

Her Majesty The Queen *Appellant***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

v.

c.

Arthur Larry Smith *Respondent*^a **Arthur Larry Smith** *Intimé*

INDEXED AS: R. v. SMITH

RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH

File No.: 22281.

N° du greffe: 22281.

1992: June 15; 1992: August 27.

^b 1992: 15 juin; 1992: 27 août.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Deceased telephoning her mother on night she was murdered — Whether statements made by deceased admissible as exception to hearsay rule — Whether conviction should be upheld — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Oui-dire — Admissibilité — Appels téléphoniques de la victime à sa mère la nuit de son assassinat — Les déclarations de la victime sont-elles admissibles à titre d'exception à la règle du oui-dire? — Y a-t-il lieu de confirmer la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

The accused was charged with murder. He and the deceased were both American citizens, ordinarily resident in the U.S. The evidence at trial showed that the accused had picked the deceased up at her mother's house and that they had driven to Canada, where they spent the weekend together in a hotel. The deceased's body was subsequently discovered near a service station. The Crown's theory was that the accused was a drug smuggler who had travelled to Canada with the deceased in order to obtain cocaine, and that he had asked her to take the cocaine back to the U.S. concealed in her body, but that she had refused. According to the Crown, he then abandoned her at the hotel, but later returned to pick her up, and drove her to a place where he strangled her. In support of this theory, the Crown relied upon evidence of four telephone calls made by the deceased to her mother. The deceased's mother testified that in the first call, her daughter said that the accused had abandoned her at the hotel and that she wanted a ride home. In the second call, the deceased told her mother that the accused had still not returned. The deceased's mother testified that in the third call her daughter told her that the accused had come back for her, and that she would not need a ride home after all. The fourth telephone call was traced to a pay telephone at the service station near which the deceased's body was found. Her mother testified that in this call her daughter told her that she was "on her way". The Crown

^e L'accusé a été inculpé de meurtre. La victime et lui étaient tous deux citoyens américains et vivaient habituellement aux États-Unis. Au procès, il a été prouvé que l'accusé était allé chercher la victime chez la mère de celle-ci et qu'ils s'étaient rendus en voiture au Canada où ils ont passé la fin de semaine ensemble dans un hôtel. Le corps de la victime a par la suite été découvert près d'une station-service. Selon le ministère public, l'accusé était un trafiquant de drogue qui s'était rendu au Canada avec la victime pour se procurer de la cocaïne; il lui avait alors demandé de rapporter aux États-Unis de la cocaïne dissimulée dans son corps, mais cette dernière avait refusé. Selon le ministère public, l'accusé a alors abandonné la victime à l'hôtel, mais il est par la suite retourné la chercher et l'a conduite à un endroit où il l'a étranglée. Pour appuyer cette thèse, le ministère public a invoqué la preuve de quatre appels téléphoniques que la victime avait faits à sa mère. La mère de la victime a témoigné que, lors du premier appel, sa fille avait dit que l'accusé l'avait abandonnée à l'hôtel et qu'elle voulait qu'on la ramène à la maison. Lors du deuxième appel, la victime a dit à sa mère que l'accusé n'était toujours pas de retour. La mère de la victime a témoigné que, lors du troisième appel, sa fille lui avait dit que l'accusé était revenu et qu'en fin de compte elle n'aurait pas besoin qu'on la ramène à la maison. Il a été établi que le quatrième appel provenait d'un téléphone public situé à la station-service près de

also led evidence from a woman who had travelled with the accused to Canada in the month prior to the murder. She testified that the accused had asked her to smuggle illegal drugs back to the U.S. for him, and that when she refused, he drove her to a restaurant, where he abandoned her. The accused was convicted. The Court of Appeal allowed his appeal. It found that the evidence as to what was said by the deceased in the first two telephone conversations was admissible under an exception to the hearsay rule, but only for the purpose of establishing her state of mind when she made the calls. The evidence as to what was said in the third and fourth telephone conversations, however, fell within no exception to the hearsay rule, and was therefore not admissible for any purpose. Notwithstanding defence counsel's failure to object to the evidence at trial, the Court of Appeal declined to apply the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, quashed the accused's conviction, and ordered a new trial.

* *Held*: The appeal should be dismissed.

The statements made by the deceased in the first two telephone conversations are not admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule to prove the truth of the factual assertion that the accused abandoned the deceased at the hotel on the night of her death. The statement in the third call would not have been admissible under the present intentions exception for any purpose at all. The fourth telephone conversation is not in issue here. While the Court of Appeal was thus not in error regarding the operation of the "present intentions" exception, the hearsay rule does not preclude the reception of hearsay evidence which does not fall within established categories of exceptions. It has long been understood that the circumstances under which the declarant makes a statement may be such as to guarantee its reliability, irrespective of the availability of cross-examination. This Court's decision in *R. v. Khan* should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories. It signalled a departure from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined exceptions, and a movement toward an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike. Hearsay evidence of statements made by persons who are not available to give evidence at trial ought generally to be admissible,

laquelle le corps de la victime a été trouvé. Sa mère a témoigné que, lors de cet appel, sa fille lui avait dit qu'elle «s'en venait». Le ministère public a également fait témoigner une femme qui s'était rendue au Canada avec l'accusé au cours du mois qui avait précédé le meurtre. Elle a témoigné que l'accusé lui avait demandé de passer pour lui des drogues illégales aux États-Unis et que, devant son refus, il l'avait conduite à un restaurant où il l'avait abandonnée. L'accusé a été reconnu coupable. La Cour d'appel a accueilli son appel. Elle a conclu que la preuve de ce que la victime avait dit lors des deux premières conversations téléphoniques était admissible en vertu d'une exception à la règle du oui-dire, mais uniquement pour établir son état d'esprit au moment où elle avait fait les appels. Toutefois, la preuve de ce qui avait été dit lors des troisième et quatrième conversations téléphoniques n'était pas visée par une exception à la règle du oui-dire et n'était donc pas admissible, à quelque fin que ce soit. Même si l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à la présentation de cette preuve au procès, la Cour d'appel a refusé d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les déclarations faites par la victime au cours des deux premières conversations téléphoniques ne sont pas admissibles, en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire pour établir l'exactitude de l'allégation de fait selon laquelle l'accusé avait abandonné la victime à l'hôtel la nuit où cette dernière est décédée. La déclaration faite lors du troisième appel téléphonique n'aurait pas été admissible, à quelque fin que ce soit, en vertu de l'exception des intentions existantes. La quatrième conversation téléphonique n'est pas en cause ici. Bien que la Cour d'appel n'ait donc pas commis d'erreur en ce qui concerne l'application de l'exception des «intentions existantes», la règle du oui-dire n'empêche pas de recevoir une preuve par oui-dire qui ne relève pas de certaines catégories établies d'exceptions. Il est entendu depuis longtemps que les circonstances dans lesquelles le déclarant fait une déclaration peuvent être telles qu'elles garantissent sa fiabilité, indépendamment de la possibilité de contre-interroger. L'arrêt *R. c. Khan* de notre Cour doit être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux. Cet arrêt s'est écarté d'une conception de la preuve par oui-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint d'exceptions définies, et il représente une évo-

where the circumstances under which the statements were made satisfy the criteria of necessity and reliability set out in *Khan*, and subject to the residual discretion of the trial judge to exclude the evidence when its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. Here, the hearsay evidence of what the deceased told her mother in the first two telephone calls satisfied the criteria of necessity and reliability, and was properly admissible on that basis. While the contents of the third call satisfied the criterion of necessity as well, the events surrounding the making of that call do not provide that circumstantial guarantee of trustworthiness that would justify their admission without the possibility of cross-examination. This evidence was thus not admissible. The evidence of the other woman who had gone to Canada with the accused was also inadmissible because it was evidence going to character and was not relevant to the murder charge. It was admitted, however, and its effect on the jury may have been highly prejudicial. The trial judge's caution to the jury was inadequate to remove this possibility of prejudice. The order for a new trial must accordingly be affirmed.

lution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. La preuve par ouï-dire des déclarations faites par des personnes non disponibles pour témoigner au procès devrait généralement être admissible, lorsque les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été faites satisfont aux critères de nécessité et de fiabilité énoncés dans l'arrêt *Khan*, et sous réserve du pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge du procès d'exclure la preuve lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. En l'espèce, la preuve par ouï-dire de ce que la victime a dit à sa mère lors des deux premiers appels téléphoniques satisfaisait aux critères de nécessité et de fiabilité et était admissible sur ce fondement. Bien que le contenu du troisième appel téléphonique satisfasse lui aussi au critère de nécessité, les événements entourant cet appel ne fournissent pas la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait son admission sans possibilité de contre-interroger. Cette preuve n'était donc pas admissible. Le témoignage de l'autre femme qui s'était rendue au Canada avec l'accusé était également inadmissible, parce qu'il s'agissait d'une preuve concernant la moralité qui n'avait rien à voir avec l'accusation de meurtre. Il a toutefois été admis et son effet sur le jury a pu être fort préjudiciable. La mise en garde que le juge du procès a faite au jury était insuffisante pour éliminer cette possibilité de préjudice. Il faut donc confirmer l'ordonnance de nouveau procès.

Cases Cited

Considered: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; **referred to:** *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965; *R. v. Blastland*, [1986] A.C. 41; *R. v. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345; *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(b)(iii), 693(1).

Authors Cited

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*,

f Jurisprudence

Arrêt examiné: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; **arrêts mentionnés:** *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *Subramaniam c. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965; *R. c. Blastland*, [1986] A.C. 41; *R. c. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345; *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *Home c. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii), 693(1).

Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*,

vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923, §§ 1420-22.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 11 W.C.B. (2d) 497, quashing respondent's conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

Milan Rupic, for the appellant.

D. Fletcher Dawson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J.—The principal issue raised by this appeal is the admissibility of hearsay evidence as part of the Crown's case in a murder trial, when the declarant is dead.

The Facts

The respondent was convicted of the murder of Aritha Monalisa King and was sentenced to imprisonment for life with no parole eligibility for thirteen years. Both the respondent and Ms. King were American citizens, ordinarily resident in Detroit. At the respondent's trial, the evidence showed that on August 6, 1986, the respondent picked up Ms. King at her mother's house in Detroit. Together, they drove across the border to Canada. The respondent spent the weekend of August 9 and 10 with Ms. King in a hotel in London, Ontario. Ms. King's body was subsequently discovered at approximately 1:30 a.m. on August 11, near a service station at Beechville, Ontario. The body was found lying on a sheet which may have come from the hotel where Ms. King and the respondent had spent the night. Certain fibres found on the sheet matched fibres from the clothing of the respondent and Ms. King. The body's arms had been cut off, and were never found.

The theory of the Crown was that the respondent was a drug smuggler who had travelled to Canada with Ms. King in order to obtain cocaine. The

vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923, §§ 1420-22.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 11 W.C.B. (2d) 497, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Milan Rupic, pour l'appelante.

D. Fletcher Dawson, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—La principale question soulevée par ce pourvoi est celle de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire présentée par le ministère public dans un procès pour meurtre, lorsque le déclarant est décédé.

Les faits

L'intimé a été déclaré coupable du meurtre d'Aritha Monalisa King et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'obtenir une libération conditionnelle avant d'avoir purgé treize ans. L'intimé et M^{me} King étaient tous deux citoyens américains et vivaient habituellement à Detroit. Au procès, il a été prouvé que le 6 août 1986, l'intimé est allé chercher M^{me} King chez la mère de celle-ci, à Detroit. Ensemble, ils se sont rendus au Canada en voiture. L'intimé a passé la fin de semaine du 9 au 10 août avec M^{me} King dans un hôtel, à London (Ontario). Le corps de M^{me} King a par la suite été découvert vers 1 h 30 le 11 août, près d'une station-service, à Beechville (Ontario). Il gisait sur un drap qui pouvait provenir de l'hôtel où M^{me} King et l'intimé avaient passé la nuit. Certaines fibres trouvées sur le drap correspondaient aux fibres des vêtements de l'intimé et de M^{me} King. Les bras de la victime avaient été coupés et n'ont jamais été retrouvés.

Selon le ministère public, l'intimé était un trafiquant de drogue qui s'était rendu au Canada avec M^{me} King pour se procurer de la cocaïne. Le

Crown hypothesized that the respondent had asked Ms. King to take the cocaine back to the United States concealed in her body, but that she had refused. According to the Crown, he then abandoned her at the hotel in London. However, he later returned to pick her up, and drove her to a place where he strangled her, cut off her arms to impede identification, and dumped her body.

In support of this theory, the Crown relied upon evidence of four telephone calls made by the deceased to her mother in Detroit at 10:21 p.m., 11:21 p.m., 11:54 p.m. and 12:41 a.m. on the night between August 10 and August 11, 1986. The first two telephone calls were traced to the telephone in Ms. King's room at the hotel in London. Ms. King's mother testified that in the first telephone call, her daughter said that Larry (the respondent) had abandoned her at the hotel in London and that she wanted a ride home. In the second call, Ms. King told her mother that Larry had still not returned. Her mother testified that she then telephoned from Detroit to a taxi company in London to attempt to arrange a ride home for her daughter. A taxi did arrive at the hotel, but refused to take Ms. King because the credit card that she had been using had been confiscated at the hotel.

The third call was traced to a pay telephone in the hotel lobby. Ms. King's mother testified that in this call her daughter told her that Larry had come back for her, and that she would not need a ride home after all. The fourth telephone call was traced to a pay telephone at the service station near which Ms. King's body was found. Ms. King's mother testified that in this call her daughter told her that she was "on her way".

In addition to these calls, there was evidence that a further telephone call had been made shortly after 1:00 a.m. on August 11 from a pay telephone at the service station near which Ms. King's body was later found. This call was traced to the respondent's residence in Detroit. There was no direct

ministère public a formulé l'hypothèse selon laquelle l'intimé avait demandé à M^{me} King de rapporter aux États-Unis de la cocaïne dissimulée dans son corps, mais cette dernière avait refusé. Selon le ministère public, l'intimé a alors abandonné M^{me} King à l'hôtel, à London. Toutefois, il est par la suite retourné la chercher et l'a conduite à un endroit où il l'a étranglée, lui a coupé les bras pour empêcher son identification et a abandonné son cadavre.

Pour appuyer cette thèse, le ministère public a invoqué la preuve de quatre appels téléphoniques que la victime avait faits à sa mère, à Detroit, à 22 h 21, à 23 h 21, à 23 h 54 et à 0 h 41, pendant la nuit du 10 au 11 août 1986. Il a été établi que les deux premiers appels avaient été faits depuis la chambre d'hôtel de M^{me} King, à London. La mère de M^{me} King a témoigné que, lors du premier appel, sa fille avait dit que Larry (l'intimé) l'avait abandonnée à l'hôtel, à London, et qu'elle voulait qu'on la ramène à la maison. Lors du deuxième appel, M^{me} King a dit à sa mère que Larry n'était toujours pas de retour. La mère de M^{me} King a témoigné avoir alors téléphoné, depuis Detroit, à une compagnie de taxis, à London, pour qu'on amène sa fille à la maison. Un taxi est arrivé à l'hôtel, mais le chauffeur a refusé de faire monter M^{me} King parce que la carte de crédit qu'elle avait utilisée avait été confisquée à l'hôtel.

Il a été établi que le troisième appel avait été fait depuis un téléphone public dans le hall de l'hôtel. La mère de M^{me} King a témoigné que, lors de cet appel, sa fille lui avait dit que Larry était revenu et qu'en fin de compte elle n'aurait pas besoin qu'on la ramène à la maison. Il a été établi que le quatrième appel provenait d'un téléphone public situé à la station-service près de laquelle le corps de M^{me} King a été trouvé. La mère de M^{me} King a témoigné que, lors de cet appel, sa fille lui avait dit qu'elle [TRADUCTION] «s'en venait».

En plus de ces appels, il a été établi qu'un autre appel avait été fait peu de temps après 1 h, le 11 août, depuis un téléphone public situé dans la station-service près de laquelle le corps de M^{me} King a par la suite été trouvé. On a établi que cet appel avait été fait à la résidence de l'intimé, à Detroit. Il

evidence as to who made this telephone call, or what was said. However, a witness at the service station testified that he had seen the respondent near the pay telephones at the service station around this time.

The Crown also led evidence from one Hope Denard, a woman who had travelled with the respondent from Detroit to Canada in the month prior to the murder. Ms. Denard testified that the respondent had asked her to smuggle illegal drugs back to the United States for him, and that when she refused, he drove her to Windsor and abandoned her at a restaurant.

The respondent did not testify at his trial, but set up a defence of alibi supported by the evidence of various witnesses who placed him in Windsor or Detroit at or around the time of the murder. Defence counsel did not object to the testimony by Ms. King's mother as to what her daughter told her in the first three telephone calls. Indeed, it was apparently the theory of the defence that the respondent actually did abandon Ms. King at the hotel in London, a hypothesis supported by the evidence of what Ms. King said in the first two telephone calls to her mother. However, the defence contended that after leaving Ms. King, the respondent returned to Detroit and did not return to the hotel, and therefore could not have been with her when she was murdered.

The respondent appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal, which allowed the appeal and ordered a new trial. The Court of Appeal found that evidence as to what was said in the telephone calls made by Ms. King to her mother on the night of the murder was hearsay, and therefore was inadmissible unless it fell within some recognized exception to the hearsay rule. The Court of Appeal went on to decide that the evidence as to what was said by Ms. King in the first two telephone conversations was admissible under an exception to the hearsay rule, but only for the purpose of establishing her state of mind at the time when she made the calls, i.e., that she wanted to

n'existait aucune preuve directe quant à l'auteur de cet appel téléphonique ou quant à ce qui avait été dit. Toutefois, un témoin qui était à la station-service a déclaré avoir vu l'intimé près des téléphones publics à peu près à ce moment-là.

Le ministère public a également fait témoigner une certaine Hope Denard, qui s'était rendue de Detroit au Canada avec l'intimé au cours du mois qui avait précédé le meurtre. Madame Denard a témoigné que l'intimé lui avait demandé de passer pour lui des drogues illégales aux États-Unis et que, devant son refus, il l'avait conduite à Windsor pour l'abandonner dans un restaurant.

L'intimé n'a pas témoigné à son procès, mais il a invoqué comme moyen de défense un alibi corroboré par la déposition de divers témoins qui ont déclaré l'avoir vu à Windsor ou à Detroit au moment du meurtre ou à peu près au même moment. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que la mère de M^{me} King témoigne au sujet de ce que sa fille lui avait dit lors des trois premiers appels téléphoniques. En fait, la thèse de la défense était apparemment que l'intimé avait réellement abandonné M^{me} King à l'hôtel, à London, et cette hypothèse était étayée par la preuve de ce que M^{me} King avait dit à sa mère les deux premières fois qu'elle l'avait appelée. Toutefois, la défense a soutenu qu'après avoir quitté M^{me} King, l'intimé s'était rendu à Detroit et n'était pas retourné à l'hôtel, et qu'il ne pouvait donc pas avoir été avec elle au moment où elle a été assassinée.

L'intimé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a conclu que la preuve de ce que M^{me} King avait dit à sa mère lors des appels téléphoniques, la nuit du meurtre, constituait du ouï-dire, et que cette preuve était donc inadmissible à moins d'être visée par quelque exception reconnue à la règle du ouï-dire. La Cour d'appel a ensuite décidé que la preuve de ce que M^{me} King avait dit lors des deux premières conversations téléphoniques était admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, mais uniquement pour établir son état d'esprit au moment

come home. The evidence as to what was said in the third telephone conversation, however, fell within no exception to the hearsay rule, and was therefore not admissible for any purpose.

The Court of Appeal concluded that the inadmissible hearsay evidence had been so gravely prejudicial to the respondent that it could not say that, had it not been admitted, the verdict would necessarily have been the same. Therefore, notwithstanding the failure of defence counsel to object to the evidence at trial, the Court of Appeal declined to apply the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, quashed the respondent's conviction, and ordered a new trial: (1990), 11 W.C.B. (2d) 497.

The Crown sought leave to appeal to this Court under s. 693(1) of the *Criminal Code*, and leave to appeal was granted (Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ.) on May 9, 1991: [1991] 1 S.C.R. xiii.

Judgment Below

Ontario Court of Appeal

The Ontario Court of Appeal (*per* Brooke J.A., Houlden and Labrosse JJ.A. concurring) noted that the Crown's case at trial rested upon two hypotheses: first, that the respondent had abandoned Ms. King at the hotel in London on the night of August 10, an act consistent with there having been some dispute between them; secondly, that the respondent returned to her later that night, or early the following morning, which would place him with her near the time when she was murdered. The hearsay evidence as to what Ms. King said to her mother when she telephoned her on the night of her death was therefore very important to the Crown's case.

The Court of Appeal proceeded from the premise that, as hearsay, all this evidence was inad-

où elle avait fait les appels, savoir qu'elle voulait rentrer à la maison. Toutefois, la preuve de ce qui avait été dit lors de la troisième conversation téléphonique n'était pas visée par une exception à la règle du oui-dire et n'était donc pas admissible, à quelque fin que ce soit.

La Cour d'appel a conclu que la preuve par oui-dire inadmissible avait causé un préjudice si grave à l'intimé qu'elle ne pouvait pas dire que, si cette preuve n'avait pas été admise, le verdict aurait nécessairement été le même. Par conséquent, même si l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à la présentation de cette preuve au procès, la Cour d'appel a refusé d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1990), 11 W.C.B. (2d) 497.

Le ministère public a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour en vertu du par. 693(1) du *Code criminel*, autorisation qui lui a été accordée (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin) le 9 mai 1991: [1991] 1 R.C.S. xiii.

Le jugement de la Cour d'appel

Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Brooke à l'avis duquel ont souscrit les juges Houlden et Labrosse) a fait remarquer que la preuve présentée au procès par le ministère public reposait sur deux hypothèses: en premier lieu, celle selon laquelle l'intimé avait abandonné M^{me} King à l'hôtel, à London, la nuit du 10 août, ce qui pouvait laisser croire qu'ils s'étaient querellés et, en second lieu, celle selon laquelle l'intimé était revenu plus tard cette nuit-là, ou tôt le lendemain matin, de sorte qu'il était avec M^{me} King au moment où elle a été assassinée. La preuve par oui-dire de ce que M^{me} King avait dit à sa mère lorsqu'elle lui avait téléphoné la nuit où elle est décédée avait donc une grande importance pour le ministère public.

La Cour d'appel s'est fondée sur la prémisse selon laquelle, en tant que oui-dire, toute cette

missible unless it fell within some recognized exception to the hearsay rule. Referring to *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), and *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (Ont. C.A.), the Court of Appeal concluded that there did exist an exception to the hearsay rule where the declarant's statements were adduced to indicate the intention, or state of mind, of the declarant at the time the statements were made.

However, the Court of Appeal rejected the Crown's argument that all the evidence of what Ms. King said to her mother on the telephone fell within this exception. Citing *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.), the Court of Appeal noted that while hearsay evidence was potentially admissible to prove the state of mind of the declarant when the statements were made, such evidence was not admissible to prove the intentions or state of mind of persons other than the declarant, or that such persons acted in accordance with the declarant's expectations, or, indeed, to prove the truth of the factual assertions contained in the declarant's statements of intention. Consequently, the Court of Appeal concluded that the hearsay evidence relating to the first two telephone calls (Larry has left me; I need a ride home) was admissible, but only to show Ms. King's state of mind at the time she telephoned her mother, i.e., that she wanted to come home. This evidence was not admissible, however, to prove the factual assertion that the respondent had abandoned her. The Court of Appeal concluded, further, that the hearsay evidence of the third telephone call (Larry has come back) was not admissible for any purpose at all, and could not be introduced to prove that the respondent later returned and picked up Ms. King.

The Court of Appeal went on to conclude that the inadmissible hearsay evidence relating to the telephone conversations had been of vital importance to the Crown's case. In particular, it had been used to place the respondent with Ms. King around the time of her death, which had the effect of buttressing certain identification evidence of

preuve était inadmissible à moins d'être visée par une exception reconnue à la règle du oui-dire. Mentionnant les arrêts *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), et *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (C.A. Ont.), la Cour d'appel a conclu qu'il existait une exception à la règle du oui-dire lorsque les déclarations étaient présentées pour indiquer l'intention ou l'état d'esprit du déclarant au moment où il les avait faites.

Toutefois, la Cour d'appel a rejeté l'argument du ministère public, selon lequel toute la preuve de ce que M^{me} King avait dit à sa mère au téléphone était visée par cette exception. Citant la décision *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C. Ont.), la Cour d'appel a fait remarquer que même si la preuve par oui-dire pouvait être admissible pour établir l'état d'esprit du déclarant au moment où les déclarations ont été faites, celle-ci n'était pas admissible pour établir les intentions ou l'état d'esprit de personnes autres que le déclarant, ou pour montrer que ces personnes ont agi conformément aux attentes du déclarant ou, en fait, pour établir l'exactitude des allégations de fait contenues dans les déclarations d'intention du déclarant. La Cour d'appel a donc conclu que la preuve par oui-dire concernant les deux premiers appels téléphoniques (Larry m'a quittée; j'ai besoin qu'on me ramène à la maison) était admissible, mais uniquement pour montrer l'état d'esprit de M^{me} King au moment où elle a téléphoné à sa mère, savoir qu'elle voulait rentrer à la maison. Toutefois, cette preuve n'était pas admissible pour établir l'exactitude de l'allégation de fait selon laquelle l'intimé avait abandonné M^{me} King. La Cour d'appel a en outre conclu que la preuve par oui-dire relative au troisième appel téléphonique (Larry est revenu) n'était pas admissible à quelque fin que ce soit et qu'elle ne pouvait pas être présentée pour établir que l'intimé était par la suite retourné chercher M^{me} King.

La Cour d'appel a ensuite conclu que la preuve par oui-dire inadmissible relative aux conversations téléphoniques avait été d'une importance cruciale pour le ministère public. En particulier, cette preuve avait servi à montrer que l'intimé était avec M^{me} King vers le moment de son décès, ce qui avait eu pour effet de renforcer une certaine preuve

questionable reliability which placed the respondent at the service station near which the body was found. Concluding, therefore, that the inadmissible hearsay evidence had been prejudicial to the respondent, the Court of Appeal decided that it could not be said that the verdict would necessarily have been the same had the evidence not been admitted, and, therefore, refused to apply the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to dismiss the appeal notwithstanding the error.

In respect of the evidence of Ms. Denard, the Court of Appeal concluded that the history of the respondent as a drug dealer was relevant, if at all, to show the context in which the events between August 6 and August 11 occurred. However, the evidence was only put to the jury as going to the respondent's motive to commit the murder, for which purpose it had no probative value. Indeed, the court concluded that this problem had been exacerbated by remarks made by the Crown in its closing address to the jury, which could have been interpreted as suggesting that the jury ought to conclude that the respondent, having the "character" of a drug smuggler, was more likely to have committed this murder.

The Court of Appeal concluded that the trial judge's charge to the jury was inadequate to cure this defect, and consequently ordered a new trial on this additional ground as well.

Grounds for Appeal

The Crown now appeals to this Court under s. 693(1) of the *Criminal Code* against the decision of the Ontario Court of Appeal quashing the respondent's conviction and ordering a new trial. The grounds for appeal are as follows:

1. Whether the Court of Appeal for Ontario erred in law in holding that evidence of statements of the deceased during the first and second telephone conversations were admissible only to show her state of mind, and

d'identification d'une fiabilité douteuse, selon laquelle l'intimé était à la station-service près de laquelle le corps de la victime a été trouvé. Concluant donc que la preuve par ouï-dire inadmissible avait causé un préjudice à l'intimé, la Cour d'appel a jugé qu'on ne pouvait pas dire que le verdict aurait nécessairement été le même si la preuve n'avait pas été admise; par conséquent, elle a refusé d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel malgré l'erreur.

Quant au témoignage de M^{me} Denard, la Cour d'appel a conclu que les antécédents de l'intimé, en tant que trafiquant de drogue, étaient pertinents, le cas échéant, pour illustrer le contexte dans lequel s'inscrivaient les événements qui s'étaient produits entre le 6 et le 11 août. Toutefois, la preuve n'a été présentée au jury que pour mettre en lumière le mobile du meurtre, de sorte qu'elle n'avait aucune valeur probante. En fait, la cour a conclu que ce problème avait été aggravé par les remarques que le ministère public avait faites dans son exposé final au jury, lesquelles auraient pu être interprétées comme laissant entendre que ce dernier devait conclure que l'intimé était plus susceptible d'avoir commis le meurtre puisqu'il avait la «moralité» d'un trafiquant de drogue.

La Cour d'appel a conclu que les directives du juge du procès au jury étaient insuffisantes pour remédier à cette lacune; elle a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès pour ce motif additionnel également.

Moyens d'appel

Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour, en vertu du par. 693(1) du *Code criminel*, contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les moyens d'appel sont les suivants:

[TRADUCTION]

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en jugeant que la preuve des déclarations de la victime lors des première et deuxième conversations téléphoniques était admissible uniquement

that evidence of the statement of the deceased during the third telephone conversation was hearsay and inadmissible for any purpose.

2. Whether or not the Court of Appeal erred in law in holding that, in the circumstances of the case, the proviso in s. 686(1)(b)(iii) had no application.

Analysis

1. Hearsay Evidence

This is not the proper context in which to attempt to undertake an exhaustive definition of "hearsay evidence." However, for present purposes, the following formulation found in *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965 (P.C.), at p. 970, is helpful to establish the parameters of the debate:

Evidence of a statement made to a witness by a person who is not himself called as a witness may or may not be hearsay. It is hearsay and inadmissible when the object of the evidence is to establish the truth of what is contained in the statement. It is not hearsay and is admissible when it is proposed to establish by the evidence, not the truth of the statement, but the fact that it was made. The fact that the statement was made, quite apart from its truth, is frequently relevant in considering the mental state and conduct thereafter of the witness or of some other person in whose presence the statement was made.

This statement of the "hearsay rule" is a useful illustration of the circumstances in which statements made by persons who are not called as witnesses have traditionally been considered inadmissible. When such statements are introduced to prove the truth of their contents, they have generally been considered to be inadmissible. However, when introduced simply to prove that they were made, they have traditionally been regarded as admissible, either under an "exception" to the hearsay rule, or more correctly from an analytical point of view because they fall outside the definition of hearsay. What is important is that the evidentiary dangers traditionally associated with statements by persons not called as witnesses—principally, the unavailability of the declarant for cross-examination—are not present, or are present

pour montrer son état d'esprit, et que la preuve de la déclaration que celle-ci avait faite lors de la troisième conversation téléphonique constituait du oui-dire et était inadmissible à quelque fin que ce soit?

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en jugeant qu'en l'occurrence la réserve du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'appliquait pas?

Analyse

1. Preuve par oui-dire

Il n'est pas opportun en l'espèce de tenter de définir la «preuve par oui-dire» d'une manière exhaustive. Toutefois, pour les fins qui nous occupent, l'énoncé suivant, qui figure dans l'arrêt *Subramaniam c. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965 (C.P.), à la p. 970, est utile pour établir les paramètres du débat:

[TRADUCTION] La preuve d'une déclaration faite à un témoin par une personne qui n'est pas elle-même appelée à témoigner peut être ou ne pas être du oui-dire. Cette preuve constitue du oui-dire et est inadmissible lorsqu'elle vise à établir la véracité du contenu de la déclaration. Elle ne constitue pas du oui-dire et est admissible lorsqu'elle vise à établir non pas que la déclaration est exacte mais qu'elle a été faite. Le fait que la déclaration a été faite, indépendamment de son exactitude, est dans bien des cas pertinent lorsqu'il s'agit d'examiner l'état d'esprit et la conduite ultérieure du témoin ou d'une autre personne en présence de laquelle la déclaration a été faite.

Cette formulation de la «règle du oui-dire» illustre bien les circonstances dans lesquelles des déclarations faites par des personnes non appelées à témoigner ont été traditionnellement considérées comme inadmissibles. Quand elles sont présentées pour prouver la véracité de leur contenu, ces déclarations sont généralement considérées comme inadmissibles. Toutefois, lorsqu'elles sont présentées simplement pour prouver qu'elles ont été faites, ces déclarations sont traditionnellement considérées comme admissibles en vertu d'une «exception» à la règle du oui-dire, ou encore plus exactement, d'un point de vue analytique, parce qu'elles ne correspondent pas à la définition du oui-dire. Ce qui importe c'est que les dangers en matière de preuve traditionnellement associés aux déclarations faites par des personnes non appelées

to a far less significant degree, when the relevance of such statements lies simply in the fact that they were made.

Clearly, therefore, on the traditional view of hearsay, the statements made by Ms. King to her mother on the night of her death—(1) “Larry has gone away”; (2) “Larry has not come back and I need a ride home”; (3) “Larry has come back and I no longer need a ride”; and (4) “I am on my way”—are hearsay, and inadmissible, if introduced to prove the truth of the assertions they contain. However, as noted above, such statements are not hearsay if they are adduced simply to prove that they were made. The fact that the statement was made, however, would in itself have to be relevant for the statement to be received on this ground.

One exception to the hearsay rule arises when the declarant’s statement is adduced in order to demonstrate the intentions, or state of mind, of the declarant at the time when the statement was made. The “current intentions” exception to the hearsay rule was set out by the Supreme Court of the United States in *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, *supra*. In that case, the appellant insurance company resisted payment under a policy on the life of the respondent’s husband, arguing that there had been a conspiracy to fake the death of the husband, and that the body discovered was actually that of a third person. This third person had written a letter to his family, in which he indicated his intention to go travelling with the respondent’s husband. The letter could not be located, but a witness was prepared to testify as to its contents. The issue, therefore, was whether the evidence of the contents of the letter could be received in evidence. Writing for the court, Gray J. decided that testimony as to the contents of the letter, while technically hearsay, was admissible both to prove the intention of the third person to go travelling

à témoigner, particulièrement l’impossibilité de contre-interroger le déclarant, soient absents ou qu’ils soient présents à un degré beaucoup moindre, lorsque la seule pertinence de ces déclarations réside dans le fait qu’elles ont été faites.

Il est donc évident, suivant la conception traditionnelle du oui-dire, que les déclarations que M^{me} King a faites à sa mère la nuit de son décès — (1) [TRADUCTION] «Larry est parti», (2) «Larry n’est pas revenu et j’ai besoin qu’on me ramène à la maison», (3) «Larry est revenu et je n’ai plus besoin qu’on me ramène», et (4) «Je m’en viens» — constituent une preuve par oui-dire et sont inadmissibles si elles sont présentées pour prouver la véracité des affirmations qu’elles contiennent. Cependant, comme je l’ai déjà souligné, ces déclarations ne constituent pas du oui-dire si elles sont présentées simplement pour prouver qu’elles ont été faites. Le fait que la déclaration a été faite devrait cependant être lui-même pertinent pour que la déclaration soit reçue pour ce motif.

Une exception à la règle du oui-dire s’applique lorsque la déclaration du déclarant est présentée pour démontrer ses intentions ou son état d’esprit au moment où il l’a faite. L’exception dite des «intentions existantes» a été établie par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, précité. Dans cette affaire, la compagnie d’assurances appelante avait refusé de verser une somme en vertu d’une police d’assurance sur la vie du mari de l’intimée, en soutenant qu’on avait comploté afin de faire croire que ce dernier était mort, et que le corps qui avait été découvert était en fait celui d’un tiers. Ce tiers avait écrit à sa famille une lettre dans laquelle il indiquait son intention de voyager avec le mari de l’intimée. Il avait été impossible de trouver la lettre, mais un témoin était prêt à déposer au sujet de son contenu. Il s’agissait donc de savoir si la preuve du contenu de la lettre était recevable. Le juge Gray, s’exprimant au nom de la cour, a conclu que le témoignage concernant le contenu de la lettre, bien qu’il constitue en théorie du oui-dire, était admissible à la fois pour établir l’intention du tiers

with the respondent's husband, and to support the inference that he had acted on this intention.

It would appear that at least the "state of mind" exception to the hearsay rule has been accepted in the English common law of evidence. The position seems to be that where the intentions or state of mind of the declarant are relevant to a fact in issue, hearsay evidence is admissible, and, indeed, may be the best evidence to prove this. In *R. v. Blastland*, [1986] A.C. 41 (H.L.), Lord Bridge of Harwick said, at p. 54, that:

It is, of course, elementary that statements made to a witness by a third party are not excluded by the hearsay rule when they are put in evidence solely to prove the state of mind either of the maker of the statement or of the person to whom it was made. What a person said or heard said may well be the best and most direct evidence of that person's state of mind. This principle can only apply, however, when the state of mind evidenced by the statement is either itself directly in issue at the trial or of direct and immediate relevance to an issue which arises at the trial.

However, the *Hillmon* formulation of the "present intentions" exception, which allows inferences to be drawn concerning subsequent acts of the declarant, does not appear to have been accepted in English law. See *R. v. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345 (H.L.).

The "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule has been recognized in the Canadian law of evidence as well: *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (Sask. C.A.): statements made by a dying person found admissible to prove how the death occurred; *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (Ont. H.C.): statements made by an estranged husband found relevant to his intention to resume cohabitation with his wife, and therefore to his wife's pecuniary interest in his continuing life. Most recently, in *R. v. P. (R.)*, *supra*, Doherty J. summarized the case law and

de voyager avec le mari de l'intimée et pour étayer la conclusion qu'il avait donné suite à son intention.

Il semblerait qu'on a accepté au moins l'exception de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire dans la common law anglaise en matière de preuve. Il semble que, lorsque les intentions ou l'état d'esprit du déclarant sont pertinents relativement à un fait litigieux, la preuve par oui-dire est admissible et peut, en fait, constituer la meilleure preuve en la matière. Dans l'arrêt *R. c. Blastland*, [1986] A.C. 41 (H.L.), lord Bridge of Harwick affirme, à la p. 54:

[TRADUCTION] Il est bien sûr élémentaire que les déclarations faites à un témoin par un tiers ne sont pas exclues par la règle du oui-dire lorsqu'elles sont soumises en preuve uniquement pour établir l'état d'esprit du déclarant ou de la personne à qui la déclaration a été faite. Ce qu'une personne a dit ou entendu dire peut bien être la preuve la meilleure et la plus directe de l'état d'esprit de cette personne. Toutefois, ce principe ne peut s'appliquer que lorsque l'état d'esprit manifesté par la déclaration est en soi directement en cause au procès ou qu'il se rapporte d'une manière directe et immédiate à une question qui se pose au procès.

Cependant, la formulation, qu'on trouve dans l'arrêt *Hillmon*, de l'exception des «intentions existantes», qui permet de faire des déductions au sujet des actes subséquents du déclarant, ne paraît pas avoir été acceptée en droit anglais. Voir *R. c. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345 (H.L.).

L'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire a également été reconnue en droit canadien de la preuve: *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (C.A. Sask.): les déclarations faites par un mourant ont été jugées admissibles pour établir les circonstances de sa mort; *Home c. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (H.C. Ont.): il a été jugé que les déclarations d'un ex-mari sont pertinentes lorsqu'il s'agit d'établir son intention de reprendre la vie commune avec sa femme, et, par conséquent, l'intérêt financier qu'a cette dernière à ce que son mari reste en vie. Plus récemment, dans la décision *R. c. P. (R.)*, précitée, le juge Doherty a résumé la jurisprudence et sou-

outlined the scope of the exception, and its limitations, at pp. 343-44, when he said:

An utterance indicating that a deceased had a certain intention or design will afford evidence that the deceased acted in accordance with that stated intention or plan where it is reasonable to infer that the deceased did so. The reasonableness of the inference will depend on a number of variables including the nature of the plan described in the utterance, and the proximity in time between the statement as to the plan and the proposed implementation of the plan.

The rules of evidence as developed to this point do not exclude evidence of utterances by a deceased which reveal her state of mind, but rather appear to provide specifically for their admission where relevant. The evidence is not, however, admissible to show the state of mind of persons other than the deceased (unless they were aware of the statements), or to show that persons other than the deceased acted in accordance with the deceased's stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person. The evidence is also not admissible to establish that past acts or events referred to in the utterances occurred. [Emphasis added.]

Against this background, it is possible to evaluate the appellant's first argument, that the hearsay evidence relating to the statements made by Ms. King in telephone conversations on the night of her murder was admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule. With respect, I am of the opinion that statement 1 ("Larry has left me") and statement 2 ("Larry has not come back and I need a ride") are not admissible under the "present intentions" exception, or, to be more precise, they are certainly not admissible, by virtue of the "present intentions" exception, to prove the truth of the factual assertion that the respondent abandoned Ms. King at the hotel in London on the night of her death. To conclude otherwise would be to admit the statements for the purpose of proving "that past acts or events referred to in the utterances occurred." At its highest, therefore, the "present intentions" exception to the hearsay rule invoked by the appellant would operate only to allow the

ligné l'étendue de l'exception et ses limites, aux pp. 343 et 344, lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Une déclaration montrant qu'une personne décédée avait une certaine intention ou un certain dessein contribue à prouver que cette dernière a donné suite à cette intention ou à ce dessein explicite lorsqu'il est raisonnable de déduire qu'elle l'a fait. Le caractère raisonnable de la déduction est fonction d'un certain nombre de variables, dont la nature du dessein énoncé dans la déclaration et le délai qui s'est écoulé entre le moment où la déclaration a été faite et la réalisation projetée du dessein.

Les règles de preuve établies jusqu'à ce jour n'excluent pas la preuve des déclarations d'une personne décédée qui révèlent son état d'esprit, mais paraissent plutôt prévoir expressément leur admission lorsque cela est utile. Toutefois, la preuve n'est pas admissible pour montrer l'état d'esprit de personnes autres que la personne décédée (à moins que celles-ci n'aient été au courant des déclarations) ou pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble. La preuve n'est pas non plus admissible pour établir que les actes ou événements mentionnés dans les déclarations se sont produits. [Je souligne.]

Compte tenu de cela, il est possible d'évaluer le premier argument de l'appellante selon lequel la preuve par oui-dire concernant les déclarations faites par M^{me} King au cours de conversations téléphoniques, la nuit du meurtre, était admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire. En toute déférence, j'estime que la première déclaration («Larry m'a quittée») et la deuxième («Larry n'est pas revenu et j'ai besoin qu'on me ramène») ne sont pas admissibles en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou, plus précisément, qu'elles ne sont certainement pas admissibles, en vertu de cette exception, pour établir l'exactitude de l'allégation de fait selon laquelle l'intimé avait abandonné M^{me} King à l'hôtel, à London, la nuit où cette dernière est décédée. Conclure autrement reviendrait à admettre les déclarations pour prouver [TRADUCTION] «que les actes ou événements mentionnés dans les déclarations se sont produits». Par conséquent, l'exception des «intentions exis-

first two statements into evidence for the purpose of proving that the deceased wanted to return home.

In my opinion, the third statement ("Larry has come back") would not have been admissible under the present intention exception to the hearsay rule for any purpose at all. The appellant argued that the statement "Larry has come back" was admissible to show that Ms. King intended to continue her journey with the respondent. With respect, this presupposes the truth of the anterior factual assertion that the respondent had in fact come back to the hotel. Under the "present intentions" exception, hearsay evidence is not admissible for this purpose. Consequently, I conclude that the "present intentions" exception to the hearsay rule would not have supported the admission of the third statement for the sole purpose for which the Crown desired to adduce it. As the Crown did not appeal on the matter of the admissibility of the contents of the fourth telephone call ("I am on my way"), I need not consider it. Once again, this would amount to an inference from a hearsay statement going beyond what can be supported under the "present intentions" exception to the hearsay rule. Consequently, I conclude that, in respect of the operation of the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule, the Court of Appeal was not in error.

This, however, is not fatal to the appellant's case. This Court has not taken the position that the hearsay rule precludes the reception of hearsay evidence unless it falls within established categories of exceptions, such as "present intentions" or "state of mind." Indeed, in our recent decision in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, we indicated that the categorical approach to exceptions to the hearsay rule has the potential to undermine, rather than further, the policy of avoiding the frailties of certain types of evidence which the hearsay rule was originally fashioned to avoid.

tantes» à la règle du oui-dire, qu'invoque l'appelante, permettrait tout au plus d'admettre les deux premières déclarations en preuve afin d'établir que la victime voulait retourner chez elle.

a

À mon avis, la troisième déclaration («Larry est revenu») n'aurait pas été admissible, à quelque fin que ce soit, en vertu de l'exception des intentions existantes à la règle du oui-dire. L'appelante a soutenu que la déclaration «Larry est revenu» était admissible pour montrer que M^{me} King avait l'intention de poursuivre son voyage avec l'intimé. En toute déférence, cela présuppose que l'allégation de fait antérieure, savoir que l'intimé était effectivement retourné à l'hôtel, était exacte. Selon l'exception des «intentions existantes», la preuve par oui-dire n'est pas admissible à cette fin. Par conséquent, je conclus que l'exception des «intentions existantes» à la règle du oui-dire n'aurait pas justifié l'admission de la troisième déclaration à la seule fin à laquelle le ministère public voulait la présenter. Vu que le ministère public n'a pas interjeté appel sur la question de l'admissibilité du contenu du quatrième appel téléphonique («Je m'en viens»), il ne m'est pas nécessaire de l'examiner. Ici encore, cela équivaldrait à tirer d'une déclaration relatée une conclusion qui va au-delà de ce qui peut être justifié en vertu de l'exception des «intentions existantes» à la règle du oui-dire. Je conclus donc qu'en ce qui concerne l'application de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur.

g

Toutefois, cela ne porte pas un coup fatal à la preuve de l'appelante. Notre Cour n'a pas adopté le point de vue selon lequel la règle du oui-dire empêche de recevoir une preuve par oui-dire à moins qu'elle ne relève de certaines catégories établies d'exceptions, comme celle des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit». En fait, dans notre arrêt récent *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, nous avons indiqué que le fait de s'en tenir à des catégories rigides d'exceptions à la règle du oui-dire risque de miner, plutôt que de favoriser, la politique qui consiste à éviter les faiblesses de certains types d'éléments de preuve que la règle du oui-dire visait initialement à éviter.

j

It has long been recognized that the principles which underlie the hearsay rule are the same as those that underlie the exceptions to it. Indeed, *Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. III, described the rule and its exceptions at §1420 in the following terms:

The purpose and reason of the Hearsay rule is the key to the exceptions to it. The theory of the Hearsay rule . . . is that the many possible sources of inaccuracy and untrustworthiness which may lie underneath the bare untested assertion of a witness can best be brought to light and exposed, if they exist, by the test of cross-examination. But this test or security may in a given instance be superfluous; it may be sufficiently clear, in that instance, that the statement offered is free from the risk of inaccuracy and untrustworthiness, so that the test of cross-examination would be a work of supererogation. Moreover, the test may be impossible of employment—for example, by reason of the death of the declarant—, so that, if his testimony is to be used at all, there is a necessity for taking it in the untested shape. These two considerations—a Circumstantial Guarantee of Trustworthiness, and a Necessity, for the evidence—may be examined more closely. . . .

Of the criterion of necessity, Wigmore stated:

Where the test of cross-examination is *impossible of application*, by reason of the declarant's death or some other cause rendering him now unavailable as a witness on the stand, we are faced with the alternatives of receiving his statements without that test, or of leaving his knowledge altogether unutilized. The question arises whether the interests of truth would suffer more by adopting the latter or the former alternative. . . . [I]t is clear at least that, so far as in a given instance some substitute for cross-examination is found to have been present, there is ground for making an exception. [Emphasis in original.]

And of the companion principle of reliability—the circumstantial guarantee of trustworthiness—the following:

There are many situations in which it can be easily seen that such a required test [i.e., cross-examination] would add little as a security, because its purposes had been already substantially accomplished. If a statement has been made under such circumstances that even a sceptical caution would look upon it as trustworthy (in the ordinary instance), in a high degree of probability, it

On reconnaît depuis longtemps que les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire sont les mêmes que ceux qui en sous-tendent les exceptions. En fait, l'ouvrage *Wigmore on Evidence* (2^e éd. 1923), vol. III, décrit ainsi la règle et ses exceptions, à son § 1420:

[TRADUCTION] L'objet et la raison d'être de la règle du oui-dire sont la clé de ses exceptions. La règle du oui-dire repose sur la théorie [...] que c'est l'épreuve du contre-interrogatoire qui peut le mieux révéler et dévoiler, le cas échéant, les nombreuses sources possibles d'inexactitude et de manque de fiabilité que peut receler la simple déclaration non vérifiée d'un témoin. Mais, dans une situation donnée, cette épreuve ou cette garantie peut être superflue; il peut être suffisamment clair, dans ce cas, que la déclaration ne comporte aucun risque d'inexactitude ou de manque de fiabilité, de sorte que le contre-interrogatoire serait un exercice surérogatoire. De plus, cette épreuve peut être impossible à faire subir en raison, par exemple, du décès du déclarant, de sorte que, si on doit utiliser son témoignage, il faut l'accepter sans qu'il soit vérifié. Ces deux considérations, savoir une garantie circonstancielle de fiabilité et la nécessité de la preuve, peuvent être examinées de plus près . . .

Au sujet du critère de la nécessité, Wigmore affirme:

[TRADUCTION] Lorsque l'épreuve du contre-interrogatoire est *impossible à faire subir* en raison du décès du déclarant ou d'une autre cause qui le rend incapable de témoigner, nous avons le choix de recevoir ses déclarations sans procéder à ce contre-interrogatoire ou de ne pas utiliser ce qu'il sait. Alors se pose la question de savoir laquelle de ces deux possibilités nuirait le plus à la recherche de la vérité. [...] [I]l est au moins clair que, dans la mesure où, dans une situation donnée, on constate qu'il existait un certain substitut au contre-interrogatoire, il y a lieu de faire exception. [En italique dans l'original.]

Et au sujet du principe connexe de la fiabilité, la garantie circonstancielle de fiabilité, il dit:

[TRADUCTION] Dans de nombreux cas, on peut facilement voir qu'une telle épreuve requise [c.-à-d. le contre-interrogatoire] ajouterait peu comme garantie parce que ses objets ont en grande partie déjà été atteints. Si une déclaration a été faite dans des circonstances où même un sceptique prudent la considérerait comme très probablement fiable (en temps normal), il serait pédant d'in-

would be pedantic to insist on a test whose chief object is already secured.

Well before the decision of this Court in *Khan*, therefore, it was understood that the circumstances under which the declarant makes a statement may be such as to guarantee its reliability, irrespective of the availability of cross-examination. "Guarantee", as the word is used in the phrase "circumstantial guarantee of trustworthiness", does not require that reliability be established with absolute certainty. Rather it suggests that where the circumstances are not such as to give rise to the apprehensions traditionally associated with hearsay evidence, such evidence should be admissible even if cross-examination is impossible. According to Wigmore, while it was not possible to generalize as to all cases in which other circumstances would provide a functional substitute for testing by cross-examination, certain broad categories could be identified:

§1422 ... Though no judicial generalizations have been made, there is ample authority in judicial utterances for naming the following different classes of reasons underlying the exceptions:

a. Where the circumstances are such that a sincere and accurate statement would naturally be uttered, and no plan of falsification be formed;

b. Where, even though a desire to falsify might present itself, other considerations, such as the danger of easy detection or the fear of punishment, would probably counteract its force;

c. Where the statement was made under such conditions of publicity that an error, if it had occurred, would probably have been detected and corrected.

The principled basis of the hearsay rule, and its exceptions, was thus understood by commentators on the common law of evidence early in this century. The decision of this Court in *Khan*, therefore, should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories. *Khan* was a sexual assault case, in which the infant complainant described the criminal act to her mother shortly after it occurred. The child was not permitted to testify at trial, and the issue was whether her mother would be permitted to testify as to the statements made to her by the

sister sur une épreuve dont l'objet principal est déjà atteint.

Par conséquent, bien avant l'arrêt *Khan* de notre Cour, il était entendu que les circonstances dans lesquelles le déclarant fait une déclaration peuvent être telles qu'elles garantissent sa fiabilité, indépendamment de la possibilité de contre-interroger. Le mot «garantie» qui figure dans l'expression «garantie circonstancielle de fiabilité» n'exige pas qu'on établisse la fiabilité de manière absolument certaine. Il laisse plutôt entendre que, lorsque les circonstances ne sont pas de nature à soulever les craintes traditionnellement associées à la preuve par oui-dire, cette preuve devrait être admissible même si le contre-interrogatoire est impossible. Selon Wigmore, même s'il n'était pas possible de généraliser en ce qui concerne tous les cas où d'autres circonstances fourniraient un substitut pratique à l'épreuve du contre-interrogatoire, on pouvait identifier certaines catégories générales:

[TRADUCTION] §1422 [...] Bien que les tribunaux n'aient pas généralisé, ils ont fait suffisamment d'affirmations pour qu'on puisse dégager les catégories suivantes de motifs d'exception:

a. Lorsque les circonstances sont telles qu'il serait naturel de faire une déclaration sincère et exacte et de ne former aucun projet de falsification;

b. Lorsque, même s'il pourrait exister une volonté de falsifier, d'autres considérations, comme le danger d'être découvert facilement ou la crainte d'être puni, en neutraliseraient probablement la force;

c. Lorsque la déclaration a été faite dans des conditions de publicité telles qu'une erreur, s'il y en avait eu, aurait probablement été décelée et corrigée.

Les commentateurs de la common law en matière de preuve comprenaient donc, au début du siècle, que la règle du oui-dire et ses exceptions étaient fondées sur des principes. L'arrêt *Khan* de notre Cour doit donc être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux. L'arrêt *Khan* portait sur une affaire d'agression sexuelle dans laquelle la plaignante, qui était une enfant en bas âge, avait décrit l'acte criminel à sa mère peu de temps après sa perpétration. On n'a pas permis à l'enfant de témoigner au

child shortly after the event. Writing for the Court, McLachlin J. concluded, at p. 540, that the hearsay evidence of the child's statements ought to have been admitted at trial, and rejected the approach to hearsay evidence based on categorical exceptions to an inflexible prohibition:

The hearsay rule has traditionally been regarded as an absolute rule, subject to various categories of exceptions, such as admissions, dying declarations, declarations against interest and spontaneous declarations. While this approach has provided a degree of certainty to the law on hearsay, it has frequently proved unduly inflexible in dealing with new situations and new needs in the law. This has resulted in courts in recent years on occasion adopting a more flexible approach, rooted in the principle and the policy underlying the hearsay rule rather than the strictures of traditional exceptions.

McLachlin J. proceeded to observe that, while in England the House of Lords decided in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, that the development of further exceptions to the hearsay rule required intervention by Parliament, this Court in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, declined to follow the majority in *Myers*, preferring instead the dissenting opinion of Lord Donovan where he said, at p. 1047, that "[t]he common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds." Having concluded that it is open to the courts to create new exceptions to the hearsay rule on the basis of principle, McLachlin J. stated the principles that should govern the creation of such exceptions, and the admission of such evidence, to be the "necessity" of the evidence to prove a fact in issue, and the "reliability" of this evidence (at pp. 546-47):

The first question should be whether reception of the hearsay statement is necessary. Necessity for these purposes must be interpreted as "reasonably necessary". The inadmissibility of the child's evidence might be one

procès et il s'agissait de déterminer si sa mère serait autorisée à témoigner au sujet des déclarations que l'enfant lui avait faites peu de temps après l'événement. Le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour, a conclu, à la p. 540, que la preuve par ouï-dire des déclarations de l'enfant aurait dû être admise au procès et a rejeté la conception de la preuve par ouï-dire fondée sur des catégories d'exceptions à une interdiction rigoureuse:

Traditionnellement, la règle du ouï-dire a été considérée comme absolue, sous réserve de diverses catégories d'exceptions comme les aveux, les déclarations de mourants, les déclarations contre intérêt et les déclarations spontanées. Bien que cette attitude ait procuré un certain degré de certitude à la règle en matière de ouï-dire, elle s'est souvent avérée trop rigide devant de nouvelles situations et de nouvelles exigences du droit. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donc parfois adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire, plutôt que sur les restrictions des exceptions traditionnelles.

Le juge McLachlin a ajouté que même si, en Angleterre, la Chambre des lords avait décidé, dans l'arrêt *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, que la création d'exceptions additionnelles à la règle du ouï-dire exigeait l'intervention du législateur, notre Cour, dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, a refusé de suivre l'avis exprimé par la majorité dans l'arrêt *Myers*, préférant plutôt souscrire à l'opinion exprimée en dissidence par lord Donovan, à la p. 1047, savoir que [TRADUCTION] «[c]e sont les juges qui façonnent la common law et il est toujours de leur compétence de l'adapter à l'occasion de manière à ce qu'elle serve les intérêts de ceux qu'elle lie». Après avoir conclu qu'il est loisible aux tribunaux de créer de nouvelles exceptions à la règle du ouï-dire en se fondant sur des principes, le juge McLachlin a affirmé que les principes qui devraient régir la création de ces exceptions et l'admission de la preuve étaient la «nécessité» de cette preuve pour établir un fait litigieux et sa «fiabilité» (aux pp. 546 et 547):

La première question devrait être de savoir si la réception de la déclaration relatée est nécessaire. À ces fins, la nécessité doit être interprétée dans le sens de [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire». L'inad-

basis for a finding of necessity. But sound evidence based on psychological assessments that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child might also serve. There may be other examples of circumstances which could establish the requirement of necessity.

The next question should be whether the evidence is reliable. Many considerations such as timing, demeanour, the personality of the child, the intelligence and understanding of the child, and the absence of any reason to expect fabrication in the statement may be relevant on the issue of reliability. [Emphasis added.]

It is no accident that the criteria identified by McLachlin J. in *Khan* bear a close resemblance to the principle of necessity, and the circumstantial guarantee of reliability, referred to by Wigmore. Clearly, the facts of *Khan* are not similar to the facts on the present appeal. *Khan* was a case of hearsay evidence of statements made by a child, alleged to have been sexually assaulted, who was found to be insufficiently mature to be a competent witness. In the present case, the declarant would have been a competent witness had she been available to give evidence, but she is dead. However, *Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it. What is important, in my view, is the departure signalled by *Khan* from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions, and a movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike. The movement towards a flexible approach was motivated by the realization that, as a general rule, reliable evidence ought not to be excluded simply because it cannot be tested by cross-examination. The preliminary determination of reliability is to be made exclusively by the trial judge before the evidence is admitted.

missibilité du témoignage de l'enfant pourrait être une raison de conclure à l'existence de la nécessité. Mais une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter préjudice pourrait également être utile. Il peut y avoir d'autres exemples de circonstances qui pourraient établir l'existence de la nécessité.

La question suivante devrait porter sur la fiabilité du témoignage. Plusieurs considérations comme le moment où la déclaration est faite, le comportement, la personnalité de l'enfant, son intelligence et sa compréhension des choses et l'absence de toute raison de croire que la déclaration est le produit de l'imagination peuvent être pertinentes à l'égard de la question de la fiabilité. [Je souligne].

La grande ressemblance du critère identifié par le juge McLachlin dans l'arrêt *Khan* avec le principe de la nécessité et la garantie circonstancielle de fiabilité mentionnés par Wigmore, n'est pas fortuite. De toute évidence, les faits de l'affaire *Khan* ne sont pas semblables à ceux du présent pourvoi. L'arrêt *Khan* portait sur la preuve par oui-dire des déclarations faites par une enfant, qui aurait été victime d'agression sexuelle et qui n'a pas été jugée suffisamment mûre pour être habile à témoigner. En l'espèce, la déclarante aurait été habile à témoigner si elle avait pu témoigner, mais elle est décédée. Cependant, l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du oui-dire et ses exceptions. Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par oui-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. L'évolution vers une conception souple est motivée par le fait qu'on s'est rendu compte qu'en règle générale la preuve qui est fiable ne devrait pas être exclue simplement parce qu'elle ne peut être vérifiée au moyen d'un contre-interrogatoire. La détermination préliminaire de la fiabilité doit être faite exclusivement par le juge des faits avant l'admission de la preuve.

This Court's decision in *Khan*, therefore, signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity. A few words about these criteria are in order.

The criterion of "reliability"—or, in Wigmore's terminology, the circumstantial guarantee of trustworthiness—is a function of the circumstances under which the statement in question was made. If a statement sought to be adduced by way of hearsay evidence is made under circumstances which substantially negate the possibility that the declarant was untruthful or mistaken, the hearsay evidence may be said to be "reliable", i.e., a circumstantial guarantee of trustworthiness is established. The evidence of the infant complainant in *Khan* was found to be reliable on this basis.

The companion criterion of "necessity" refers to the necessity of the hearsay evidence to prove a fact in issue. Thus, in *Khan*, the infant complainant was found by the trial judge not to be competent to testify herself. In this sense, hearsay evidence of her statements was necessary, in that what she said to her mother could not be adduced through her. It was her inability to testify that governed the situation.

The criterion of necessity, however, does not have the sense of "necessary to the prosecution's case". If this were the case, uncorroborated hearsay evidence which satisfied the criterion of reliability would be admissible if uncorroborated, but might no longer be "necessary" to the prosecution's case if corroborated by other independent evidence. Such an interpretation of the criterion of "necessity" would thus produce the illogical result that uncorroborated hearsay evidence would be admissible, but could become inadmissible if corroborated. This is not what was intended by this Court's decision in *Khan*.

As indicated above, the criterion of necessity must be given a flexible definition, capable of

L'arrêt *Khan* de notre Cour a donc annoncé la fin de l'ancienne conception, fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par ouï-dire. L'admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité. Quelques précisions sur ces critères s'imposent.

Le critère de la «fiabilité» — ou, suivant la terminologie employée par Wigmore, la garantie circonstancielle de fiabilité — dépend des circonstances dans lesquelles la déclaration en question a été faite. Si une déclaration qu'on veut présenter par voie de preuve par ouï-dire a été faite dans des circonstances qui écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur, on peut dire que la preuve est «fiable», c'est-à-dire qu'il y a une garantie circonstancielle de fiabilité. C'est sur ce fondement qu'on a conclu à la fiabilité du témoignage de l'enfant en bas âge dans l'affaire *Khan*.

Le critère connexe de la «nécessité» renvoie à la nécessité de la preuve par ouï-dire pour établir un fait litigieux. Ainsi, le juge du procès dans l'affaire *Khan* a conclu que l'enfant en bas âge n'était pas habile à témoigner. En ce sens, la preuve par ouï-dire de ses déclarations était nécessaire parce qu'elle ne pouvait pas elle-même présenter les déclarations qu'elle avait faites à sa mère. C'est son inhabilité à témoigner qui régissait la situation.

Le critère de la nécessité n'a cependant pas le sens de «nécessaire à la preuve de la poursuite». Si c'était le cas, la preuve par ouï-dire non corroborée qui satisfait au critère de la fiabilité serait admissible si elle n'était pas corroborée, mais pourrait ne plus être «nécessaire» à la preuve de la poursuite si elle était corroborée par une autre preuve indépendante. Parce que l'interprétation du critère de la «nécessité» aurait donc pour résultat illogique que la preuve par ouï-dire non corroborée serait admissible, mais deviendrait inadmissible si elle était corroborée. Telle n'était pas l'intention de l'arrêt *Khan* de notre Cour.

Comme je l'ai déjà dit, il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, susceptible

encompassing diverse situations. What these situations will have in common is that the relevant direct evidence is not, for a variety of reasons, available. Necessity of this nature may arise in a number of situations. Wigmore, while not attempting an exhaustive enumeration, suggested at §1421 the following categories:

(1) The person whose assertion is offered may now be dead, or out of the jurisdiction, or insane, or otherwise unavailable for the purpose of testing [by cross-examination]. This is the commoner and more palpable reason

(2) The assertion may be such that we cannot expect, again or at this time, to get evidence of the same value from the same or other sources The necessity is not so great; perhaps hardly a necessity, only an expediency or convenience, can be predicated. But the principle is the same.

Clearly the categories of necessity are not closed. In *Khan*, for instance, this Court recognized the necessity of receiving hearsay evidence of a child's statements when the child was not herself a competent witness. We also suggested that such hearsay evidence might become necessary when the emotional trauma that would result to the child if forced to give *viva voce* testimony would be great. Whether a necessity of this kind arises, however, is a question of law for determination by the trial judge.

It is now necessary to apply these principles to the evidence in question in this case. In my opinion, the hearsay evidence of what Ms. King said to her mother in the first two telephone conversations on the night of her murder satisfied the criteria of necessity and reliability set out by this Court in *Khan*. In my view, this evidence falls within the same principles. Ms. King is dead, and will never be able to testify as to what happened on the night of August 10 to August 11, 1986. The relevant direct evidence is therefore unavailable. Ms. King's mother's evidence as to what her daughter told her on the telephone that night was clearly necessary, in the sense that there was no possibility

d'englober différentes situations. Ces situations auront comme point commun que, pour différentes raisons, la preuve directe pertinente n'est pas disponible. Un certain nombre de situations peuvent engendrer pareille nécessité. Sans tenter de faire une énumération exhaustive, Wigmore propose les catégories suivantes au §1421:

[TRADUCTION] (1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant décédé, hors du ressort, aliéné ou, pour quelque autre motif, non disponible aux fins de la vérification [par contre-interrogatoire]. C'est la raison la plus courante et la plus évidente . . .

(2) La déclaration peut être telle qu'on ne peut pas, de nouveau ou à ce moment-ci, obtenir des mêmes ou d'autres sources une preuve de même valeur. [. . .] La nécessité n'est pas aussi grande; il s'agit peut-être à peine d'une nécessité; on peut supposer qu'il s'agit d'une simple commodité. Mais le principe demeure le même.

Il est évident que les catégories de nécessité ne sont pas limitées. Dans l'arrêt *Khan*, par exemple, notre Cour a reconnu la nécessité de recevoir la preuve par ouï-dire des déclarations d'une enfant qui n'était pas elle-même habile à témoigner. Nous avons également dit que cette preuve par ouï-dire pourrait devenir nécessaire lorsque l'obligation de témoigner de vive voix causerait un traumatisme important à l'enfant. La question de savoir s'il y a une nécessité de ce genre est une question de droit qui doit être tranchée par le juge du procès.

Il est maintenant nécessaire d'appliquer ces principes à la preuve dont il est question en l'espèce. À mon avis, la preuve par ouï-dire de ce que M^{me} King a dit à sa mère au cours des deux premières conversations téléphoniques, la nuit où elle a été assassinée, satisfait aux critères de nécessité et de fiabilité que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *Khan*. À mon avis, les mêmes principes s'appliquent à cette preuve. Madame King est décédée et ne sera jamais en mesure de témoigner au sujet de ce qui est arrivé au cours de la nuit du 10 au 11 août 1986. La preuve directe pertinente n'est donc pas disponible. Le témoignage de la mère de M^{me} King quant à ce que sa fille lui a dit au téléphone cette nuit-là était clairement nécessaire, en ce sens qu'il n'y avait aucune possibilité que la

that evidence of what was said could be adduced through the declarant.

Moreover, in respect of the first two telephone conversations, there is no reason to doubt Ms. King's veracity. She had no known reason to lie. In my view, the hearsay evidence relating to the first two telephone conversations between Ms. King and her mother could reasonably be relied upon by the jury, as the traditional dangers associated with hearsay evidence—perception, memory and credibility—were not present to any significant degree.

In my view, it would be neither sensible nor just to deprive the jury of this highly relevant evidence on the basis of an arcane rule against hearsay, founded on a lack of faith in the capacity of the trier of fact properly to evaluate evidence of a statement, made under circumstances which do not give rise to apprehensions about its reliability, simply because the declarant is unavailable for cross-examination. Where the criteria of necessity and reliability are satisfied, the lack of testing by cross-examination goes to weight, not admissibility, and a properly cautioned jury should be able to evaluate the evidence on that basis.

However, I arrive at a different conclusion in respect of the contents of the third telephone conversation ("Larry has come back and I no longer need a ride"). While, as in the case of the first two telephone conversations, the unavailability of the declarant to testify satisfies the criterion of necessity, the conditions under which the statement was made do not, in my view, provide that circumstantial guarantee of trustworthiness that would justify its admission without the possibility of cross-examination. On the evidence, I cannot say that I am without apprehensions that Ms. King may have been mistaken, or, indeed, might have intended to deceive her mother on this account.

The evidence at trial disclosed that after making the second telephone call to her mother, Ms. King was observed to leave the hotel and get into a taxi

preuve de ce qui a été dit soit présentée par la déclarante.

De plus, il n'y a aucune raison de douter de la véracité de ce qu'a dit M^{me} King au cours des deux premières conversations téléphoniques. Elle n'avait aucune raison connue de mentir. À mon avis, le jury pouvait raisonnablement s'appuyer sur la preuve par oui-dire relative aux deux premières conversations téléphoniques entre M^{me} King et sa mère, étant donné que les dangers traditionnellement associés à la preuve par oui-dire, savoir les problèmes de perception, de mémoire et de crédibilité, étaient dans une large mesure inexistants.

À mon avis, il ne serait ni sensé ni juste de priver le jury de cet élément de preuve fort pertinent en raison d'une règle mystérieuse qui interdit le oui-dire et qui est fondée sur un manque de confiance en la capacité du juge des faits d'apprécier comme il se doit la preuve d'une déclaration faite dans des circonstances qui ne soulèvent aucune crainte quant à sa fiabilité, simplement parce que le déclarant ne peut pas être contre-interrogé. Lorsque les critères de nécessité et de fiabilité sont respectés, l'absence de vérification par contre-interrogatoire touche à la valeur probante et non à l'admissibilité, et un jury ayant reçu une mise en garde appropriée devrait être en mesure d'apprécier la preuve sur ce fondement.

J'arrive toutefois à une conclusion différente quant au contenu de la troisième conversation téléphonique («Larry est revenu et je n'ai plus besoin qu'on me ramène»). Comme dans le cas des deux premières conversations téléphoniques, la non-disponibilité de la déclarante comme témoin satisfait au critère de la nécessité, mais, à mon avis, les conditions dans lesquelles la déclaration a été faite ne fournissent pas la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait son admission sans possibilité de contre-interroger. La preuve ne me permet pas de dire que je ne crains pas que M^{me} King ait pu se tromper, ou même qu'elle ait pu vouloir tromper sa mère sur ce point.

La preuve soumise au procès révèle qu'après le deuxième appel téléphonique à sa mère, on a vu M^{me} King quitter l'hôtel et monter dans un taxi

that her mother had arranged to pick her up. She attempted to negotiate a fare to Detroit, but the taxi would not take her because, at this stage, she no longer had a credit card. She was then observed to leave the taxi and proceed immediately to the telephone booth from which she made the third telephone call. It is not, therefore, unreasonable to ask whether she actually had time to observe the respondent's return. It is at least possible that she was mistaken, and had simply observed a car which resembled the respondent's car. In any case, it does seem somewhat curious that she would make the statement "Larry has come back and I no longer need a ride" before having spoken to the respondent to ascertain whether he proposed to allow her to continue to travel with him.

In my view, it is highly significant that it was suggested in the course of the previous telephone conversations that one Philip come to pick up Ms. King and drive her back to Detroit. She was vehemently opposed to this suggestion, and there was some evidence that Philip had assaulted her on a previous occasion. When faced with the choice between a ride home with a person for whom she apparently had a great dislike, and of whom she was quite possibly frightened, on the one hand, and with telling her mother that Larry would take her home, on the other, Ms. King might well have preferred the latter alternative.

Moreover, with all due respect, it must be recalled that Ms. King was travelling under an assumed name and using a credit card which she knew was either stolen or forged. She was, therefore, at least capable of deceit. It may have been that she decided to lie to her mother to conceal some aspect of her activities or circumstances, or, indeed, simply to allay her mother's fears.

I wish to emphasize that I do not advance these alternative hypotheses as accurate reconstructions of what occurred on the night of Ms. King's murder. I engage in such speculation only for the purpose of showing that the circumstances under which Ms. King made the third telephone call to her mother were not such as to provide that circumstantial guarantee of trustworthiness that

que sa mère avait appelé pour aller la chercher. Elle a tenté de négocier un prix pour se rendre à Detroit, mais le chauffeur a refusé de l'y conduire parce qu'elle n'avait plus de carte de crédit à ce moment-là. On l'a alors vue descendre du taxi et se rendre immédiatement à la cabine téléphonique d'où elle a fait le troisième appel téléphonique. Il n'est donc pas déraisonnable de se demander si elle a réellement eu le temps de constater le retour de l'intimé. Il est à tout le moins possible qu'elle se soit trompée et qu'elle ait vu une voiture qui ressemblait à celle de l'intimé. Quoi qu'il en soit, il est quelque peu étrange qu'elle ait affirmé «Larry est revenu et je n'ai plus besoin qu'on me ramène» avant d'avoir parlé à l'intimé pour vérifier s'il comptait lui permettre de continuer à voyager avec lui.

À mon avis, il est très révélateur qu'on ait proposé, au cours des conversations téléphoniques antérieures, qu'un certain Philip aille chercher M^{me} King et la ramène à Detroit. Elle était fortement opposée à cette proposition et, suivant certains éléments de preuve, Philip l'avait déjà agressée. Ayant à choisir entre, d'une part, retourner à la maison avec une personne qu'elle détestait beaucoup apparemment et qui très vraisemblablement l'effrayait, et, d'autre part, dire à sa mère que Larry la ramènerait à la maison, M^{me} King a bien pu préférer la dernière solution.

Il faut se rappeler en outre, en toute déférence, que M^{me} King voyageait sous un nom d'emprunt et utilisait une carte de crédit qu'elle savait volée ou contrefaite. Elle était donc à tout le moins capable de tromper. Elle a pu décider de mentir à sa mère pour cacher un aspect de ses activités ou de sa situation, ou, encore, simplement pour dissiper les craintes de sa mère.

Je tiens à souligner que je n'affirme pas que ces hypothèses sont des reconstitutions exactes de ce qui s'est passé la nuit du meurtre de M^{me} King. Je les formule à seule fin de montrer que les circonstances dans lesquelles M^{me} King a fait le troisième appel téléphonique à sa mère ne sont pas de nature à fournir la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait l'admission de son contenu par voie de

would justify the admission of its contents by way of hearsay evidence, without the possibility of cross-examination. Indeed, at the highest, it can only be said that hearsay evidence of the third telephone call is equally consistent with the accuracy of Ms. King's statements, and also with a number of other hypotheses. I cannot say that this evidence could not reasonably have been expected to have changed significantly had Ms. King been available to give evidence in person and subjected to cross-examination. I conclude, therefore, that the hearsay evidence of the contents of the third telephone conversation did not satisfy the criterion of reliability set out in *Khan*, and therefore was not admissible on that basis.

To conclude, as this Court has made clear in its decisions in *Ares v. Venner*, *supra*, and *R. v. Khan*, *supra*, the approach that excludes hearsay evidence, even when highly probative, out of the fear that the trier of fact will not understand how to deal with such evidence, is no longer appropriate. In my opinion, hearsay evidence of statements made by persons who are not available to give evidence at trial ought generally to be admissible, where the circumstances under which the statements were made satisfy the criteria of necessity and reliability set out in *Khan*, and subject to the residual discretion of the trial judge to exclude the evidence when its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. Properly cautioned by the trial judge, juries are perfectly capable of determining what weight ought to be attached to such evidence, and of drawing reasonable inferences therefrom.

In the result, therefore, I conclude that the hearsay evidence of what Ms. King told her mother in the first two telephone calls satisfied the criteria of necessity and reliability set out in *Khan*, and was properly admissible on that basis. While the contents of the third telephone call satisfied the criterion of necessity as well, the events surrounding the making of that call were not sufficient to provide that circumstantial guarantee of trustworthiness which would justify their admission without

preuve par ouï-dire sans possibilité de contre-interroger. En fait, on peut dire au mieux que la preuve par ouï-dire du troisième appel téléphonique est aussi compatible avec l'exactitude des déclarations de M^{me} King qu'avec un certain nombre d'autres hypothèses. Je ne suis pas en mesure de dire qu'on n'aurait pas pu raisonnablement s'attendre à ce que cette preuve change sensiblement si M^{me} King avait pu témoigner en personne et être contre-interrogée. Je conclus donc que la preuve par ouï-dire du contenu de la troisième conversation téléphonique ne satisfaisait pas au critère de fiabilité formulé dans l'arrêt *Khan* et qu'elle n'est donc pas admissible sur ce fondement.

En conclusion, comme notre Cour l'a clairement fait comprendre dans les arrêts *Ares c. Venner* et *R. c. Khan*, précités, il ne convient plus d'adopter la méthode qui consiste à exclure la preuve par ouï-dire, même lorsqu'elle a une forte valeur probante, de crainte que le juge des faits ne comprenne pas comment l'apprécier. À mon avis, la preuve par ouï-dire des déclarations faites par des personnes non disponibles pour témoigner au procès devrait généralement être admissible, lorsque les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été faites satisfont aux critères de nécessité et de fiabilité énoncés dans l'arrêt *Khan*, et sous réserve du pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge du procès d'exclure la preuve lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. Le jury, à qui le juge du procès a fait la mise en garde appropriée, est parfaitement en mesure de déterminer le poids qu'il faut accorder à cette preuve et d'en tirer des conclusions raisonnables.

En définitive, je conclus que la preuve par ouï-dire de ce que M^{me} King a dit à sa mère lors des deux premiers appels téléphoniques satisfaisait aux critères de nécessité et de fiabilité formulés dans l'arrêt *Khan* et était admissible sur ce fondement. Bien que le contenu du troisième appel téléphonique satisfasse lui aussi au critère de nécessité, les événements entourant cet appel sont insuffisants pour fournir la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait son admission sans contre-interro-

the test of cross-examination. The Crown did not appeal in respect of the fourth telephone conversation, and therefore I make no comment as to the admissibility of hearsay evidence of its contents, other than to say that, in the event of a new trial, it will be governed by the same principles.

2. *Other Grounds of Appeal*

In my view the order for a new trial must be affirmed on the basis of at least one of two supplementary grounds of appeal raised by the respondent, as well as on the basis of my above conclusion in respect of the hearsay evidence of the third telephone call received at trial.

(a) Evidence of Hope Denard

As indicated above, the Crown led evidence from the witness Hope Denard, who testified that in the month prior to the murder she had gone on a trip to Canada with the respondent. On this trip, he apparently abandoned her at a restaurant after she refused to assist him in smuggling illegal drugs from Canada back to Detroit for him. In his closing remarks to the jury, counsel for the Crown made the following statement:

The accused, in my submission, was going to use Aritha King [the deceased] just like he did Hope Denard, to get a package of cocaine into the United States from Canada. The lifestyle of this accused is important in this case. We are talking about a murder. We are talking about a vicious murder and a mutilation.

The respondent argued that the evidence of Hope Denard had no relevance to motive and had the sole effect of suggesting to the jury that a person of the respondent's "lifestyle" or "character" would be more likely to commit a murder of this kind. The appellant's position, in contrast, is that this evidence was very relevant to establish the "context" in which the crime occurred, by suggesting a possible reason why Ms. King would have been travelling from Detroit to Canada with the respondent.

gatoire. Le ministère public n'a pas interjeté appel concernant la quatrième conversation téléphonique et je ne fais donc aucun commentaire quant à l'admissibilité de la preuve par oui-dire de son contenu, si ce n'est que, dans l'éventualité d'un nouveau procès, elle sera régie par les mêmes principes.

(2) *Autres moyens d'appel*

Il faut, à mon avis, confirmer l'ordonnance de nouveau procès en raison d'au moins un des deux moyens d'appel supplémentaires soulevés par l'intimé et en raison de la conclusion que j'ai tirée plus haut au sujet de la preuve par oui-dire du troisième appel téléphonique qui a été reçue au procès.

a) Le témoignage de Hope Denard

Comme je l'ai déjà mentionné, le ministère public a fait témoigner Hope Denard qui a déclaré que, pendant le mois qui avait précédé le meurtre, elle s'était rendue au Canada avec l'intimé. Pendant ce voyage, l'intimé l'a apparemment abandonnée dans un restaurant après qu'elle eut refusé de l'aider à faire passer des drogues illégales du Canada à Detroit. Dans ses observations finales au jury, le substitut du procureur général a déclaré ceci:

[TRADUCTION] À mon avis, l'accusé allait utiliser Aritha King [la défunte], comme il avait utilisé Hope Denard, pour faire passer un paquet de cocaïne du Canada aux États-Unis. Le style de vie de cet accusé est important en l'espèce. Nous parlons de meurtre. Nous parlons d'un meurtre crapuleux et d'une mutilation.

L'intimé a soutenu que le témoignage de Hope Denard n'avait rien à voir avec le mobile du crime et avait uniquement pour effet de laisser entendre au jury qu'une personne ayant le «style de vie» ou la «moralité» de l'intimé était plus susceptible de commettre un meurtre de ce genre. Par contre, l'appelante soutient que cet élément de preuve est fort pertinent pour établir le «contexte» dans lequel le crime a été commis, puisqu'il indique une raison pour laquelle M^{me} King pourrait s'être rendue de Detroit au Canada avec l'intimé.

In his charge to the jury, the trial judge cautioned the jury with respect to the evidence of Hope Denard in the following terms:

Members of the jury, you have heard evidence that describes Mr. Smith as a person whose activities and conduct may not be entirely acceptable to you and some of which may involve illegal activity. I refer to the admitted dealing with girls and drugs, etc. I wish to caution you, members of the jury, that the fact that he has dealt in drugs, etc. is no basis for a conviction for murder. This man is on trial for murder. He is not on trial for any other activity. Under no circumstances can you allow yourselves to be influenced by such conduct in your verdict on a charge of murder. I cannot ask you to ignore the conduct completely because it forms a part of the Crown's theory. You will recall the Crown's reference to Menard [*sic*], etc. Therefore his conduct should only be considered together with all of the other evidence to determine whether he killed Miss King or not, as suggested by the Crown in his theory. The fact that he dealt with girls or drugs does not mean that he could kill or does not mean that he killed anyone. That, as I say, can only be considered with all of the other evidence on the issue of murder and only to the extent that it forms part of the Crown's theory. As I said, and I repeat, he is not on trial for dealing in drugs or girls. He is on trial for murder.

In my opinion, the evidence of Hope Denard was inadmissible, because it was irrelevant to the charge of murder against the respondent. It was evidence going to character, the implication being that a person who had the "character" of a drug smuggler would be more likely to have committed this murder. Such evidence, in my view, was not admissible to establish that the respondent committed this murder.

In *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, the appellant was charged with importing a narcotic into Canada. The trial judge refused to admit into evidence certain items seized at the appellant's residence which included, *inter alia*, a manuscript extolling the virtues of marijuana, a metric scale, tweezers, and three pipes. The appellant was acquitted and the Court of Appeal ordered a new trial. On an appeal to this Court, it was decided

Dans ses directives au jury, le juge du procès a fait la mise en garde suivante au sujet du témoignage de Hope Denard:

[TRADUCTION] Membres du jury, vous avez entendu le témoignage dans lequel on a décrit M. Smith comme une personne dont les activités et la conduite ne sont peut-être pas entièrement acceptables à vos yeux et qui se livre peut-être à des activités illégales. Mentionnons le fait reconnu qu'il s'occupait de filles et de drogues, etc. Membres du jury, je tiens à vous avertir que le fait qu'il s'est occupé de drogues, etc., ne justifie pas une déclaration de culpabilité de meurtre. Cet homme subit un procès pour meurtre. Il ne subit pas un procès pour quelque autre activité. Pareille conduite ne peut en aucun cas influencer sur le verdict que vous rendrez à l'égard de l'accusation de meurtre. Je ne puis vous demander de faire totalement abstraction de cette conduite étant donné qu'elle fait partie de la thèse du ministère public. Vous vous rappellerez la mention de Menard (*sic*) par le ministère public, etc. Par conséquent, sa conduite ne doit être considérée qu'avec tous les autres éléments de preuve pour déterminer s'il a bel et bien tué M^{me} King, comme le laisse entendre la thèse du ministère public. Le fait que l'accusé s'occupait de filles ou de drogues ne veut pas dire qu'il pouvait tuer ni qu'il a tué quelqu'un. Comme je le dis, vous ne devez en tenir compte qu'avec tous les autres éléments de preuve relatifs au meurtre et uniquement dans la mesure où cela fait partie de la thèse du ministère public. Comme je l'ai dit, et je le répète, il n'est pas jugé pour s'être occupé de drogues ou de filles. Il est jugé pour meurtre.

À mon avis, le témoignage de Hope Denard était inadmissible parce qu'il n'avait rien à voir avec l'accusation de meurtre portée contre l'intimé. Il s'agissait d'une preuve concernant la moralité et on laissait entendre qu'une personne qui avait la «moralité» d'un trafiquant de drogue était plus susceptible d'avoir commis ce meurtre. À mon avis, cette preuve n'est pas admissible pour établir que l'intimé a commis le meurtre.

Dans l'arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, l'appelant était accusé d'avoir importé un stupéfiant au Canada. Le juge du procès a refusé d'admettre en preuve certains objets saisis chez l'appelant, notamment un texte manuscrit où l'on vantait les mérites de la marihuana, une balance métrique, des pincettes et trois pipes. L'appelant a été acquitté et la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès. Un pourvoi a été

that the articles in question were relevant only to show that the appellant had used marijuana, and, therefore, that they had no probative value in respect of the specific charge that he had committed the offence of importing a narcotic. Writing for the majority, Pratte J. said, at pp. 730-31, that:

The general rule as to the admissibility of evidence is that it must be relevant. . . .

For one fact to be relevant to another, there must be a connection or nexus between the two which makes it possible to infer the existence of one from the existence of the other. One fact is not relevant to another if it does not have real probative value with respect to the latter. . . .

Thus, apart from certain exceptions which are not applicable here, evidence is not admissible if its only purpose is to prove that the accused is the type of man who is more likely to commit a crime of the kind with which he is charged; such evidence is viewed as having no real probative value with regard to the specific crime attributed to the accused: there is no sufficient logical connection between the one and the other.

Pratte J. then proceeded, at p. 734, to apply this principle to the case before him:

The question to be resolved in the case at bar is whether the fact that the accused uses marijuana creates a logical inference that he knew or ought to have known that the dresser contained a narcotic at the time it was imported. To me there is no connection or nexus between either of these two facts. The use of marijuana by the accused certainly established that he knew of this narcotic, that he was in a position to identify it, but it had no probative value in relation to the guilty knowledge which must be proven by the prosecution. The evidence that the prosecution sought to introduce can have only one effect: that of raising suspicions against the accused solely for the reason that a marijuana user is more likely to import the substance illegally than someone who does not use the narcotic. In my view, this is precisely the type of evidence which cannot be admitted.

I would respectfully adopt the reasoning of the majority in *Cloutier* as applicable in the present case. The evidence of the respondent's past activities involving illegal drugs could only have had

formé devant notre Cour qui a décidé que les objets en question n'étaient pertinents que pour montrer que l'appelant avait utilisé de la marijuana et, par conséquent, que ceux-ci n'avaient aucune valeur probante en ce qui concernait l'accusation précise d'importation de stupéfiant. Le juge Pratte affirme, au nom de la Cour à la majorité, aux pp. 730 et 731:

La règle générale en matière d'admissibilité de preuve est que celle-ci doit être pertinente. . .

Pour qu'un fait soit pertinent à un autre, il faut qu'il existe entre les deux un lien ou une connexité qui permette d'inférer l'existence de l'un à raison de l'existence de l'autre. Un fait n'est pas pertinent à un autre s'il n'a pas par rapport à celui-ci une valeur probante véritable . . .

Ainsi, sauf certaines exceptions qui n'ont pas d'application ici, une preuve n'est pas admissible si son seul objet est de prouver que l'accusé est le type d'homme qui est plus susceptible qu'un autre de commettre un crime du genre de celui dont il est accusé; l'on dit que telle preuve n'a pas de valeur probante véritable par rapport au crime spécifique qui est reproché à l'accusé: il n'y a pas entre l'un et l'autre de lien suffisamment logique.

Puis, à la p. 734, le juge Pratte applique ce principe à l'affaire dont il est saisi:

La question qu'il faut résoudre dans l'espèce est donc celle de savoir si le fait que l'accusé soit un usager de marijuana permet logiquement d'inférer qu'il savait ou aurait dû savoir que le vaisselier contenait un stupéfiant au moment de son importation. Pour moi, il n'y a aucun lien ni connexité entre l'un et l'autre de ces deux faits. L'usage par l'accusé de la marijuana établit certes qu'il connaît ce stupéfiant, qu'il est en mesure de l'identifier, mais cela n'a aucune valeur probante par rapport à la connaissance coupable qui doit être prouvée par la poursuite. La preuve que veut faire la poursuite ne peut avoir qu'un effet: faire naître des soupçons contre l'accusé pour la seule raison qu'un usager de la marijuana est plus susceptible d'en importer illégalement que celui qui ne fait pas usage de ce stupéfiant. C'est précisément là, à mon point de vue, le genre de preuve qui ne peut être admis.

En toute déférence, je suis d'avis que le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Cloutier* s'applique en l'espèce. La preuve des activités antérieures de l'intimé relativement à des drogues

one effect: that of raising suspicions against him solely for the reason that a person who is involved in smuggling drugs is more likely to commit murder than a person who has not engaged in that activity. In my view, there was no sufficient nexus between the respondent's alleged drug smuggling activities and the ultimate issue at his trial: whether he murdered Aritha King. Consequently, this evidence ought not to have been admitted.

However, the evidence of Hope Denard was admitted, and its effect on the jury may have been highly prejudicial. In my opinion, moreover, the trial judge's caution to the jury was inadequate to remove this possibility of prejudice. Indeed, this prejudice could not have been eliminated except by an instruction to the jury that they must ignore the Crown's theory in respect of the evidence of Hope Denard altogether. The learned trial judge did not go this far.

I am unable to say that, had the evidence of Hope Denard not been received at trial, the verdict returned would necessarily have been the same. Consequently, I would not apply the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, and I would affirm the order of the Court of Appeal for a new trial.

(b) Use of Prior Statements by Witnesses

Certain witnesses, called by both parties, previously had made statements to the police, or testified at the preliminary inquiry. The respondent argued in his factum that the learned trial judge did not adequately instruct the jury as to the use to be made of past, unadopted, statements and testimony by these witnesses.

Specifically, Amy King, the mother of Aritha King, testified at the preliminary inquiry and at the trial that her daughter told her on the telephone that the respondent had returned to her at the hotel. Prior to the preliminary inquiry, she had made statements to the police which may have been

illégalles ne pouvait avoir qu'un seul effet: susciter des soupçons contre lui pour l'unique raison qu'une personne qui fait la contrebande de drogues est plus susceptible de commettre un meurtre qu'une personne qui ne se livre pas à ce genre d'activité. À mon avis, il n'existait pas de lien suffisant entre les activités alléguées de contrebande de drogues de l'intimé et la question fondamentale qui se posait à son procès, celle de savoir s'il avait tué Aritha King. Par conséquent, cet élément de preuve n'aurait pas dû être admis.

Toutefois, le témoignage de Hope Denard a été admis et son effet sur le jury a pu être fort préjudiciable. J'estime, en outre, que la mise en garde que le juge du procès a faite au jury était insuffisante pour éliminer cette possibilité de préjudice. En fait, ce préjudice n'aurait pu être éliminé que si le jury avait reçu comme directive de ne pas tenir compte de la thèse du ministère public en ce qui concerne le témoignage de Hope Denard dans son ensemble. Or, le juge du procès n'est pas allé aussi loin.

Je ne puis dire que, si le témoignage de Hope Denard n'avait pas été reçu au procès, le verdict aurait nécessairement été le même. Par conséquent, je n'appliquerais pas la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* et je confirmerais l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant la tenue d'un nouveau procès.

b) Utilisation des déclarations antérieures de témoins

Certains témoins, appelés par les deux parties, avaient déjà fait des déclarations aux policiers ou avaient déposé à l'enquête préliminaire. Dans son mémoire, l'intimé a soutenu que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives adéquates au sujet de l'utilisation à faire des déclarations et dépositions antérieures non adoptées de ces témoins.

En particulier, Amy King, mère d'Aritha King, a témoigné, à l'enquête préliminaire et au procès, que sa fille lui avait dit au téléphone que l'intimé était revenu auprès d'elle à l'hôtel. Avant l'enquête préliminaire, elle avait fait aux policiers des déclarations qui étaient peut-être incompatibles avec sa

inconsistent with her subsequent testimony. The trial judge failed to instruct the jury on the use they could properly make of these statements to the police.

Two of the witnesses relied upon by the respondent at trial to support his defence of alibi gave evidence at the preliminary inquiry which also may have been inconsistent with their trial testimony. When confronted with the apparent discrepancies in cross-examination, both maintained that their trial testimony was a correct statement of the events in question. The trial judge did not instruct the jury that they could not rely upon the earlier testimony of these witnesses unless they adopted it in the course of their trial testimony.

Finally, the trial judge correctly instructed the jury that they could accept and rely upon those portions of the respondent's statements to the police that they found to be true. However, in the absence of the appropriate limiting instructions, this may have been taken by the jury as a general instruction that they could rely upon the past testimony and statements of other witnesses, whether adopted or not at the trial, provided they found them to be true.

This supplementary ground of appeal was not pressed before us in argument, and in view of the conclusions I have reached in respect of hearsay evidence and the evidence of Hope Denard, it is not necessary to decide this ground as well. Indeed, as we have not been invited to reconsider the principles governing the differential use that may be made of past statements by an accused and by other witnesses, in my view it would not be desirable to make a pronouncement on this issue in the present appeal.

Conclusion

In the result, in view of my conclusions with respect to the admissibility of the hearsay evidence

déposition subséquente. Le juge du procès n'a pas donné de directives au jury au sujet de la façon dont il pourrait utiliser ces déclarations faites à la police.

Deux des témoins sur lesquels l'intimé comptait, au procès, pour étayer son moyen de défense fondé sur un alibi ont fait, à l'enquête préliminaire, une déposition qui était peut-être également incompatible avec celle qu'ils ont faite au procès. Lorsqu'on leur a fait remarquer les contradictions apparentes pendant le contre-interrogatoire, les deux témoins ont maintenu que leur déposition au procès constituait un compte rendu exact des événements en question. Dans ses directives, le juge du procès n'a pas informé le jury qu'il ne pouvait pas s'appuyer sur la déposition antérieure de ces témoins à moins que ces derniers ne l'aient adoptée dans leur déposition au procès.

Enfin, le juge du procès a correctement informé les jurés qu'ils pouvaient retenir les parties des déclarations que l'intimé avait faites aux policiers qu'ils estimaient véridiques, et qu'ils pouvaient s'y fier. Toutefois, en l'absence des directives restrictives appropriées, il se peut que le jury ait considéré qu'il s'agissait d'une directive générale lui permettant de s'appuyer sur les dépositions et déclarations antérieures d'autres témoins, et ce, qu'elles aient ou non été adoptées au procès, pourvu qu'il les juge véridiques.

Ce moyen d'appel supplémentaire n'a pas été soulevé devant nous pendant l'argumentation orale et, compte tenu des conclusions que j'ai tirées au sujet de la preuve par oui-dire et du témoignage de Hope Denard, il n'est pas nécessaire non plus de rendre une décision sur ce moyen. En fait, comme on ne nous a pas demandé de réexaminer les principes régissant l'utilisation différente qui peut être faite des déclarations antérieures d'un accusé et d'autres témoins, j'estime qu'il ne serait pas souhaitable de rendre ici une décision sur cette question.

Conclusion

En définitive, compte tenu des conclusions que j'ai tirées au sujet de l'admissibilité de la preuve

of the contents of the third telephone conversation, and in relation to the evidence of Hope Denard, I am of the opinion that the conviction should be quashed and a new trial ordered. The Crown's appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

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

Solicitors for the respondent: Cohen, Highley, Vogel & Dawson, London.

par ouï-dire du contenu de la troisième conversation téléphonique et du témoignage de Hope Denard, je suis d'avis que la déclaration de culpabilité devrait être annulée et un nouveau procès ordonné. Le pourvoi du ministère public est rejeté.

Pourvoi rejeté.

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

Procureurs de l'intimé: Cohen, Highley, Vogel & Dawson, London.