pas trouver application.

## VII. Dispositif

[198] J'aurais accueilli le pourvoi et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges BINNIE et FISH sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Peck and Company, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*