

COURT FILE NUMBER

1103 14112

Clerk's Stamp

COURT:

COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL CENTRE:

EDMONTON

IN THE MATTER OF THE *TRUSTEE ACT*, RSA 2000,
c T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND INTER
VIVOS SETTLEMENT CREATED BY CHIEF WALTER
PATRICK TWINN, OF THE SAWRIDGE INDIAN
BAND, NO. 19 now known as SAWRIDGE FIRST
NATION ON APRIL 15, 1985 (the "1985 Sawridge
Trust")

APPLICANTS:

ROLAND TWINN, MARGARET WARD, TRACEY
SCARLETT, EVERETT JUSTIN TWINN AND DAVID
MAJESKI, as Trustees for the 1985 Sawridge
Trust ("Sawridge Trustees")

DOCUMENT

**SUPPLEMENTAL BRIEF OF THE SAWRIDGE FIRST
NATION ON THE ASSET TRANSFER ISSUE**

ADDRESS FOR SERVICE AND
CONTACT INFORMATION OF
PARTY FILING THIS
DOCUMENT

Parlee McLaws LLP
Barristers and Solicitors
1700 Enbridge Centre
10175-101 Street
Edmonton, AB T5J 0H3
Attention: Edward H. Molstad, Q.C.
Telephone: 780-423-8506
Facsimile: 780-423-2870
File No.: 64203-7/EHM

Dentons Canada LLP
2500 Stantec Tower
10220 103 Avenue
Edmonton, AB T5J 3V5
Attn: Doris C. E. Bonora/Michael S. Sestito
Email: doris.bonora@dentons.com/
michael.sestito@dentons.com

Counsel for the 1985 Trustees

McLennan Ross LLP
600 McLennan Ross Building
12220 Stony Plain Road
Edmonton, AB T5N 3Y4
Attn: Crista Osualdini/Dave Risling
Email: cosualdini@mross.com/
drisling@mross.com

Counsel for Catherine Twinn

Hutchison Law
190 Broadway Business Square
130 Broadway Boulevard
Sherwood Park, AB T8H 2A3
Attn: Janet Hutchison
Email: jhutchison@jlhlaw.ca

**Counsel for the Office of the Public
Guardian and Trustee of Alberta**

Shelby Twinn
9918 – 115 Street
Edmonton, AB T5K 1S7
Email: s.twinn@live.ca

**Self-Represented Party,
Intervenor on Asset Transfer Issue**

Field Law
2500 Enbridge Centre
10175-101 Street
Edmonton, AB T5J 0H3
Attn: P. Jonathan Faulds, Q.C.
Email: jfaulds@fieldlaw.com

**Counsel for the Office of the Public
Guardian and Trustee of Alberta**

TABLE OF CONTENTS

I.	Introduction	4
II.	Facts	4
III.	Purpose of the Application	5
IV.	Case Law.....	5
V.	Sawridge's Submissions are based in Evidence	7
VI.	Catherine Twinn Evidentiary issues.....	8
A.	Catherine Twinn's January 2020 Affidavit is largely based on Hearsay.....	8
B.	Catherine Twinn's questioning evidence of March 12, 2020 Should Be Given No Weight	11
VII.	The 1982 Trust Assets Are Held By the 1985 Trustees For the 1982 Beneficiaries On A Resulting Trust	13
VIII.	All Assets in the 1985 Trust Originated in the 1982 Trust.....	14
IX.	The Correspondence of Aline Huzar, dated September 10, 2020 is Irrelevant....	18
X.	RELIEF SOUGHT	18
	List of Authorities.....	20

I. INTRODUCTION

1. This Honourable Court has permitted supplemental submissions as to the effect of the August 24, 2016 Consent Order (the "Consent Order") approving the transfer of assets from the Sawridge Band Trust (the "1982 Trust") to the Sawridge Band Inter Vivos Settlement (the "1985 Trust") and the terms upon which those assets are currently held (the "Asset Transfer Issue").

2. Sawridge First Nation ("Sawridge") continues to rely upon its written submissions filed November 15, 2019 and November 20, 2019 in respect of the Asset Transfer Issue.

3. Sawridge files these submissions to supplement the legal position advanced in its earlier submissions, address some of the evidence that has been adduced in this matter since November 2019, and respond to the submissions made by Aline Huzar on September 10, 2020:

- (a) Based on a review of the applicable evidence, including the affidavits and cross-examinations of Paul Bujold and Catherine Twinn, Sawridge submits that this Court should have confidence in the sufficiency of the record before it and should direct that the assets situated in the 1985 Trust are held by the Trustees of the 1985 Trust (the "1985 Trustees") on a resulting trust for the benefit of the 1982 Trust beneficiaries. The 1985 Trustees hold legal title, per the Consent Order, but they hold the assets subject to the terms of the 1982 Trust and the 1982 Trust beneficiaries continue to be the beneficial owners.
- (b) None of the evidence adduced by any party or intervener since November 2019 has altered this fact. The 1982 Trust continues to exist as it was not terminated or varied by court order or by any authority contained in the 1982 Trust deed. It is incontrovertible that all assets in the 1985 Trust originated in the 1982 Trust. Title to the 1982 Trust assets is held legally by the 1985 Trustees in trust for the 1982 beneficiaries and subject to the terms of the 1982 Trust.
- (c) Catherine Twinn's evidence is largely based on hearsay, and is otherwise irrelevant to the Asset Transfer Issue, which is a question of law.
- (d) Finally, the correspondence of Aline Huzar is irrelevant to the determination of the Asset Transfer Issue.

II. FACTS

4. Sawridge relies on the statement of facts set out in its brief of November 15, 2019 and its reply brief of November 20, 2019.

III. PURPOSE OF THE APPLICATION

5. This application was filed by the 1985 Trustees pursuant to an instruction from this Court to clarify the meaning and effect of the Consent Order pronounced by the Honourable Mr. Justice Thomas on August 24, 2016. At the case management hearing of April 25, 2019 this Court stated that it had “concerns with respect to...a modification of a trust without any judicial approval, without any compliance with section 42 [of the *Trustee Act*, RSA 2000, c T-8], without anything other than simply the creation of a new trust”.¹

6. This Court discussed its aims at the November 22, 2019 case management hearing. On that date this Honourable Court asked “what’s the theoretical basis in trust law that gets us to wherever we get to? What was the theoretical basis after the order is granted?”²

7. This Court’s intention was further confirmed at the case management hearing of November 27, 2019. At that case management hearing this Court stated that the purpose of the application is to consider whether the Consent Order means that the 1982 Trust assets are held by the 1985 Trustees for the benefit of the 1985 Trust beneficiaries or for the benefit of the 1982 Trust beneficiaries.³

8. At the November 27, 2019 case management hearing this Honourable Court further stated that to properly determine the meaning of the Consent Order this Honourable Court will have to consider “the context, and the background, and...the status of this trust immediately prior to Justice Thomas granting his order”.⁴

IV. CASE LAW

9. Sawridge continues to rely upon the authorities cited in its brief filed on November 15, 2019 and reply brief filed November 20, 2019.

10. Sawridge notes that *Bruderheim Community Church v Board of Elders*, 2018 ABQB 90 was upheld on appeal with the Court of Appeal endorsing the reasons of the chambers justice.⁵

11. Sawridge further relies on the recent decision of the Ontario Superior Court in *Berg v Jaylevy*.⁶

¹ Transcript of April 25, 2019 Case Management Hearing at 3:15-17 [Tab A]

² Transcript of November 22, 2019 Case Management Hearing at 8:37-39 [Tab B]

³ Transcript of November 27, 2019 Case Management Hearing at 5:24-31 [Tab C]

⁴ Transcript of November 27, 2019 Case Management Hearing at 6:30-31 [Tab C]

⁵ *Bruderheim Community Church v Moravian Church in America (Canadian District)*, 2020 ABCA 393 [Tab 1]

12. In many respects, the facts of this matter closely resemble the facts of *Berg*. In *Berg* there were three trusts created consecutively in time, all of which were controlled by the same trustee and which shared similar, but not identical beneficiaries. All trusts involved the same asset, a cottage. *Berg* also involved an incomplete set of documents, unclear records, and fading memories.

13. In *Berg*, the settlor/trustee, Allen, purchased the cottage in 2001 using both his own funds and funds contributed by his wife, Judith. Allen then executed a trust indenture declaring that he held the cottage on trust for a corporation wholly-owned by his wife Judith. This was the First Trust. Approximately six years later Allen executed an agreement of purchase and sale transferring the cottage from "Allen in trust for Judith's corporation" to "Allen in trust for Allen and Judith". This was the "First Transfer", which created the "Second Trust". Seven years later Allen attempted to transfer the cottage to a new legal owner, a corporation wholly-controlled by Allen, in trust for Allen. This was the "Second Transfer", which created the "Third Trust".

14. The court found that the First Transfer was valid but that the Second Transfer was invalid. Judith was aware of the First Transfer and confirmed that her corporation received fair market value. However, the Second Transfer was invalid because Allen did not have Judith's consent, as a 50% beneficial owner, to transfer the cottage into his own beneficial ownership. The Second Trust had a very barebones declaration and did not give Allen, as trustee, the authority to dispose of the cottage on his own accord.

[42] On the evidence, Mr. Berg, as trustee of Mrs. Berg's one-half beneficial interest in the cottage property, had no authority to divest her of this interest. Without Mrs. Berg's express consent, Mr. Berg, as trustee, had [sic] could not unilaterally vary the terms of the trust to eliminate Mrs. Berg's beneficial interest. A trust cannot be terminated or varied except in limited circumstances. As stated by A.H. Oosterhoff, *et al.* in *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 8th ed. (Toronto: Carswell, 2014) [*Oosterhoff on Trusts*], at p. 329:

After constitution, settlors cannot revoke trusts, unless they retain a power of revocation when creating the trust. This is because when a settlor establishes a trust he or she disposes of the property and no longer has control over it, save by express provision.

[43] Trusts may only be varied or terminated prematurely by the beneficiaries in reliance on the rule in *Saunders v. Vautier* (1884), 49 E.R. 482 (Ch.)(1); or by court order; or by the trustee if the trust document specifically permits the variation and the variation is consistent with the settlor's intention: see *Oosterhoff on Trusts*, at pp. 347-348. None of these methods of variation apply

⁶ 2019 ONSC 2255 [*Berg*] [Tab 2]

to the trust created by Mr. Berg. Accordingly, the trust could not be varied to eliminate Mrs. Berg's beneficial interest without her consent.⁷

15. As stated in paragraph 43, a trust can only be varied or terminated by court order, or if the variation is permitted by the trust deed. Alberta has eliminated the rule in *Saunders v Vautier* by statute. Variation or termination by court order is governed by Section 42 of the *Trustee Act*. The 2016 Consent Order did not meet the requirements of Section 42.

16. The Court then held that since the Second Transfer was invalid the cottage was held by the beneficiaries of the Second Trust - the trust in existence immediately prior to the Second Transfer. The Court does not discuss a resulting or constructive trust and instead simply vests the cottage on the beneficiaries of the Second Trust - Judith and Allen's estate. The Court felt that this was the most straightforward response because the Second Trust - which had a barebones declaration - did not specify who took legal ownership after Allen's death.

17. Sawridge does not propose following that course in this application. Sawridge's position is that the effect of the Consent Order is that legal ownership of the 1982 Trust assets is held by the 1985 Trustees but the assets are held subject to the terms of the 1982 Trust and for the beneficiaries defined in the 1982 Trust deed. Given the nature of the 1982 Trust there would be little sense transferring legal title directly to the beneficiaries as was done in *Berg*.

V. SAWRIDGE'S SUBMISSIONS ARE BASED IN EVIDENCE

18. Contrary to the position taken by the OPGT in its reply brief of November 20, 2019,⁸ all of Sawridge's submissions are based in evidence that has been filed in this Court. Having regard to the extensive questioning and document production that has occurred in this matter, this Court should have confidence in the sufficiency of the record before it to make a determination on the Asset Transfer Issue in accordance with Sawridge's position.

19. Contrary to both Ms. Twinn's and the OPGT's assertions, the 1982 Trust continues to exist. This is largely established in Sawridge's brief of November 15, 2019. In short, the 1982 Trustees did not have authority under the 1982 Trust Deed, the *Trustee Act*, or the common law to conduct the Asset Transfer.

20. A trust can only be varied or terminated by court order under section 42 of the *Trustee Act* or if permitted by the trust deed.

21. None of the evidence filed to date in this matter has shown that the 1982 Trustees did in fact have the authority to conduct the Asset Transfer. Whether the 1982 Trustees or their advisers believed that this authority existed is irrelevant.

⁷ *Berg* at paragraphs 42-43 [Tab 2]

⁸ Reply Brief of the Office of the Public Guardian and Trustee, filed November 20, 2019, at paragraph 2.

VI. CATHERINE TWINN EVIDENTIARY ISSUES

A. Catherine Twinn's January 2020 Affidavit is largely based on Hearsay

22. Ms. Twinn's affidavit sworn January 24, 2020 and filed January 28, 2020 (the "2020 Twinn Affidavit") largely consists of hearsay and double hearsay.⁹ None of the evidence meets any of the requirements of the exceptions to the hearsay rule or the principled exception to the hearsay rule. The 2020 Twinn Affidavit evidence does not meet the dual requirements of necessity and reliability. The 2020 Twinn Affidavit evidence does not meet the requirements of the traditional exceptions to the hearsay rule or the requirements of the principled exception to the hearsay rule.

23. Subparagraphs 5(a), 5(b), 5(c), 5(d), 5(e), 5(f), 5(g), 5(h), 5(i), 5(j), 5(k), 5(l), 5(m), 5(n), 5(o), 5(p), and 5(q) of the 2020 Twinn Affidavit contain hearsay. These subparagraphs, which are the vast majority of the affidavit, contain many statements allegedly made by Mr. Ewoniak to Ms. Twinn and are provided for the truth of their content. Subparagraphs 5(d), 5(h), 5(i), 5(k), 5(l), 5(n), 5(o), and 5(p) contain double hearsay as Ms. Twinn provides Mr. Ewoniak's alleged memory of remarks made by Chief Twinn or by Deloitte LLP, where Mr. Ewoniak was previously a partner.

24. Hearsay is an out-of-court statement that is offered to prove the truth of whatever is asserted.¹⁰ Double hearsay is an out-of-court statement made by a declarant to a second person and then repeated by the second person to the person attempting to offer this out-of-court statement to prove the truth of whatever is asserted.¹¹ A double hearsay statement can only be admitted if both levels of hearsay satisfy either the traditional exception or principled exception to hearsay requirements.¹²

25. Ms. Twinn attempts to use the 2020 Twinn Affidavit to enter statements, offered for the truth of their content, allegedly made by Mr. Ron Ewoniak. Mr. Ewoniak was an accountant retained by Sawridge, various Sawridge-related corporations, and eventually the trusts, from the late 1960s through to 1996.¹³

26. Additionally, the 2020 Twinn Affidavit contains evidence, via hearsay, which purports to make legal determinations, including that the 1982 Trust "was dissolved" and has "ceased to exist". With respect to Mr. Ewoniak, these are determinations which can only be determined by

⁹ Affidavit of Catherine Twinn, sworn January 24, 2020 and filed January 28, 2020 [Tab D]

¹⁰ *R v Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 SCR 787, at paragraph 35 [*Khelawon*] [Tab 3]

¹¹ *R v Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 SCR 144, at paragraph 172-174 [*Starr*] [Tab 4]

¹² *R v Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 SCR 144, at paragraph 172 [*Starr*] [Tab 4]

¹³ 2020 Twinn Affidavit at paragraphs 5(a) to 5(b) [Tab D]

this Court. Mr. Ewoniak's opinion on the legal status of the 1982 Trust is irrelevant to a determination of whether the 1982 Trust continues to exist.

27. Additionally, Ms. Twinn has never offered any affidavits directly from Mr. Ewoniak. Ms. Twinn has not provided an explanation for why she elected to offer this evidence as hearsay rather than directly from Mr. Ewoniak himself.

28. Mr. Ewoniak acted as an accountant for Sawridge for many years. Sawridge was not provided with any advance knowledge that Ms. Twinn would be introducing hearsay evidence from a person who owes Sawridge various confidentiality obligations.

29. Ms. Twinn does not provide any evidence regarding when her conversation with Mr. Ewoniak occurred, the nature and context of the conversation, whether the conversation was in person or via telephone, written or electronic correspondence, or some other medium. Ms. Twinn does not mention whether she advised Mr. Ewoniak that she is no longer a trustee of the 1985 Trust. This lack of context raises serious reliability concerns.

30. As a result of this hearsay, the 2020 Twinn Affidavit is inadmissible. Alternatively, the 2020 Twinn Affidavit should be given no weight.

Ms. Twinn's Hearsay Evidence Does Not Meet the Requirements of the Principled Exception

31. It is clear that Ms. Twinn's 2020 Affidavit does not satisfy any of the traditional exceptions to the hearsay rule. Her 2020 Affidavit also does not satisfy the principled exception requirements.

32. In *Khelawon*, the Supreme Court clarified that hearsay evidence is admissible when the tendering party can show that the evidence is both reliable and necessary.¹⁴ Ms. Twinn's 2020 Affidavit evidence is neither reliable nor necessary.

33. Ms. Twinn must provide context and circumstances must be provided to show that the statement is trustworthy.¹⁵ None of this information is provided in Ms. Twinn's Affidavit. Her affidavit does not provide any context as to when Mr. Ewoniak made these statements, whether this conversation was in person or via telephone, or whether the conversation occurred in writing via letter or email.

34. At Ms. Twinn's 2020 Questioning she gave evidence that the conversation was "recent" but was only able to say that the conversation was December 2019 or January 2020.¹⁶ When asked whether Mr. Ewoniak would be willing to share any information he has about the trusts

¹⁴ *R v Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 SCR 787, at paragraph 42 [*Khelawon*] [Tab 3]

¹⁵ *R v Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 SCR 787, at paragraph 48-49 [*Khelawon*] [Tab 3]

¹⁶ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 30:8-16 [Tab E]

Ms. Twinn does not answer directly, but instead says that he was willing to share this information with her.¹⁷ Ms. Twinn never states, either in her affidavit or at her questioning, whether Mr. Ewoniak believed that she continues to be a 1985 Trustee.

35. Furthermore, both Ms. Twinn's 2020 Affidavit and her questioning evidence raise questions about Mr. Ewoniak's reliability. Mr. Ewoniak's statements concern events from over 35 years ago. Both Mr. Ewoniak's statement in the affidavit¹⁸ and Ms. Twinn's questioning testimony¹⁹ suggest that Mr. Ewoniak was speaking without notes. It would be very strange for Mr. Ewoniak to have retained confidential documents subsequent to his retirement.²⁰ Mr. Ewoniak's memories of events from over 35 years ago, unaided by contemporaneous notes and provided without context, lack reliability.

36. Additionally, the double hearsay evidence concerning Mr. Ewoniak's memories of Chief Twinn's views and opinions is unreliable for the same reasons as stated above.

37. Ms. Twinn has also failed to show how her hearsay evidence is necessary. By Ms. Twinn's own admission at her questioning Mr. Ewoniak is alive, competent, and resides in Edmonton for at least part of the year.²¹ There is no reason that Mr. Ewoniak could not have provided his evidence and been made available for cross-examination.

38. Mr. Ewoniak's evidence is also not necessary because it does not assist with a determination of the issues in question on this application. This application is concerned with a pure question of law - the effect of the Asset Transfer Order and the 1982 Trustees' authority to "transfer" assets into the 1985 Trust. Mr. Ewoniak's evidence as to the Trustees' beliefs is not necessary. The Trustees' actions and their authority to conduct the Asset Transfer can be determined by reviewing the various trust deeds and trustee resolutions related to the Asset Transfer. The Trustees' actions and their authority are relevant, but their accountant's or professional advisors' opinions are not. Whether the Trustees believed they had an authority is irrelevant and thus Mr. Ewoniak's evidence on the same is not necessary.

39. Additionally, Ms. Twinn's double hearsay evidence concerning Chief Twinn's intentions is unnecessary. Chief Twinn's intentions with respect to the purpose of the 1985 Trust is made

¹⁷ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 31:6-8.[Tab E]

¹⁸ 2020 Twinn Affidavit at paragraph 5(o) [Tab D].

¹⁹ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 31:9-15 [Tab E]

²⁰ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 30:1-2.[Tab E]

²¹ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 30:23-27.[Tab E]

clear through the 1985 Trust deed itself, his 1993 trial testimony, and through questioning evidence provided by various parties, including by Ms. Twinn.²² Additionally, we can infer that Chief Twinn both intended for the Asset Transfer to be effective, as he caused the transfer to occur, and believed that the Asset Transfer was valid, as he then acted as a 1985 Trustee and dealt with trust assets on that basis. With respect, Chief Twinn's belief about the validity of the Asset Transfer is irrelevant to the determination of whether the Asset Transfer was valid at law and to the determination of the effect of the Consent Order and the terms on which the assets in the 1985 Trust are held.

40. Furthermore, even if this evidence were not hearsay it should be accorded no weight. As stated above, Mr. Ewoniak is only able to provide his own lay opinion on the events surrounding the Asset Transfer. Mr. Ewoniak's opinion of the validity of the Asset Transfer is irrelevant, as a determination of the consequences of the Asset Transfer on the beneficial ownership of the 1982 Trust assets is a question of law for this Honourable Court to determine.

B. Catherine Twinn's questioning evidence of March 12, 2020 Should Be Given No Weight

41. On March 12, 2020 Ms. Twinn was questioned by the OPGT in relation to this application ("Ms. Twinn's Questioning").²³ Sawridge respectfully submits that Ms. Twinn's testimony from that day should be given no to minimal weight in this Honourable Court's deliberations.

42. Sawridge was opposed to Ms. Twinn's Questioning and made a statement on the record at the outset of Ms. Twinn's questioning.²⁴ Sawridge was opposed to Ms. Twinn's questioning because Ms. Twinn had previously acted as counsel to Sawridge for many years. Sawridge, along with the 1985 Trustees, also took the position that Ms. Twinn's Questioning was improper and in violation of Rule 6.7 because Ms. Twinn and the OPGT are not adverse in interest on this application.

Ms. Twinn's Prior Retainer by Sawridge

43. Ms. Twinn was previously retained by Sawridge and by other First Nations in 1984 to act on their behalf on a constitutional challenge. Ms. Twinn acted for Sawridge from 1984 through

²² The use of hearsay to introduce the viewpoint of a deceased person is less odious than the use of double hearsay. As the declarant is no longer able to provide the evidence himself hearsay becomes necessary. However, double hearsay is not necessary when so many sources of Chief Twinn's views exist. The reliability concerns of double hearsay remain.

²³ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 1 [Tab E]

²⁴ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 2:9-3:15 [Tab E]

to the final conclusion of Sawridge's constitutional challenge in 2009.²⁵ The constitutional challenge involved, *inter alia*, a dispute over the amendments to the band membership rules introduced by Bill C-31 in April 1985. These are the same membership rule amendments which are at the heart of the difference between the 1982 Trust and 1985 Trust beneficiary definitions.

44. In Ms. Twinn's capacity as Sawridge's counsel she came into the possession of many privileged documents. Sawridge was concerned that Ms. Twinn would divulge privileged information during the course of her questioning.

Ms. Twinn and the OPGT are not adverse in interest on this application

45. Sawridge also took issue with Ms. Twinn's Questioning as Ms. Twinn and the OPGT are not adverse in interest in this application.

46. Ms. Twinn's Questioning was clearly a questioning on affidavit and not a questioning for discovery, and as such Rule 6.7 applied.

47. At paragraph 67 of Ms. Twinn's brief, filed November 15, 2019, Ms. Twinn prays for confirmation that the "meaning and effect of the Consent Order is to confirm that the subject assets are held subject to the terms of the 1985 Trust Deed". Meanwhile, at paragraph 96 of the OPGT responding brief, filed November 15, 2019, the OPGT requests that the Court "confirm that the effect of the consent order...is that the assets were properly transferred and are, and have been since the date of the transfer, held in the 1985 Trust for the beneficiaries of the 1985 Trust." As such, Ms. Twinn and the OPGT are not adverse in interest and did not have the right to examine one another.

Ms. Twinn's Questioning Testimony did not provide any relevant information concerning the Asset Transfer

48. Notwithstanding the above submissions on admissibility, Ms. Twinn's Questioning also provided little to no information relevant to this application. Ms. Twinn confirmed that, although she served as a 1985 Trust trustee from 1986 through to 2018,²⁶ she did not become actively involved with trust administration until 1997.²⁷ Ms. Twinn further confirmed that she

²⁵ *Twinn v Sawridge Band*, 2017 ABQB 366 at para 2 [Tab 5]

²⁶ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 9:8-9 and 9:26 [Tab E]

²⁷ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 50:21-24 [Tab E]

could not recall the band membership meetings which occurred in the context of the asset transfer, including band council resolutions which she signed.²⁸

49. Furthermore, Ms. Twinn gave evidence which supports Sawridge's position on this application. Ms. Twinn stated that she understood that the 1985 Trust's purpose was to ensure that band assets developed prior to 1985 would not be shared with anyone who had enfranchised prior to 1985 and was being readmitted to band membership via Bill C-31.²⁹ Ms. Twinn gave evidence that the people who had enfranchised prior to 1985 had received substantial *per capita* payments from the band's capital and revenue accounts.³⁰ The band wanted to ensure that persons who had enfranchised and received *per capita* payments would not have any remaining claim on the band's assets, as they had already received their share.

50. Ms. Twinn's understanding of the 1985 Trust's purpose is consistent with the view she advocated in the Bill C-31 litigation.

51. Additionally, a trustee's opinion and recollection of events which occurred approximately 35 years ago are not determinative of legal realities. Ms. Twinn, along with the other trustees, may have thought that the asset transfer was valid from 1985. They may have further thought that the Consent Order was sufficient to ameliorate any defects in the asset transfer. This belief does not change the legal reality or satisfy the *Trustee Act*.

VII. THE 1982 TRUST ASSETS ARE HELD BY THE 1985 TRUSTEES FOR THE 1982 BENEFICIARIES ON A RESULTING TRUST

52. The 1982 Trust assets are currently held by the 1985 Trustees on a resulting trust for the benefit of the 1982 Trust beneficiaries. Legal title to the 1982 Trust assets is held by the 1985 Trustees – that is the legal effect of the Consent Order. The 1985 Trustees took legal title either in 1985 when the purported transfer occurred or in 2016 (but retroactively to 1985) via the Consent Order.

53. While legal title was transferred to the 1985 Trustees, equitable or beneficial title did not transfer. As discussed in Sawridge's brief filed November 15, 2019, the 1982 Trustees did not have the power, under the 1982 Trust deed, to convey either legal or equitable title to the

²⁸ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 51:23-52:4 [Tab E]

²⁹ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 21:24-22:6, 23:23-27 [Tab E]

³⁰ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020 at 22:4-15 and 25:4-8 [Tab E]

1985 Trustees. As the 2016 Consent Order was not brought under section 42 of the *Trustee Act* the Consent Order could not transfer beneficial title.

54. A resulting trust will arise when an express trust fails and the trustees are left holding the property.³¹ As the 1982 Trustees did not have the power to change the beneficial ownership of the 1982 Trust assets, the assets are held by the 1985 Trustees on resulting trust, subject to the terms of the 1982 Trust and for the beneficiaries as defined in the 1982 Trust deed, being all present and future members of Sawridge.

55. In essence, this matter largely resembles *Berg*. The trustees did not have the authority to dispose of the entire trust property. The Trustees acted outside of their authority under the 1982 Trust deed and did not act in accordance with section 42 of the *Trustee Act*. While the Court in *Berg* did not explicitly create a resulting trust, the effect of the final disposition was to return beneficial ownership of the trust corpus to the prior trust beneficiaries. There was no need to use a resulting trust in that case because there were only two beneficiaries, the trust asset was discrete, and because no party wanted to maintain the trust situation.

VIII. ALL ASSETS IN THE 1985 TRUST ORIGINATED IN THE 1982 TRUST

56. The OPGT and Catherine Twinn have argued that a debenture issued by Sawridge Enterprises Ltd. (the "Debenture") also entered the 1985 Trust corpus.³² The OPGT and Ms. Twinn argue that the Debenture has comingled with the 1982 Trust assets and thus barring a straightforward declaration that all 1985 Trust assets are held on the 1982 Trust terms. With respect, the OPGT and Ms. Twinn are mistaken.

57. The Debenture was never a 1985 Trust asset. The instrument assigning the Debenture to the 1985 Trust was never registered, and the Debenture was discharged before this advice and direction application was commenced. As the instrument assigning the Debenture to the 1985 Trust was never registered it never had any legal effect.³³

58. The Debenture was issued in 1985 to Chief Twinn as Trustee for the Sawridge Indian Band, as Sawridge was then known.³⁴ The Debenture was security for \$12,000,000.00 loaned to Sawridge Enterprises Ltd. by Sawridge. The Debenture is sometimes referred to as the

³¹ Donovan Waters, Mark Gillen & Lionel Smith, eds, *Waters' Law of Trusts in Canada* 4th Edition (Toronto: Carswell, 2012) at 446 [*Waters*] [Tab 6]

³² Demand Debenture, issued by Sawridge Enterprises Ltd. to Walter P. Twinn on January 21, 1985 [Tab F]

³³ Assignment of Debenture, dated April 15, 1985 [Tab G]

³⁴ Demand Debenture, issued by Sawridge Enterprises Ltd. to Walter P. Twinn on January 21, 1985 at page 1 [Tab F]

"\$12,000,000.00 debenture". The Debenture was secured, *inter alia*, on two lots of land (the "Lands") then owned by Sawridge Enterprises Ltd. and bearing the legal descriptions of:³⁵

- (a) LOT ONE (1)
CONTAINING ONE AND TWELVE HUNDREDTHS (1.12) ACRES
MORE OR LESS
IN BLOCK FIVE-A (5-A)
ON PLAN 3225 T.R.
EXCEPTING THEREOUT:

ACRES	PLAN	NUMBER
0.01	SUBDIVISION	752 0877

(SLAVE LAKE – SE 36-72-6-5)
EXCEPTING THEREOUT ALL MINES AND MINERALS.

- (b) LOT TWO (2)
CONTAINING FOUR AND NINETY SIX HUNDREDTHS (4.96) ACRES
MORE OR LESS
IN BLOCK FIVE-A (5-A)
ON PLAN 3225 T.R.
(SLAVE LAKE - SE 36-72-6-5)

EXCEPTING THEREOUT ALL MINES AND MINERALS.

59. There is no evidence that the Debenture ever entered the 1982 Trust and, to Sawridge's knowledge, no party is advancing that position.

60. The confusion as to whether the Debenture ever entered the 1985 Trust corpus is because Mr. Paul Bujold gave evidence at his questioning on May 27 & 28, 2014, that the Debenture became a 1985 Trust asset.³⁶ Mr. Bujold arrived at this conclusion on the basis of an "Assignment of Debenture" (the "Assignment") dated April 15, 1985 which appears to assign the Debenture to the 1985 Trust.³⁷ Mr. Bujold clarified his position at his 2020 questioning and advised that the Debenture never became a 1985 Trust asset.³⁸

³⁵ Demand Debenture, issued by Sawridge Enterprises Ltd. to Walter P. Twinn on January 21, 1985 at page 25 [Tab F]

³⁶ Transcript from the Questioning on Affidavit of Paul Bujold, May 27 & 28, 2014 at 50:22-51:4 [Tab H]

³⁷ Assignment of Debenture dated April 15, 1985 [Tab G]

³⁸ Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Paul Bujold, February 26 & March 2, 2020 at 42:2-19, 44:3-6, 46:20-24, 47:4-15, 48:1-4, 48:22-27 [Tab I]

61. The basis of Mr. Bujold's clarification was a title search conducted on the Lands shortly before his February 2020 questioning for discovery (the "Historic Title Certificate").³⁹ The Historic Title Certificate shows that the Debenture was registered on March 14, 1985 as instrument 852 050 951.

62. On June 6, 1986 Chief Twinn, as "Trustee for the Sawridge Indian Band" executed a postponement of the Debenture in favour of a Bank of Nova Scotia mortgage to be registered against the Land (the "First Postponement").⁴⁰ The First Postponement was subsequently registered on the Historic Title Certificate on June 20, 1986 as instrument 862 135 756.⁴¹ The First Postponement was witnessed by Bruce Thom. Bruce Thom swore an Affidavit of Execution attesting to his witnessing the First Postponement on June 26, 1986. This Affidavit of Execution was commissioned by Ms. Twinn.

63. On March 31, 1993 Chief Twinn, as "Trustee for the Sawridge Indian Band" executed a second postponement of the Debenture (the "Second Postponement").⁴² The Second Postponement was subsequently registered on the Historic Title Certificate on May 5, 1993 as instrument 932 118 429.⁴³

64. On October 22, 1986 Chief Twinn, as "Trustee for the Sawridge Indian Band" executed a Discharge of Mortgage, discharging the Sawridge Enterprises Ltd. from its obligations under the Debenture entirely (the "Discharge").⁴⁴ The Discharge was subsequently registered on the Historic Title Certificate on November 15, 2003 as instrument 032 443 307.⁴⁵

65. The Assignment was never registered on title. Additionally, Chief Twinn never acted in a manner consistent with the Assignment. Instead, he continued to execute and register legal documents on his own authority and as Trustee for the Sawridge Indian Band.

³⁹ Historic Land Title Certificate on Title Number registered as LTO# 852 264 042 B, dated November 14, 2019, as TAB 1 to the correspondence of Michael Sestito, counsel for the 1985 Trustees, February 20, 2020 [Tab J]

⁴⁰ Postponement of Debenture registered as LTO# 862 135 756 dated June 6, 1986, as TAB 3 to the correspondence of Michael Sestito, counsel for the 1985 Trustees, February 20, 2020 [Tab K]

⁴¹ Historic Land Title Certificate on Title Number registered as LTO# 852 264 042 B, dated November 14, 2019, as TAB 1 to the correspondence of Michael Sestito, counsel for the 1985 Trustees, February 20, 2020 [Tab J]

⁴² Postponement of Debenture registered as LTO# 932 118 429 dated March 31, 1993, as TAB 4 to the correspondence of Michael Sestito, counsel for the 1985 Trustees, February 20, 2020 [Tab L]

⁴³ Historic Land Title Certificate on Title Number registered as LTO# 852 264 042 B, dated November 14, 2019, as TAB 1 to the correspondence of Michael Sestito, counsel for the 1985 Trustees, February 20, 2020 [Tab J]

⁴⁴ Discharge of Mortgage registered as LTO# 032 443 307 dated June 6, 1986, as TAB 4 to the correspondence of Michael Sestito, counsel for the 1985 Trustees, February 20, 2020 [Tab M]

⁴⁵ Historic Land Title Certificate on Title Number registered as LTO# 852 264 042 B, dated November 14, 2019, as TAB 1 to the correspondence of Michael Sestito, counsel for the 1985 Trustees, February 20, 2020 [Tab J]

66. Chief Twinn executed the First and Second Postponement as "Trustee for the Sawridge Indian Band". Chief Twinn also executed the Discharge as "Trustee for the Sawridge Indian Band".

67. Chief Twinn clearly considered the Assignment meaningless and continued to believe that he held the Debenture on trust for the Sawridge Indian Band. This is the only reasonable inference to be drawn from Chief Twinn's execution of several subsequent documents as Trustee for Sawridge.

68. Furthermore, the 1985 Trust financial statements entered into evidence by Catherine Twinn indicate that the Debenture never entered the 1985 Trust.⁴⁶

69. The 1985 Trust balance sheet for calendar years 1985 and 1986 show that the only significant asset of the 1985 Trust is due from Sawridge Holdings Ltd. There is no amount owing from Sawridge Enterprises Ltd.

70. If the Debenture was transferred into the 1985 Trust on April 15, 1985 then the balance sheet should show \$12,000,000.00 owing from Sawridge Enterprises Ltd. to the 1985 Trust. Nothing is shown. Presumably the 1985 Trust started off calendar 1985 with \$0.00 in assets.

71. The 1985 Trust income statement shows that there were no contributions by beneficiaries made to the 1985 Trust in calendar 1985 or in any other year. If the Debenture had been contributed to the Trust during 1985 it would be shown as a Contribution by beneficiaries or otherwise reflected as a Contribution to the Trust.

72. Further, a note to the 1985 Trust financial statements indicates that the 1985 Trust assets "previously held by the Sawridge Band Trust (referred to as the "Old Trust")(and referred to in this brief as the 1982 Trust) were rolled into the Sawridge Band Inter-Vivos Settlement Trust on its inception". Based on these financial statements, these are the only contributions made to this Trust.

73. Had the Debenture entered the 1985 Trust the calendar 1985 financial statements would show both the debt on the balance sheet as an asset owing from Sawridge Enterprises Ltd. to the 1985 Trust, and the income statement would show that \$12,000,000.00 had been contributed into the 1985 Trust. Neither statement shows this.

74. Therefore, the record shows that, notwithstanding the purported Assignment, Chief Twinn continued to deal with the Debenture as Trustee for the "Sawridge Indian Band" subsequent to the purported transfer, that the Debenture was eventually discharged in 2003, and that there is no indication on the 1985 Trust financial statements for calendar 1985 that the Debenture entered the 1985 Trust.

⁴⁶ Documents TWN007911 & TWN007912 from Catherine Twinn's unsworn Second Supplemental Affidavit of Records [Tab N].

75. In any event, the Debenture was discharged in 2003 and, therefore, it cannot be an asset of any trust. As such, the record shows that the only assets in the 1985 Trust came from the 1982 Trust.

IX. THE CORRESPONDENCE OF ALINE HUZAR, DATED SEPTEMBER 10, 2020 IS IRRELEVANT

76. On September 10, 2020 Ms. Aline Huzar ("Huzar") corresponded to this court on the issue of the "Sawridge Trust Fund" (the "Huzar Letter"). Sawridge respectfully submits that this court should accord no value to the Huzar Letter. Ms. Huzar's personal beliefs regarding the purpose and intentions of the "trust fund" are irrelevant to this advice and direction application.

77. Ms. Huzar's position in this matter is analogous to that of Maurice Stoney, whose application to be added as a party or intervenor was dismissed by Justice Thomas.⁴⁷ In 2013, the Federal Court determined that Ms. Huzar had no automatic right of membership in Sawridge.⁴⁸ The Federal Court further determined that Ms. Huzar had no right of membership in Sawridge by virtue of Bill C-31. Ms. Huzar is not and never has been a member of Sawridge.⁴⁹ Ms. Huzar's application for membership in Sawridge was denied. The decision to deny her application was upheld at judicial review.⁵⁰

78. As Ms. Huzar is not and never has been a member of Sawridge, she does not meet the definition of beneficiary as set out in either the 1982 Trust or the 1985 Trust, and her submissions should be given no weight.

X. RELIEF SOUGHT

79. The position of Sawridge has always been that the Trust assets are held for the benefit of members only. Sawridge has always sought a resolution of this matter without continuing to dissipate the assets of the trust for the payment of legal fees.

⁴⁷ *1985 Sawridge Trust v Alberta (Public Trustee)*, 2017 ABQB 436 (Sawridge #6) [Tab 6]

⁴⁸ *Stoney v Sawridge First Nation*, 2013 FC 509 at paragraphs 13-14 [Tab 7]

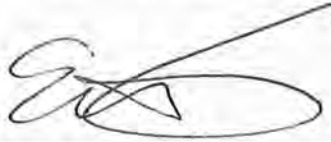
⁴⁹ *Stoney v Sawridge First Nation*, 2013 FC 509 at paragraphs 3 [Tab 7]

⁵⁰ *Stoney v Sawridge First Nation*, 2013 FC 509 generally [Tab 7]

80. For the foregoing reasons and those set out in its prior submissions of November 15, 2019 and November 20, 2019, Sawridge submits that this Court should find that the effect of the Consent Order is that the 1985 Trustees hold legal title on resulting trust for the beneficiaries of the 1982 Trust, being members of Sawridge, and subject to the terms of the 1982 Trust.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 27th day of November, 2020.

PARLEE McLAWS LLP

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'E. Molstad', written over a horizontal line.

Edward H. Molstad, Q.C.
Counsel for the Intervenor,
Sawridge First Nation

List of Authorities

Tab.	Document
1.	<i>Bruderheim Community Church v Moravian Church in America (Canadian District)</i> , 2020 ABCA 393
2.	<i>Berg v Jaylevy</i> 2019 ONSC 2255 [<i>Berg</i>]
3.	<i>R v Khelawon</i> , 2006 SCC 57, [2006] 2 SCR 787
4.	<i>R v Starr</i> , 2000 SCC 40, [2000] 2 SCR 144
5.	<i>Twinn v Sawridge Band</i> , 2017 ABQB 366
6.	Donovan Waters, Mark Gillen & Lionel Smith, eds, <i>Waters' Law of Trusts in Canada</i> 4 th Edition (Toronto: Carswell, 2012)
7.	<i>1985 Sawridge Trust v Alberta (Public Trustee)</i> , 2017 ABQB 436 (Sawridge #6)
8.	<i>Stoney v Sawridge First Nation</i> , 2013 FC 509

List of Documents Relied Upon

Tab	Document
A.	Transcript of April 25, 2019 Case Management Hearing, relevant pages
B.	Transcript of November 22, 2019 Case Management Hearing, relevant pages
C.	Transcript of November 27, 2019 Case Management Hearing, relevant pages
D.	Affidavit of Catherine Twinn, sworn January 24, 2020 and filed January 28, 2020
E.	Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Catherine Twinn, March 12, 2020, relevant pages
F.	Demand Debenture, issued by Sawridge Enterprises Ltd. to Walter P. Twinn on January 21, 1985

- G. Assignment of Debenture, dated April 15, 1985
- H. Transcript from the Questioning on Affidavit of Paul Bujold, May 27 & 28, 2014, relevant pages
- I. Transcript from the Questioning re Asset Transfer Order Application of Paul Bujold, February 26 & March 2, 2020, relevant pages
- J. Historic Land Title Certificate on Title Number registered as LTO# 852 264 042 B, dated November 14, 2019
- K. Postponement of Debenture registered as LTO# 862 135 756 dated June 6, 1986
- L. Postponement of Debenture registered as LTO# 932 118 429 dated March 31, 1993
- M. Discharge of Mortgage registered as LTO# 032 443 307 dated June 6, 1986
- N. Documents TWN007911 & TWN007912 from Catherine Twinn's unsworn Second Supplemental Affidavit of Records

TAB

1

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Bruderheim Community Church v Moravian Church In America (Canadian District), 2020 ABCA 393

Date: 20201106
Docket: 1803-0041-AC
Registry: Edmonton

Between:

Bruderheim Community Church and Bruderheim Moravian Church

Appellants

- and -

Board of Elders of the Canadian District of the Moravian Church In America

Respondent

The Court:

The Honourable Madam Justice Barbara Lea Veldhuis
The Honourable Madam Justice Michelle Crighton
The Honourable Mr. Justice Kevin Feehan

Memorandum of Judgment

Appeal from the Decision by
The Honourable Mr. Justice J.T. Henderson
Dated the 9th day of February, 2018
Filed on the 9th day of February, 2018

(2018 ABQB 90, Docket: 1703 10116)

Memorandum of Judgment

The Court:

[1] The appellants appeal the chambers judge's refusal to grant a permanent injunction and other ancillary relief, the intended effects of which were to prevent the respondent from interfering with the appellants' continued use of church lands and buildings located in the Town of Bruderheim, Alberta: *Bruderheim Community Church v Board of Elders*, 2018 ABQB 90, 66 Alta LR (6th) 168.

[2] The original grant of the church lands in 1897 was, pursuant to a "Habendum Clause", made subject to a trust "for the purposes of the Congregation of the Moravian Church at Bruderheim." Despite irregularities in the registration of the Habendum Clause against subsequent certificates of title in the Land Titles Office, the chambers judge concluded that the terms of the trust had not changed. The parties do not dispute the continuation of the trust. The current certificate of title vests the fee simple of the church lands in the "Board of Elders of the Canadian District of the Moravian Church in America" ("Board of Elders") in trust, however, for "the Congregation of the Moravian Church." The central issue in this appeal, therefore, is whether the appellants are the intended beneficiaries under that trust.

[3] Some background is required in order to situate the chambers judge's decision.

[4] The *Unitas Fratrum*, or "Unity of the Brethren", is a protestant Christian denomination with a heritage dating back to 1457. Colloquially, the *Unitas Fratrum* is known as the 'Moravian Church'.

[5] The *Unitas Fratrum* is broken into twenty-four provinces. One of those provinces is the "Moravian Church, Northern Province" (the "Northern Province"). The "Book of Order" is the constitutional document for the Northern Province. Where the Bible serves the spiritual aspects of the Northern Province, the Book of Order serves the administrative aspects. The Book of Order also vests oversight of the Northern Province within a Provincial Elders Conference (the "Provincial Conference"). The respondent, Board of Elders, was incorporated to assist the Provincial Conference to administer the Northern Province's Canadian property.

[6] The Book of Order governs the contractual relationship between the parties to this dispute.

[7] The Book of Order establishes the procedure and requirements for the recognition of new congregations. The Bruderheim Moravian Church was formally "undertaken" by the Provincial Conference as a congregation of the Northern Province in December 1895 and an Article of Agreement was finalized in June 1896. In April 1897, the federal government, pursuant to the *Dominion Lands Act*, SC 1879, c.31 issued a grant to three members of the Bruderheim Moravian Church 'in trust for the purposes of the Congregation of the Moravian Church at Bruderheim.' In

October 1912, the land was transferred to the Board of Elders in fee simple and that was amended in March, 1922 to include the original trust provision.

[8] The Bruderheim Moravian Church is an unincorporated association, although it has been registered with the Canada Revenue Agency as a registered charity since January 1, 1967. The other appellant, Bruderheim Community Church, was incorporated in April 2017 under the *Religious Societies Land Act*, RSA 2000, c R-15. The Bruderheim Community Church represents some, but not all, of the members of the Bruderheim Moravian Church.

[9] The Book of Order also sets out the procedure and consequences for dissolution of any congregation previously recognized. Article 1041 of the Book of Order mandates that all rules and regulations in congregational bylaws include provisions that expressly vest congregational property to the Northern Province should the congregation be dissolved. Article 1046 of the Book of Order states:

1046. Whenever any Moravian congregation expressly or virtually severs its connection with the Moravian Church -Northern Province, or shall become defunct or be dissolved, the rights, privileges, and title to the property thereof, both real and personal, shall vest in the Moravian Church-Northern Province, and be administered according to the rules and regulations of said Church.

[10] As noted by the chambers judge, tensions developed between the Bruderheim Moravian Church and the Provincial Conference and the Northern Province. In May 2016, the Bruderheim Moravian Church resolved "to disassociate ... from the Moravian Church, Northern Province and become ... an independent congregation." That decision to disassociate was supported by 49 members of the Bruderheim Moravian Church congregation. Only three members voted against the resolution.

[11] In response, the Northern Province called for a further special meeting of the Bruderheim Moravian Church to be held on June 6, 2016. At that meeting, it was explained to the congregation that under the Book of Order, property owned by the Bruderheim Moravian Church would vest in the Northern Province on dissolution. As a result, the congregation of the Bruderheim Moravian Church voted against the resolution (53-1) but, in January 2017, adopted revised bylaws which purported to assert that it is "an independent and self-governing evangelical congregation." Those bylaws make no reference to the Moravian Church, the Northern Province or its governance structure, or the Moravian faith. Forty-five members of the Bruderheim Moravian Church voted to accept the proposed bylaws. Four members abstained. None opposed the resolution.

[12] The Board of Elders concluded, therefore, that the Bruderheim congregation "had no intention of remaining within the ... [Moravian Church-Northern Province] or associating with the denomination in any capacity." The Board of Elders recommended to the Provincial Conference that it dissolve the Bruderheim Moravian Church which it did effective March 16, 2017. On March 22, 2017, the Northern Province advised representatives of the Bruderheim Moravian Church that all real and personal property associated with the Bruderheim church reverted to the Northern Province. The Provincial Conference also demanded that the church property be vacated by May 31, 2017.

[13] The appellants obtained an interim injunction enjoining the respondent from interfering with their use and enjoyment of the church lands and subsequently sought a permanent injunction to the same effect.

[14] In dismissing the appellants' application for a permanent injunction, the chambers judge found, after careful analysis of the materials before him, that the Board of Elders held title to the church lands and buildings as successors to the original trustees from 1897. He found that since 1912 the Board of Elders were trustees on behalf of beneficiaries that were adherents to the worldwide Moravian Church organization with a congregation in Bruderheim and not simply to the Bruderheim Moravian Church. Thus, to be beneficiaries of the trust, he concluded that the local Bruderheim congregation must also be members of the Moravian Church.

[15] The chambers judge concluded that having dissociated themselves from the Northern Province, the Bruderheim Moravian Church congregation ceased to be beneficiaries of the trust. As a result, he concluded that the people on whose behalf the Bruderheim Moravian Church and the Bruderheim Community Church sought the injunction had lost any right to use the church building and property as beneficiaries of that trust. Not having established a right to the church lands, the chambers judge refused the appellants' application for a permanent injunction.

[16] The appellants challenge the chambers judge's interpretation of the objects of the 1897 trust. Creation of an express trust requires the presence of three certainties, namely intention, subject matter, and object: *Century Services Inc v Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 at para 83, [2010] 3 SCR 379. Certainty of objects requires that the persons or the class of persons who are the intended beneficiaries must be sufficiently certain so that the trust can be performed.

[17] The appellants' primary argument on appeal is the chambers judge misconstrued the objects of the trust by concluding that only adherents to the worldwide Moravian Church with a congregation in Bruderheim are beneficiaries under the trust and not the local congregation of the Bruderheim Moravian Church. The appellants also argue procedural unfairness in the chambers

judge's determination that Bruderheim Moravian Church – as an unincorporated association – lacked standing to seek a permanent injunction.

[18] In support of their appeal, the appellants also bring an application under Rule 14.45 of the *Alberta Rules of Court*, Alta Reg 124/2010 seeking an order to admit new evidence on appeal. In that regard, the appellants have offered a body of what is said to be new evidence attached to Wayne Larson's affidavit filed April 25, 2018, concerning which people constitute the congregation of the Bruderheim Moravian Church and their association with use of the church premises over time. Some of the proffered evidence relates to what are said to be links to people of Moravian heritage. The appellants also argue that the new evidence is necessary to respond to the doubts concerning standing insofar as not all of the members of the Bruderheim Moravian Church voted in May 2016 to disassociate from the Northern Province and therefore some of their members may still be beneficiaries under the trust regardless of how those beneficiaries are defined.

[19] In our view the proposed fresh evidence is not admissible under the well-known test in *Palmer v The Queen*, [1980] 1 SCR 759, but even if it were, it does not assist to resolve the issues on appeal.

[20] The entirety of the new evidence was available to the appellants at the time they brought their application for a permanent injunction. The right of those represented by the Bruderheim Moravian Church and the Bruderheim Community Church to occupy and use the Bruderheim church property has always been in issue. It was specifically in issue before the chambers judge. The proposed new evidence is said to support the legitimacy of the right thus claimed, it being an overview of church usage, of memberships and so forth. The proposed fresh evidence could have been obtained in advance of the hearing through exercise of due diligence.

[21] More significantly, the evidence does not advance the interests on appeal. The chambers judge neither terminated nor varied the terms of the trust. He also understood that not all of the members of the Bruderheim Moravian Church voted to disassociate themselves from the Moravian Church. While he acknowledged, at paras 117-119, that the Board of Elders may at some time need to bring an application to vary or terminate the trust, or for advice and directions in relation to the approach to take in dealing with the church lands, he also emphasized that the trust remained valid and the Board of Elders must continue to hold the church lands in trust for the beneficiaries as he defined them.

[22] It must be borne in mind that these appellants are not, by this appeal, advancing some form of adverse possession claim in the sense that the people represented by the Bruderheim Moravian

Church and the Bruderheim Community Church have used the church property for a long time and want to continue to do so. The chambers judge was alive to the historical usage of the church lands and by whom. This case is about whether the Bruderheim Moravian Church and the Bruderheim Community Church have established a basis for a permanent injunction. The proposed fresh evidence does not assist in resolving that issue. Nothing in the new evidence could reasonably be expected to impact the interpretation of the objects of the trust.

[23] For all of the above reasons, the application to admit the new evidence is denied.

[24] As to the merits of the appeal, we discern no basis for appellate intervention. The chambers judge correctly noted that the test for an interlocutory injunction and a permanent injunction differ in some important respects: *Irving Oil Ltd v Ashar*, 2016 ABCA 15 at para 17-18, 609 AR 388; *1711811 Ontario Ltd v Buckley Insurance Brokers Ltd*, 2014 ONCA 125 at paras 77-79, 371 DLR (4th) 643. Before a permanent injunction can be granted, whether summarily or after trial, a plaintiff must fully prove its rights. Simply demonstrating a "serious issue to be tried" is not sufficient. Once it has conclusively established its rights, the plaintiff must also demonstrate that it is entitled to the equitable remedy of a permanent injunction: *Liu v Hamptons Golf Course Ltd*, 2017 ABCA 303 at para 17, [2017] AJ No 972 (QL).

[25] Title to the church lands is held by the Board of Elders. The appellants seek an injunction that would allow the Bruderheim Community Church to occupy and use the church building for their own services by, in effect, altering the title holding and suspending the trust indefinitely.

[26] We agree with the analysis and disposition of the case by the chambers judge for the reasons he gave. There is no palpable and overriding error in his finding as to the character and elements of the trust, as to the legitimacy of the title holding, and as to the voluntary dissociation by those people represented by the Bruderheim Moravian Church and the Bruderheim Community Church from the class of persons who would qualify as beneficiaries of the trust (ie the Moravian Church). In those circumstances, and setting aside the question of standing, there is no basis for an injunction that displace the Board of Elders as the title holder or that would force the Board of Elders to surrender control of the church property to either the Bruderheim Moravian Church or to the Bruderheim Community Church.

[27] As to standing, we also conclude that there was no unfairness occasioned by the chambers judge's conclusion that, while the Bruderheim Community Church had standing, the Bruderheim Moravian Church did not. The parties must have known that standing was or would be a live issue in light of Wakeling JA's dissenting reasons in the appeal from the interim injunction: *Bruderheim Community Church v Board of Elders of the Canadian District of the Moravian Church in*

America, 2017 ABCA 343 at paras 105-106, [2017] AJ No 1451 (QL). Regardless, while the chambers judge concluded the Bruderheim Moravian Church was not a proper party to the litigation, he nevertheless well and thoroughly considered the substantive issues as if the appellants each had standing.

[28] In conclusion, we endorse the reasons given by the chambers judge for dismissing the appellants' application for a permanent injunction. This court appreciates, as did the chambers judge, that dismissing the permanent injunction raises additional questions relative to the trust and its beneficiaries, but the answers to those questions are for another day.

[29] The appeal is dismissed.

Appeal heard on November 3, 2020

Memorandum filed at Edmonton, Alberta
this 6th day of November, 2020

Authorized to sign for: Veldhuis J.A.

Crighton J.A.

Feehan J.A.

Appearances:

R.O. Langley
for the Appellants

J.B. Laycraft, Q.C./R.E. Harrison
for the Respondent

TAB

2

CITATION: Berg v. Jaylevy Limited, 2019 ONSC 2255

COURT FILE NO.: 05-180/18

DATE: 20190418

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

IN THE MATTER OF THE ESTATE OF ALLEN BERG, deceased

BETWEEN:

JUDITH BERG and AMY BERG in their
capacities as ESTATE TRUSTEES OF
THE ESTATE OF ALLEN BERG and
MELAMEL PROPERTIES INC.

Applicants

– and –

JAYLEVY LIMITED, JUDITH BERG, in
her personal capacity, AMY BERG, in her
personal capacity, MICHAEL BERG and
MELISSA BERG

Respondents

)
)
) *Megan E. Shortreed and Denise Cooney, for*
) *the Applicants*
)
)
)

)
)
) *Dena N. Varah and Derek Knoke, for the*
) *Respondent, Judith Berg, in her personal*
) *capacity*
)
)
)

) **HEARD:** February 27, 2019

DIETRICH J.

[1] This application involves the determination of the beneficial ownership of a cottage property located in the Lake Simcoe area of Ontario.

[2] During his lifetime, Allen Berg directed a series of transfers of the cottage property. At the time of his death, legal title to the cottage property was held by a corporation, Melamel Properties Inc., as trustee. All of the shares of Melamel Properties Inc. are held by Mr. Berg's estate.

[3] The applicant Estate Trustees of Mr. Berg's estate identify Mr. Berg's widow, Judith Berg, as a potential beneficial owner of the cottage property either as a joint tenant or a tenant in common with the late Mr. Berg. They also identify Mr. Berg's estate as a potential beneficial owner.

[4] For the reasons that follow, I find that the beneficial owners of the cottage property are Mrs. Berg and Mr. Berg's estate as equal tenants in common.

Factual Background

[5] Following a fourteen-month battle with cancer, Mr. Berg died on April 17, 2015, at 67 years of age. He was quite unwell at the time he directed the final transfer of the cottage property some eight months before his death.

[6] Mr. Berg was survived by Mrs. Berg and their three children: Melissa Berg, Amy Berg and Michael Berg. Mrs. Berg, Amy Berg and Michael Berg were named as Executors (Estate Trustees) and Trustees under each of Mr. Berg's Primary Will and Secondary Will. Mrs. Berg and Amy Berg are acting as Estate Trustees of both the Primary Will and Secondary Will. In her capacity as Estate Trustee, Mrs. Berg has a veto power.

The Purchase of the Cottage Property

[7] It was Mrs. Berg who took a keen interest in the Lake Simcoe area. As a child, she summered there with her family. In 1984, her parents gifted their family cottage to Mrs. Berg and her siblings. Eventually, Mr. and Mrs. Berg acquired the family cottage from Mrs. Berg's siblings.

[8] When a cottage near the family cottage was offered for sale, Mr. and Mrs. Berg sold the family cottage, and Mr. Berg purchased the cottage property that is the subject of this application. The cottage property is known municipally as 576 Lake Drive North, Keswick, Ontario, and described as Concession 2, Part Lots 23 and 24, Township of Georgina, Region of York, in the Province of Ontario. Mr. Berg made the purchase on November 1, 2001 using funds that included Mrs. Berg's share of the sale proceeds of the family cottage previously owned by Mrs. Berg's family. Mr. Berg purchased the cottage property as a trustee.

[9] On December 1, 2001, Mr. Berg executed a trust indenture in which he agreed to hold the cottage property on trust for the settlor, Jaylevy Limited. All of the shares of Jaylevy Limited, a private investment corporation, were owned by Mrs. Berg. Jaylevy Limited is a respondent in this application but it does not assert that it holds any beneficial interest in the cottage property.

[10] The trust indenture also provided that Mr. Berg could only convey, lease, dispose or otherwise deal with the cottage property in such manner as Jaylevy Limited directed in writing.

The First Transfer by Mr. Berg

[11] Despite the terms of the trust indenture requiring Mr. Berg to act on the written direction of Jaylevy Limited, on February 17, 2007, Mr. Berg entered into an agreement of purchase and sale in which he, "Allen S. Berg in trust for Jay Levy Ltd.", agreed to sell the cottage property to "Allen S. Berg in trust for Allen Berg and Judy Berg." The sale resulted in a loss for Jaylevy Limited since the costs of renovating and building on the cottage property exceeded the fair

market value of the property. Mr. Berg signed the agreement of purchase and sale on behalf of both the purchaser and the vendor. Jaylevy Limited received the proceeds of sale on February 26, 2007, which were paid from an account controlled by Mr. Berg.

[12] Mr. Larry Ross acted as the real estate lawyer for Mr. Berg on the initial acquisition of the cottage property and the subsequent transfers. The Estate Trustees obtained and reviewed his files relating to the cottage property. There they found a note, albeit undated, that states "Agmnt of PS Allen Berg in trust for Jaylevy Ltd.", followed by an arrow to the words "Allen Berg in trust for Allen Berg + Judith Berg." Subsequent to this transfer, Mr. Berg received correspondence from the Assessment Review Board with respect to the cottage property addressed to him "in trust."

The Second Transfer by Mr. Berg

[13] On August 14, 2014, Mr. Berg, as trustee, again transferred the cottage property. This time he transferred it, together with a number of other investment properties owned by him, to Melamel Properties Inc., an investment company in which he owned all of the shares.

[14] Prior to the transfer, on July 14, 2014, Mr. Berg executed a declaration in which he solemnly declared that: i) Melamel Properties Inc. would hold the cottage property for him as beneficial owner; ii) that all consideration used in the acquisition of the cottage property relating to the conveyance was beneficially owned by him and that the source of the funds was him as beneficial owner; iii) that he was the beneficial owner of the cottage property and had been since November 30, 2001 and would continue to be after the transfer; iv) that Melamel Properties Inc. was and would be a bare trustee; v) a document attached as an exhibit set out the terms of the trust; vi) the books and records of Melamel Properties Inc. never recorded the cottage property as an asset; and vii) the transfer of the cottage property was being done for estate planning purposes.

[15] Mr. Berg also signed an Acknowledgement and Direction in respect of the transfer which included a space for the spouse of the transferor to sign, indicating her consent to the transfer. That space was left blank. Further, the transfer application registered with the Land Registrar states that "the property is not ordinarily occupied by me and my spouse who is not separated from me, as our residence." The transfer register notes that the transferor is Allen Berg, "Acting as an individual", and the transferee is Melamel, "Acting as a company" and "a Trustee" of the cottage property. The explanation for the nominal consideration is that it was a transfer of "beneficial owner to trustee". The transfer is shown to be "for Allen Berg as Beneficial Owner." Judith Berg is not mentioned as a beneficial owner.

[16] Since Mr. Berg's death, Mrs. Berg has continued to reside in the cottage property as her secondary residence. Melamel Properties Inc. has paid the property taxes, while other expenses, such as gas, maintenance and hydro have been paid by Mrs. Berg.

Position of the Estate Trustees

[17] The Estate Trustees seek the direction of the court with regard to the identity of the beneficial owners for whom Melamel Properties Inc. holds the cottage property on trust.

[18] The Estate Trustees submit that although the declaration sworn by the late Mr. Berg states that he had been the beneficial owner of the cottage property since its acquisition, there is evidence to the contrary.

[19] Included in this evidence are the indenture, dated December 1, 2001, which identifies Jaylevy Limited as the beneficial owner of the cottage property, and the agreement of purchase and sale, dated February 16, 2007, which evidences the transfer of the beneficial interest held by Jaylevy Limited to Mr. and Mrs. Berg.

[20] The Estate Trustees have not located any documentation to suggest that Mrs. Berg consented to the elimination of her beneficial interest in the cottage property or a release of any of her rights as a beneficial owner.

Position of Mrs. Berg

[21] Mrs. Berg, in her personal capacity, submits that the entire beneficial interest in the cottage property should be vested in her. She submits that the cottage property has always been an important part of her life. She and Mr. Berg designed and built a new cottage on the existing property and they lived there up to six months of each year for ten years of their marriage. But for Mr. Berg's death, she submits, it would have been their retirement home.

[22] Mrs. Berg also submits that at no time did she transfer her beneficial interest in the cottage property or consent to any action that would deprive her of her beneficial interest. She further submits that the cottage property was a matrimonial home for the purposes of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, which she and her husband used a matrimonial home, and that she never released her rights in respect of the matrimonial home through any agreement or otherwise.

[23] Mrs. Berg's evidence is that she was not aware of the transfer to Melamel Properties Inc. until after Mr. Berg's death. She deposed that she was not aware of, and did not consent to, the statements made by Mr. Berg in his declaration that he was the sole beneficial owner of the cottage property and had always been the beneficial owner and that all of the funds used to purchase the cottage property conveyed to Melamel Properties Inc. were sourced by him.

[24] Mrs. Berg submits that the purported transfer of the cottage property by Mr. Berg to Melamel Properties Inc. is not a valid transfer as it was not permitted by law and it was premised on fundamental mistakes of fact.

[25] Mrs. Berg seeks an order confirming that the entire beneficial interest in the cottage property is hers. Alternatively, she seeks an order confirming that she owns a 50% interest in the cottage beneficially and that she be permitted to compel the Estate Trustees to sell the remaining beneficial interest to her at the fair market value.

Analysis

[26] Rule 14.05(3) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 (the “Rules”) authorizes the commencement of a proceeding by way of an application where the relief claimed is for: “(a) the opinion, advice or direction of the court on a question affecting the rights of a person in respect of the administration of the estate of a deceased person or the execution of a trust; [...] (d) the determination of rights that depend on the interpretation of a deed, will, contract or other instrument [...] (e) the declaration of an interest in land; [...] and (h) in respect of any matter where it is unlikely that there will be any material fact in dispute.”

[27] Rule 74.15 provides that any person who appears to have a financial interest in an estate may seek an order providing for any matter that the court directs. The Estate Trustees have standing to seek an order with respect to the administration of the estate.

[28] The Estate Trustees seek an order vesting the beneficial interest in the cottage property in accordance with the court’s determination as to the beneficial owner or owners. Pursuant to s. 100 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, this court may, by order, vest in any person an interest in real property that the court has authority to order be disposed or, encumbered or conveyed.

The First Transfer by Mr. Berg

[29] The transfer of the cottage property from Mr. Berg in trust for Jaylevy Limited to Mr. Berg in trust for Mr. Berg and Mrs. Berg was a valid transfer. The trust indenture, dated the 1st day of December, 2001, at the third paragraph, specifically permits Mr. Berg, as trustee for Jaylevy Limited, to “convey, lease, dispose or otherwise deal with the said lands and premises only in such manner as the Settlor [being Jaylevy Limited] shall from time to time direct in writing.”

[30] Though Jaylevy Limited did not direct Mr. Berg, as trustee, in writing, to convey the cottage property, Mrs. Berg’s evidence is that she, as sole shareholder of Jaylevy Limited, was fully aware that the cottage property was for sale and she acknowledges that the fair market value sale proceeds were received by her company Jaylevy Limited at the time of the sale.

[31] The agreement of purchase and sale shows that Mr. Berg purchased the cottage property from “Jay levy Ltd. in trust”. It appears from the note in Mr. Ross’ file that Mr. Berg instructed him that the cottage property either had been transferred, or was to be transferred, from Jaylevy Limited to Allen Berg in trust for Allen Berg and Judy Berg. Because the note is undated, it is impossible to know whether it was made before or after the transfer. The note is consistent with the agreement of purchase and sale. Neither states whether the ownership between Mr. and Mrs. Berg was intended to be as joint tenants or tenants in common. Beyond the agreement of purchase and sale and the solicitor’s note, there is no evidence of any written trust agreement.

[32] By his choice of language in the agreement of purchase and sale, and in the note made by his solicitor, it is apparent that Mr. Berg intended to establish a trust. The three certainties required to establish an express trust are present. Mr. Berg’s intention to create a trust is clear.

The subject matter of the trust is the cottage property. The objects or beneficiaries of the trust are himself and his wife.

[33] In construing the terms of a trust, the settlor's intention is important. It is not clear whether Mr. Berg intended that he and his wife would share the beneficial ownership in the cottage property as joint tenants with right of survivorship or as tenants in common.

[34] In the absence of trust documentation to determine the nature and extent of Mrs. Berg's interest in the trust, the court may look at extrinsic evidence to ascertain the settlor's intention. This is especially so where an ambiguity exists: *Byers v. Foley* (1993), 16 O.R. (3d) 641 (Gen. Div.) [*Byers*], at para. 15 and *Canada Trust Co. v. Ontario (Human Rights Commission)* (1990), 74 O.R. (2d) 481 (C.A.), at paras. 108-111. Extrinsic evidence includes the conduct of the settlor and other evidence of the parties' intentions: *Byers*, at para. 15 and *Hunter Estate v. Holton* (1992), 7 O.R. (3d) 372 (Gen. Div.), at paras. 12 and 19-20.

[35] Mrs. Berg asserts that Mr. Berg's intention, in creating the express trust, was that the entire beneficial interest in the cottage property was to be hers following his death. She argues that whatever beneficial interest Mr. Berg had in the cottage property would pass to her by right of survivorship, because, on his death, she alone would hold the entire residual beneficial interest in the trust. In finding this intention, she relies on the fact that the cottage property was initially held in trust for Jaylevy Limited, which was solely owned by her. She further asserts that the cottage property was built for her, at her request, funded in part by money gifted to her from her family, and that the cottage was located near the community with which she and her family were closely associated. She further asserts that Mr. Berg told her that his dealings with the cottage property were all for her and that she always believed that, on her husband's death, she would own the cottage property exclusively.

[36] Apart from the ownership of the cottage property by Jaylevy Limited, Mrs. Berg's evidence in this regard is largely uncorroborated. In addition, her evidence fails to take into account that when Mr. Berg purchased the cottage property from Jaylevy Limited, in trust, for himself and Mrs. Berg, he paid \$3,015,000 for it. At the time of purchase, Mr. Berg could have decided to hold the cottage property on trust for Mrs. Berg alone, but he did not do so.

[37] Mrs. Berg asserts that she contributed to the funds paid for the cottage when Mr. Berg purchased it from Jaylevy Limited as well as when he purchased it, in trust, for Jaylevy Limited. When Mr. Berg first purchased the cottage property, in trust for Jaylevy Limited, the evidence is that Mrs. Berg did contribute to the purchase price. She had funds to contribute from the sale of the family cottage, a share of which she had inherited from her late parents. When Mr. Berg made the second purchase, from Jaylevy Limited, for \$3,015,000, the precise source of the funds used to make the purchase is not clear. Mrs. Berg submits that the funds included money gifted to her and from assets that she brought into the marriage and assets she and her husband amassed during their marriage. Mr. Berg paid the purchase price, by cheque, on February 26, 2007, from a bank account in Mr. Berg's name alone. The memo line on the cheque states "Re Purchase of 576 Cottage." The records for Jaylevy Limited show a cheque deposit for \$3,015,000 into Jaylevy Limited's bank account on February 26, 2007. There is no documentary evidence in

support of Mrs. Berg's assertion that she contributed to the purchase from Jaylevy Limited. Mr. Berg made the decision to hold the cottage property on trust for Mrs. Berg and himself. I find it more likely than not that, having made a significant investment in the cottage property, Mr. Berg intended to reserve for himself a beneficial interest.

[38] Further, when Mr. Berg later transferred the cottage property to Melamel Properties Inc., he made a declaration that he alone held the beneficial interest in the cottage property and had always held that beneficial interest.

[39] In light of this evidence I am unable to find that Mrs. Berg is entitled to the entire beneficial interest in the cottage property. Subsection 13(1) of the *Conveyancing and Law of Property Act*, R.S.O. 1990, c. C.34 provides that where by any assurance, made and executed after the 1st day of July, 1834, land has been or is granted, conveyed or devised to two or more persons, other than executors or trustees, in fee simple or for any less estate, it shall be considered that such persons took or take as tenants in common and not as joint tenants, unless an intention sufficiently appears on the face of the assurance that they are to take as joint tenants. Subsection 13(2) provides that this section applies notwithstanding that one of such persons is the spouse of another. In this case there is little evidence other than Mrs. Berg's uncorroborated evidence that there was an intention that Mr. Berg would hold the cottage property on trust for himself and Mrs. Berg as joint tenants with right of survivorship.

[40] Accordingly, I find that, as a consequence of the first transfer by Mr. Berg, he was holding the cottage property on trust for himself and Mrs. Berg as equal tenants in common.

The Second Transfer by Mr. Berg

[41] Subsequent to creating the express trust of the cottage property for the benefit of Mrs. Berg and himself, shortly before his death, as part of his estate planning, Mr. Berg attempted to transfer the cottage property to Melamel Properties Inc. The documentation in respect of this transfer shows a transfer by Mr. Berg, a trustee, to Melamel Properties Inc., in trust for Allen Berg. Mr. Berg, as president of Melamel Properties Inc., signed a Declaration of Trust, dated the 30th day of June, 2014, in which he states that he, as trustee, is holding the property as bare trustee and agent for Allen Berg as to "100%." The declaration is signed by Mr. Berg as "Trustee", and as "Beneficiary." Other than his declaration made on the 14th day of July, 2014 that the transfer was for "estate planning purposes", Mr. Berg's motivation for transferring the cottage property at that time, as he did, is unknown. Regardless, I find that the purported transfer was ineffective.

[42] On the evidence, Mr. Berg, as trustee of Mrs. Berg's one-half beneficial interest in the cottage property, had no authority to divest her of this interest. Without Mrs. Berg's express consent, Mr. Berg, as trustee, had could not unilaterally vary the terms of the trust to eliminate Mrs. Berg's beneficial interest. A trust cannot be terminated or varied except in limited circumstances. As stated by A.H. Oosterhoff, *et al.* in *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 8th ed. (Toronto: Carswell, 2014) [*Oosterhoff on Trusts*], at p. 329:

After constitution, settlors cannot revoke trusts, unless they retain a power of revocation when creating the trust. This is because when a settlor establishes a trust he or she disposes of the property and no longer has control over it, save by express provision.

[43] Trusts may only be varied or terminated prematurely by the beneficiaries in reliance on the rule in *Saunders v. Vautier* (1884), 49 E.R. 482 (Ch.)¹; or by court order; or by the trustee if the trust document specifically permits the variation and the variation is consistent with the settlor's intention: see *Oosterhoff on Trusts*, at pp. 347-348. None of these methods of variation apply to the trust created by Mr. Berg. Accordingly, the trust could not be varied to eliminate Mrs. Berg's beneficial interest without her consent.

[44] There is no evidence to suggest that Mr. Berg acquired Mrs. Berg's beneficial interest in the cottage property prior to transferring it to Melamel Properties Inc. There is also no evidence to suggest that Mrs. Berg received any consideration for her beneficial interest in the cottage property on the transfer of the cottage property by Mr. Berg to Melamel Properties Inc., which would hold it on trust for his sole benefit.

[45] Further, the purported transfer was supported by a number of statements made by Mr. Berg that are inaccurate. On July 14, 2014, Mr. Berg executed a declaration in which he solemnly declared that Melamel Limited would hold the cottage property for "ALLEN BERG as Beneficial Owner." No mention is made of Mrs. Berg's beneficial interest. Mr. Berg also declares that all consideration used in the acquisition of the cottage property relating to the conveyance was beneficially owned by him and that the source of the funds was his as beneficial owner. However, it is Mrs. Berg's evidence, albeit uncorroborated, that the funds used to purchase the cottage property from Jaylevy Limited came from money and assets that she brought into the marriage and assets that she and Mr. Berg had amassed during the marriage. Regardless of the source of the funds, Mr. Berg was not the sole beneficial owner. Mr. Berg further declared that he was the beneficial owner of the cottage property and had been since November 30, 2001 and would continue to be after the transfer. This is erroneous; on the evidence, he had not been the beneficial owner since November 30, 2001. Jaylevy Limited had been the beneficial owner from November 30, 2001 to February 15, 2007 and Mrs. Berg and he were beneficial owners thereafter up to and including the date on which Mr. Berg swore the declaration.

[46] Mr. Berg also signed an Acknowledgement and Direction to his lawyer, Mr. Ross, on the 14th day of July, 2014. He signed as "Allen Berg" with no reference to the trusteeship. The purported transfer required the signature of his spouse, giving her consent to the transfer, but he did not obtain her signature. Mrs. Berg's evidence is that she was not asked to sign the consent.

¹ The rule in *Saunders v. Vautier* provides that a trust may be varied and the trust property distributed where all the beneficiaries are *sui juris* and are absolutely entitled to the trust property. In this case, such beneficiaries may compel the trustees to distribute the property to them and bring the trust to an end.

[47] The transfer document attached to the Acknowledgement and Direction describes the transferor as “Berg, Allen Acting as an individual” and describes the transferee as “Melamel Properties Inc. Acting as company”. It also contains Mr. Berg’s statement that “the property is not ordinarily occupied by me and my spouse who is not separated from me, as our residence.” On the evidence, these too are erroneous statements. At the time of this transfer, Mr. Berg held legal title to the cottage property as a trustee. Mrs. Berg’s evidence, which is uncontroverted, is that the cottage property was indeed a matrimonial home, which she and her late husband used as their secondary residence up to six months of the year.

[48] In the Land Transfer Tax Statements, Mr. Berg does not tick the box describing himself as “a person in trust for whom the land conveyed in the above-described conveyance is being conveyed.” Instead, he ticks the box that describes him as “The President, Vice-President, Manager, Secretary, Director, or Treasurer authorized to act for Melamel Properties Inc. described as the [transferee].” The explanation for the nominal consideration is that the transfer was a transfer from “beneficial owner to trustee.” This statement is also inaccurate. Mr. Berg was not the sole beneficial owner, and in any case held legal title only in his capacity as trustee for himself and Mrs. Berg.

[49] The transfer was receipted and registered on the 14th day of August, 2014. The transferor is shown as “Berg, Allen” and the transferee is shown as “Melamel Properties Inc.” in the capacity as “Trustee.” In fact, Mr. Berg was acting as a trustee at the time of transfer because only the trustee, as legal owner, could convey title.

[50] In light of the many misstatements made by Mr. Berg in his effort to transfer the cottage property to Melamel Properties Inc. and his breach of fiduciary duty in attempting to divest Mrs. Berg of her beneficial interest in the cottage property, without her consent, I find that Mr. Berg’s purported transfer of the cottage property to his company as trustee for his exclusive benefit must fail.

[51] A court may set aside a trust where the trust was made based on a mistake. The mistake must be a “fundamental fact” that is basic to the transaction: Donovan W.M. Waters, Q.C., 4th ed., *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2012) at pp. 389-390. The mistakes in this case relate to the fundamental facts that Mrs. Berg had a beneficial interest in the cottage that was not recognized by the trustee at the time he purported to transfer the cottage to Melamel Properties Inc., and that Mr. Berg had never been the sole beneficial owner of the cottage property, contrary to his declaration and other documented statements.

[52] Accordingly, the transfer to Melamel Properties Inc. must be set aside with the result that, immediately prior to Mr. Berg’s death, he continued to hold the cottage property on trust for the benefit of himself and Mrs. Berg as equal tenants in common. On his death, the beneficial owners of the cottage property became Mrs. Berg and the Estate of Allen Berg, each holding an undivided one-half interest.

Disposition

[53] As Allen Berg is deceased, the express trust he created for the benefit of himself and his spouse on February 15, 2007 is without a trustee and, therefore, a legal representative who can effect a transfer of the legal title to the cottage property to the beneficial owners. Under these circumstances, I find this to be an appropriate case in which to rely on s. 100 of the *Courts of Justice Act* and to order the vesting of the cottage property in the beneficial owners.

[54] An order shall issue vesting in Judith Berg, an undivided one-half interest in the cottage property as a tenant in common, and vesting in Judith Berg and Amy Berg, as Estate Trustees of the Estate of Allen Berg, an undivided one-half interest in the cottage property, known municipally as 576 Lake Drive North, Keswick, Ontario, and described as Concession 2, Part Lots 23 and 24, Town of Georgina, Region of York, in the Province of Ontario.

[55] In the event of any inconsistencies, irregularities or omissions that arise in the implementation of this order, the land registrar shall make or modify the relevant records as the land registrar sees fit in order to implement what the land registrar believes to be the true intent of this order, and to request such further evidence or assurance as the land registrar deems fit, all without prejudice to the right of the parties to return to this court for direction or clarification.

[56] I decline to order that Mrs. Berg shall be entitled to purchase Mr. Berg's one-half interest in the cottage property from his estate at its fair market value. Mrs. Berg is one of two Estate Trustees of her late husband's estate and is therefore in a position to influence how the cottage property is administered by the Estate Trustees. This is particularly so in light of the veto power she holds as long as she is a Trustee of the estate. Also, each of Mr. Berg's Primary Will and Secondary Will permits encroachments on the capital of the respective estates for the benefit of Mrs. Berg. The Estate Trustees have discretion to administer Mr. Berg's interest in the cottage property as they see fit. I see no need for the court to interfere with their discretion in this regard.

Costs

[57] Each of the parties submitted a bill of costs, which I have reviewed. The Estate Trustees seek costs of \$83,097.31 (including disbursements and HST) on a full indemnity basis. Mrs. Berg seeks costs of \$77,783 (including disbursements and HST) on a full indemnity basis. Pursuant to s. 131 of the *Courts of Justice Act*, the fixing of costs is a discretionary exercise. I have considered the bills of costs in light of the factors set out in r. 57.01 of the *Rules*. The principles of indemnity for the successful party and the expectations of the unsuccessful party do not apply in this case. The issues were not overly complex but nonetheless required the assistance of the court to resolve them.

[58] Because Mr. Berg is no longer alive to testify as to his intention at the time he made the second transfer of the cottage property, or to rectify the title issues relating to the cottage property that arise as a consequence of transfers that he undertook unilaterally, it is desirable and appropriate that the matter be resolved by the court. In this case, resort to the court may be the only means to determine the beneficial ownership of an asset held by Mr. Berg's estate and to ensure that the interests in the cottage property are properly administered and registered. As such

there is a good public policy reason to support the payment of the costs of both parties out of Mr. Berg's estate: *Sawdon Estate v. Sawdon*, 2014 ONCA 101, at para. 85.

[59] I find an award of substantial indemnity costs for each of the parties to be fair and reasonable. I therefore fix the costs of the Estate Trustees at \$74,787.58, including disbursements and HST, and fix the costs of Mrs. Berg at \$70,201, including disbursements and HST. These costs shall be paid from the assets forming part of Mr. Berg's estate.

Dietrich J.

Released: April 18, 2019

CITATION: Berg v. Jaylevy Limited, 2019 ONSC 2255
COURT FILE NO.: 05-180/18
DATE: 20190418

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

**IN THE MATTER OF THE ESTATE OF ALLEN
BERG, deceased**

BETWEEN:

JUDITH BERG and AMY BERG in their capacities as
ESTATE TRUSTEES OF THE ESTATE OF ALLEN
BERG and MELAMEL PROPERTIES INC.

Applicants

– and –

JAYLEVY LIMITED, JUDITH BERG, in her personal
capacity, AMY BERG, in her personal capacity,
MICHAEL BERG and MELISSA BERG

Respondents

REASONS FOR DECISION

Dietrich J.

Released: April 18, 2019

2019 ONSC 2255 (CanLII)

TAB

3

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ramnarine Khelawon *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. KHELAWON

Neutral citation: 2006 SCC 57.

File No.: 30857.

2005: December 16; 2006: December 14.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella and Charron JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Trial judge admitting deceased complainants' hearsay statements to police into evidence — Whether statements admissible under principled exception to hearsay rule — Factors to be considered in determining whether hearsay statements sufficiently reliable to be admissible.

In 1999, C, a cook who worked at a retirement home, found S, a resident of the home, badly injured in his room. His belongings were packed in garbage bags. S told C that the accused, the manager of the home, had beaten him and threatened to kill him if he did not leave the home. C took S to her apartment and cared for him for a few days. She then brought S to a doctor. The doctor testified that he found three fractured ribs and bruises that were consistent with S's allegation of assault but which also could have resulted from a fall. The next day, C took S to the police and S gave a videotaped statement alleging that the accused had assaulted him and threatened to kill him. The statement was not under oath but S answered "yes" when asked if he understood it was important to tell the truth and that he could be charged if he did not tell the truth. Medical records seized from the retirement home described S as "angry", "aggressive", "depressed" and "paranoid", and

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ramnarine Khelawon *Intimé*

et

**Procureur général de la Colombie-
Britannique et Criminal Lawyers'
Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. KHELAWON

Référence neutre : 2006 CSC 57.

N° du greffe : 30857.

2005 : 16 décembre; 2006 : 14 décembre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Admissibilité — Juge du procès admettant en preuve les déclarations relatées que des plaignants décédés avaient faites à la police — Ces déclarations étaient-elles admissibles en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oûi-dire? — Facteurs à considérer pour décider si des déclarations relatées sont suffisamment fiables pour être admissibles.

En 1999, C, une cuisinière dans une maison de retraite, a trouvé S, un résident de cet établissement, blessé grièvement dans sa chambre. Ses effets personnels étaient entassés dans des sacs à ordures. S a raconté à C que l'accusé, directeur de l'établissement, l'avait battu et avait menacé de le tuer s'il ne quittait pas la maison de retraite. C a conduit S à son appartement et s'est occupée de lui pendant quelques jours. Elle a ensuite conduit S chez un médecin. Ce dernier a témoigné qu'il avait décelé trois côtes fracturées et des ecchymoses qui pouvaient avoir résulté de l'agression alléguée par S, mais aussi d'une chute. Le lendemain, C a conduit S au poste de police, où S a fait une déclaration enregistrée sur bande vidéo, dans laquelle il alléguait que l'accusé l'avait agressé et avait menacé de le tuer. Cette déclaration n'a pas été faite sous serment, mais S a répondu « oui » lorsqu'on lui a demandé s'il comprenait qu'il était important de dire la vérité et

revealed that he had been treated for paranoid psychosis and depression. At trial, a psychiatrist who testified at the *voir dire* concluded that S had the capacity to communicate evidence and understood at the time he made his statement to the police that it was important to tell the truth. The defence argued that C influenced S to complain out of spite because the accused previously had terminated C's employment.

The police attended the retirement home where more residents complained that they had been assaulted by the accused. The accused was charged in respect of five complainants but, by the time of the trial, four complainants, including S and D, had died of causes unrelated to the alleged assaults and the fifth was no longer competent to testify. Only one complainant had testified at the preliminary inquiry. The central issue at trial was whether the complainants' hearsay statements should be received in evidence. The trial judge admitted some of the hearsay based in large part on the striking similarity between the statements. The trial judge ultimately found videotaped statements given by S and D to the police sufficiently credible to found convictions for aggravated assault and uttering a death threat in respect of S, as well as assault causing bodily harm and assault with a weapon in respect of D. The accused was acquitted on the remaining counts. On appeal, a majority of the Court of Appeal excluded all of the hearsay statements and acquitted the accused on all charges. The dissenting judge would have upheld the convictions in respect of S. The Crown appealed as of right from the acquittals in respect of S and was denied leave to appeal from the acquittals in respect of D.

Held: The appeal should be dismissed and the acquittals affirmed.

Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless an exception to the hearsay rule applies, primarily because of a general inability to test its reliability. The essential defining features of hearsay are the fact that the out-of-court statement is adduced to prove the truth of its contents and the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant. Hearsay includes an out-of-court statement made by a witness who testifies in court if the statement is tendered to prove the truth of its contents. In some

que des accusations pourraient être portées contre lui s'il mentait. Les dossiers médicaux saisis à la maison de retraite décrivaient S comme étant « en colère », « agressif », « dépressif » et « paranoïaque », en plus de révéler qu'il avait été traité pour une psychose paranoïaque et une dépression. Au procès, une psychiatre ayant témoigné lors du *voir-dire* a conclu que S avait la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et qu'il comprenait l'importance de dire la vérité au moment où il a fait sa déclaration à la police. La défense a prétendu que C avait amené S à porter plainte pour se venger de l'accusé qui avait mis fin à son emploi auparavant.

Des policiers se sont rendus à la maison de retraite où d'autres résidents se sont plaints d'avoir été agressés par l'accusé. Ce dernier a fait l'objet d'accusations à l'égard de cinq plaignants, mais, au moment du procès, quatre plaignants, dont S et D, étaient décédés de causes non liées aux agressions alléguées, et le cinquième n'était plus habile à témoigner. Un seul plaignant avait témoigné à l'enquête préliminaire. La principale question en litige était de savoir s'il y avait lieu d'admettre en preuve les déclarations relatées des plaignants. Le juge du procès a admis une partie de la preuve par ouï-dire en raison, dans une large mesure, de la similitude frappante des déclarations. En fin de compte, il a estimé que les déclarations enregistrées sur bande vidéo que S et D avaient faites à la police étaient suffisamment crédibles pour justifier des déclarations de culpabilité de voies de fait graves et de menaces de mort à l'endroit de S, ainsi que d'agression ayant causé des lésions corporelles et d'agression armée à l'endroit de D. L'accusé a été acquitté quant aux autres chefs. En appel, la Cour d'appel à la majorité a exclu toutes les déclarations relatées et a acquitté l'accusé relativement à toutes les accusations. Le juge dissident aurait maintenu les déclarations de culpabilité relatives à S. Le ministère public a formé un pourvoi de plein droit contre les acquittements relatifs à S et s'est vu refuser l'autorisation d'appeler à l'égard de ceux relatifs à D.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté et les acquittements sont confirmés.

La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins qu'une exception à la règle du ouï-dire ne s'applique, essentiellement en raison de l'incapacité générale d'en vérifier la fiabilité. Les caractéristiques déterminantes essentielles du ouï-dire sont le fait que la déclaration extrajudiciaire soit présentée pour établir la véracité de son contenu et l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration. Le ouï-dire inclut une déclaration extrajudiciaire d'un témoin qui dépose en cour lorsque cette

circumstances, hearsay evidence presents minimal dangers and its exclusion rather than its admission would impede accurate fact finding. Hence over time a number of traditional exceptions to the exclusionary rule were created by the courts. Hearsay evidence that does not fall under a traditional exception may still be admitted under the principled approach if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*. The reliability requirement is aimed at identifying those cases where the concerns arising from the inability to test the evidence are sufficiently overcome to justify receiving the evidence as an exception to the general exclusionary rule. The reliability requirement will generally be met by showing (1) that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about; or (2) that no real concern arises from the fact that the statement is presented in hearsay form because, in the circumstances, its truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested by means other than contemporaneous cross-examination. These two principal ways of satisfying the reliability requirement are not mutually exclusive categories and they assist in identifying the factors that need to be considered on the admissibility inquiry. [2-3] [35] [37] [42] [49] [61-63] [65]

The trial judge acts as a gatekeeper in making the preliminary assessment of the threshold reliability of a hearsay statement and leaves the ultimate determination of its worth to the fact finder. The factors to be considered on the admissibility inquiry cannot be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, all relevant factors should be considered including, in appropriate cases, the presence of supporting or contradictory evidence. Comments to the contrary in previous decisions of this Court, including *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, should no longer be followed. In determining admissibility, the court should adopt a more functional approach focussed on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers. Whether certain factors will go only to ultimate reliability will depend on the context. In each case, the inquiry is limited to determining the evidentiary question of admissibility. Corroborating or conflicting evidence may be considered in the admissibility inquiry in appropriate cases. When the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need for the trial judge to inquire further into the

déclaration est présentée pour établir la véracité de son contenu. Dans certains cas, la preuve par ouï-dire présente des dangers minimes et son exclusion au lieu de son admission générerait la constatation exacte des faits. C'est ainsi que les tribunaux ont établi, au fil du temps, un certain nombre d'exceptions traditionnelles à la règle d'exclusion. La preuve par ouï-dire qui ne relève pas d'une exception traditionnelle peut tout de même être admissible suivant la méthode d'analyse raisonnée, si l'existence d'indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un *voir-dire*. L'exigence de fiabilité vise à déterminer les cas où les préoccupations découlant de l'impossibilité de vérifier la preuve sont suffisamment surmontées pour justifier l'admission de cette preuve à titre d'exception à la règle d'exclusion générale. En général, il est possible de satisfaire à l'exigence de fiabilité en démontrant (1) qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite, ou (2) que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle étant donné que, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées autrement qu'au moyen d'un contre-interrogatoire effectué au moment précis où elle est faite. Ces deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité ne constituent pas des catégories mutuellement exclusives et peuvent aider à reconnaître les facteurs à considérer pour déterminer l'admissibilité. [2-3] [35] [37] [42] [49] [61-63] [65]

Le juge du procès joue le rôle de gardien en effectuant cette appréciation préliminaire du seuil de fiabilité d'une déclaration relatée et laisse au juge des faits le soin d'en déterminer en fin de compte la valeur. Les facteurs à considérer lors de l'examen de l'admissibilité ne sauraient être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Plus exactement, tous les facteurs pertinents devraient être considérés, y compris, dans les cas appropriés, la présence d'éléments de preuve à l'appui ou contradictoires. Les observations contraires formulées dans la jurisprudence de notre Cour, dont l'arrêt *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, ne devraient plus être suivies. Pour se prononcer sur l'admissibilité, le tribunal devrait adopter une approche plus fonctionnelle axée sur les dangers particuliers que comporte la preuve par ouï-dire qu'on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers. La question de savoir si certains facteurs toucheront uniquement la fiabilité en dernière analyse dépendra du contexte. Dans chaque cas, l'examen ne porte que sur la question de l'admissibilité en matière de preuve. Lors de l'examen de l'admissibilité, il est possible, dans les cas appropriés, de prendre en considération une preuve

likely truth of the statement. When reliability is dependent on the inherent trustworthiness of the statement, the trial judge must inquire into those factors tending to show that the statement is true or not. [2] [4] [92-93]

In determining the question of threshold reliability, the trial judge must be mindful that hearsay evidence is presumptively inadmissible. The trial judge's function is to guard against the admission of hearsay evidence which is unnecessary or the reliability of which is neither readily apparent from the trustworthiness of its contents nor capable of being meaningfully tested by the ultimate trier of fact. If the proponent of the evidence cannot meet the twin criteria of necessity and reliability, the general exclusionary rule prevails. In the context of a criminal case, the accused's inability to test the evidence may impact on the fairness of the trial, thereby giving the rule a constitutional dimension. As in all cases, the trial judge has a residual discretion to exclude admissible hearsay evidence where its prejudicial effect is out of proportion to its probative value. [2-3]

R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, are examples where the reliability requirement was met because the circumstances in which hearsay statements came about provided sufficient comfort in their truth and accuracy. *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, provide examples where threshold reliability was based on the presence of adequate substitutes for traditional safeguards relied upon to test the evidence. Similarly, in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, the striking similarities between the complainant's prior inconsistent out-of-court statement and the accused's independent statement were so compelling that the very high reliability of the complainant's statement rendered its substantive admission necessary. [67-68] [73] [82] [86] [88]

S's videotaped statement to the police was inadmissible. Although S's death before trial made his hearsay statement necessary, the statement was not sufficiently reliable to overcome the dangers it presented. The circumstances in which it came about did not provide reasonable assurances of inherent reliability. A number of serious issues arise including: whether S was mentally

corroborante ou contradictoire. Dans le cas où l'exigence de fiabilité est remplie parce que le juge des faits dispose d'une base suffisante pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire que le juge du procès vérifie davantage si la déclaration est susceptible d'être véridique. Lorsque la fiabilité dépend de la fiabilité inhérente de la déclaration, le juge du procès doit examiner les facteurs tendant à démontrer que la déclaration est véridique ou non. [2] [4] [92-93]

En tranchant la question du seuil de fiabilité, le juge du procès doit être conscient que la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible. Son rôle est de prévenir l'admission d'une preuve par ouï-dire qui n'est pas nécessaire ou dont la fiabilité ne ressort pas clairement de la véracité de son contenu ou ne peut, en dernière analyse, être vérifiée utilement par le juge des faits. Si la partie qui veut présenter la preuve ne peut satisfaire au double critère de la nécessité et de la fiabilité, la règle d'exclusion générale l'emporte. Dans une affaire criminelle, l'incapacité de l'accusé de vérifier la preuve risque de compromettre l'équité du procès, d'où la dimension constitutionnelle de la règle. Comme dans tout litige, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable est disproportionné par rapport à sa valeur probante. [2-3]

Les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, sont des exemples où l'exigence de fiabilité était remplie parce que les circonstances dans lesquelles des déclarations relatées avaient été faites étaient suffisamment rassurantes quant à leur véracité et à leur exactitude. Les arrêts *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, sont des exemples où le seuil de fiabilité reposait sur l'existence de substituts adéquats aux garanties traditionnelles invoquées pour vérifier la preuve. De même, dans l'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, les similitudes frappantes entre la déclaration extrajudiciaire incompatible que la plaignante avait faite antérieurement et celle que l'accusé avait faite de façon indépendante étaient si convaincantes qu'il était nécessaire d'admettre quant au fond la déclaration de la plaignante en raison de sa très grande fiabilité. [67-68] [73] [82] [86] [88]

La déclaration enregistrée sur bande vidéo que S avait faite à la police était inadmissible. Même s'il était nécessaire de recourir à la déclaration relatée de S parce que celui-ci était décédé avant l'ouverture du procès, cette déclaration n'était pas suffisamment fiable pour écarter les dangers qu'elle présentait. Les circonstances dans lesquelles elle avait été faite ne constituaient pas

competent; whether he understood the consequences of making his statement; whether he was influenced by C; whether his statement was motivated by dissatisfaction about the management of the home; and, whether his injuries were caused by a fall. S's unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused's ability to test the evidence and on the trier of fact's ability to properly assess its worth. While the presence of a striking similarity between statements from different complainants could well provide sufficient cogency to warrant the admission of hearsay evidence in an appropriate case, the statements made by the other complainants in this case posed even greater difficulties and could not be substantively admitted to assist in assessing the reliability of S's allegations. The admission of the evidence risked impairing the fairness of the trial. Furthermore, S's evidence could have been taken before his death in the presence of a commissioner and the accused or his counsel thereby preserving both the evidence and the rights of the accused. [7] [108]

Cases Cited

Modified: *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; **explained:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; **discussed:** *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); **referred to:** *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591; *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 709 to 714.

Authors Cited

Paciocco, David M. "The Hearsay Exceptions: A Game of 'Rock, Paper, Scissors'", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence*. Toronto: Irwin Law, 2004, 17.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown, 1923.

un gage raisonnable de fiabilité inhérente. Un certain nombre de questions sérieuses se posent, notamment celles de savoir si S jouissait de toutes ses facultés mentales, s'il comprenait les conséquences de sa déclaration, s'il a été influencé par C, si sa déclaration était motivée par une insatisfaction à l'égard de l'administration de la maison de retraite et si ses blessures étaient dues à une chute. L'impossibilité de contre-interroger S limitait substantiellement la capacité de l'accusé de vérifier la preuve et la capacité du juge des faits d'en déterminer correctement la valeur. Même si l'existence d'une similitude frappante entre les déclarations de divers plaignants pourrait bien être suffisamment probante pour justifier l'admission d'une preuve par ouï-dire dans un cas approprié, les déclarations des autres plaignants en l'espèce présentaient des difficultés encore plus grandes et n'étaient pas admissibles quant au fond pour aider à apprécier la fiabilité des allégations de S. L'admission de cette preuve risquait de compromettre l'équité du procès. En outre, la déposition de S aurait pu être prise, avant son décès, par un commissaire en présence de l'accusé ou de son avocat, ce qui aurait permis de préserver à la fois la preuve et les droits de l'accusé. [7] [108]

Jurisprudence

Arrêt modifié : *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; **arrêts interprétés :** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; **arrêts analysés :** *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); **arrêts mentionnés :** *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591; *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 709 à 714.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

Doctrine citée

Paciocco, David M. « The Hearsay Exceptions : A Game of "Rock, Paper, Scissors" », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence*. Toronto : Irwin Law, 2004, 17.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston : Little, Brown, 1923.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Armstrong and Blair JJ.A.) (2005), 195 O.A.C. 11, 194 C.C.C. (3d) 161, 26 C.R. (6th) 1, [2005] O.J. No. 723 (QL), setting aside the accused's convictions. Appeal dismissed.

John S. McInnes and Elliott Behar, for the appellant.

Timothy E. Breen, for the respondent.

Alexander Budlovsky, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Louis P. Strezos and Joseph Di Luca, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

This appeal turns on the admissibility of hearsay statements under the principled case-by-case exception to the hearsay rule based on necessity and reliability. In particular, guidance is sought on what factors should be considered in determining whether a hearsay statement is sufficiently reliable to be admissible. This Court's decision in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, has generally been interpreted as standing for the proposition that circumstances "extrinsic" to the taking of the statement go to ultimate reliability only and cannot be considered by the trial judge in ruling on its admissibility. The decision has generated much judicial commentary and academic criticism on various grounds, including the difficulty of defining what constitutes an "extrinsic" circumstance and the apparent inconsistency between this holding in *Starr* and the Court's consideration of a semen stain on the declarant's clothing in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, the declarant's motive to lie in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and most relevant to this case, the striking

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Armstrong et Blair) (2005), 195 O.A.C. 11, 194 C.C.C. (3d) 161, 26 C.R. (6th) 1, [2005] O.J. No. 723 (QL), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

John S. McInnes et Elliott Behar, pour l'appelante.

Timothy E. Breen, pour l'intimé.

Alexander Budlovsky, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Louis P. Strezos et Joseph Di Luca, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Le présent pourvoi porte sur l'admissibilité des déclarations relatées en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, qui s'applique cas par cas et repose sur la nécessité et la fiabilité. Plus particulièrement, des indications sont requises sur les facteurs à considérer pour décider si une déclaration relatée est suffisamment fiable pour être admissible. L'arrêt de notre Cour *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, est généralement interprété comme signifiant que les circonstances « extrinsèques » dans lesquelles la déclaration a été recueillie n'ont une incidence que sur sa fiabilité en dernière analyse et ne peuvent pas être prises en considération par le juge du procès lorsqu'il se prononce sur son admissibilité. Cet arrêt a suscité une multitude de commentaires dans la jurisprudence et de critiques dans la doctrine pour diverses raisons, dont la difficulté de définir ce qui constitue une circonstance « extrinsèque » et l'incohérence manifeste entre cette conclusion de l'arrêt *Starr* et le fait que la Cour a pris en considération une tache de sperme trouvée sur les vêtements de la déclarante dans l'affaire *R. c. Khan*,

similarities between statements in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

As a general principle, all relevant evidence is admissible. The rule excluding hearsay is a well-established exception to this general principle. While no single rationale underlies its historical development, the central reason for the presumptive exclusion of hearsay statements is the general inability to test their reliability. Without the maker of the statement in court, it may be impossible to inquire into that person's perception, memory, narration or sincerity. The statement itself may not be accurately recorded. Mistakes, exaggerations or deliberate falsehoods may go undetected and lead to unjust verdicts. Hence, the rule against hearsay is intended to enhance the accuracy of the court's findings of fact, not impede its truth-seeking function. However, the extent to which hearsay evidence will present difficulties in assessing its worth obviously varies with the context. In some circumstances, the evidence presents minimal dangers and its *exclusion*, rather than its admission, would impede accurate fact finding. Hence, over time a number of exceptions to the rule were created by the courts. Just as traditional exceptions to the exclusionary rule were largely crafted around those circumstances where the dangers of receiving the evidence were sufficiently alleviated, so too must be founded the overarching principled exception to hearsay. When it is necessary to resort to evidence in this form, a hearsay statement may be admitted if, because of the way in which it came about, its contents are trustworthy, or if circumstances permit the ultimate trier of fact to sufficiently assess its worth. If the proponent of the evidence cannot meet the twin criteria of necessity and reliability, the general exclusionary rule prevails. The trial judge acts as a gatekeeper in making this preliminary assessment of the "threshold reliability" of the hearsay statement and leaves the ultimate determination of its worth to the fact finder.

[1990] 2 R.C.S. 531, la raison de mentir de la déclarante dans l'affaire *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et, ce qui est le plus pertinent en l'espèce, les similitudes frappantes entre les déclarations dans l'affaire *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

En général, tout élément de preuve pertinent est admissible. La règle excluant le ouï-dire est une exception bien établie à ce principe général. Bien qu'aucun raisonnement unique n'en sous-tende l'évolution historique, l'exclusion dont les déclarations relatées sont présumées faire l'objet tient essentiellement à l'incapacité générale d'en vérifier la fiabilité. Si le déclarant n'est pas présent en cour, il peut se révéler impossible de mettre à l'épreuve sa perception, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité. Il se peut que la déclaration elle-même ne fasse pas l'objet d'un compte rendu exact. Des erreurs, des exagérations ou des faussetés délibérées peuvent passer inaperçues et mener à des verdicts injustes. Ainsi, la règle interdisant le ouï-dire est censée accroître l'exactitude des conclusions de fait du tribunal et non entraver sa fonction de recherche de la vérité. Toutefois, la difficulté de déterminer la valeur de la preuve par ouï-dire varie selon le contexte. Dans certains cas, cette preuve présente des dangers minimes et son *exclusion* au lieu de son admission gênerait la constatation exacte des faits. C'est ainsi que les tribunaux ont établi, au fil du temps, un certain nombre d'exceptions à la règle. Tout comme les exceptions traditionnelles à la règle d'exclusion ont été largement conçues en fonction des circonstances où les dangers liés à l'admission de la preuve étaient suffisamment atténués, il doit en être de même pour l'exception générale raisonnée à la règle du ouï-dire. Lorsqu'il est nécessaire de recourir à ce type de preuve, une déclaration relatée peut être admise si son contenu est fiable en raison de la manière dont elle a été faite ou si les circonstances permettent, en fin de compte, au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. Si la partie qui veut présenter la preuve ne peut satisfaire au double critère de la nécessité et de la fiabilité, la règle d'exclusion générale l'emporte. Le juge du procès joue le rôle de gardien en effectuant cette appréciation préliminaire du « seuil de fiabilité » de la déclaration relatée et laisse au juge des faits le soin d'en déterminer en fin de compte la valeur.

3

The distinction between threshold and ultimate reliability reflects the important difference between admission and reliance. Admissibility is determined by the trial judge based on the governing rules of evidence. Whether the evidence is relied upon to decide the issues in the case is a matter reserved for the ultimate trier of fact to decide in the context of the entirety of the evidence. The failure to respect this distinction would not only result in the undue prolongation of admissibility hearings, it would distort the fact-finding process. In determining the question of threshold reliability, the trial judge must be mindful that hearsay evidence is presumptively *inadmissible*. The trial judge's function is to guard against the admission of hearsay evidence which is unnecessary in the context of the issue to be decided, or the reliability of which is neither readily apparent from the trustworthiness of its contents, nor capable of being meaningfully tested by the ultimate trier of fact. In the context of a criminal case, the accused's inability to test the evidence may impact on the fairness of the trial, thereby giving the rule a constitutional dimension. Concerns over trial fairness not only permeate the decision on admissibility, but also inform the residual discretion of the trial judge to exclude the evidence even if necessity and reliability can be shown. As in all cases, the trial judge has the discretion to exclude admissible evidence where its prejudicial effect is out of proportion to its probative value.

4

As I will explain, I have concluded that the factors to be considered on the admissibility inquiry cannot be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Comments to the contrary in previous decisions of this Court should no longer be followed. Rather, all relevant factors should be considered including, in appropriate cases, the presence of supporting or contradictory evidence. In each case, the scope of the inquiry must be tailored to the particular dangers presented by the evidence and limited to determining the evidentiary question of admissibility.

La distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse reflète la différence importante entre admettre un élément de preuve et s'y fier. Le juge du procès détermine l'admissibilité en fonction des règles de preuve applicables. C'est au juge des faits qu'il appartient en fin de compte de décider, au regard de l'ensemble de la preuve, s'il y a lieu de se fier à cet élément de preuve pour trancher les questions en litige. L'omission de respecter cette distinction aurait pour effet non seulement de prolonger indûment les audiences portant sur l'admissibilité, mais également de fausser le processus de constatation des faits. En tranchant la question du seuil de fiabilité, le juge du procès doit être conscient que la preuve par ouï-dire est présumée *inadmissible*. Son rôle est de prévenir l'admission d'une preuve par ouï-dire qui n'est pas nécessaire pour trancher la question en litige ou dont la fiabilité ne ressort pas clairement de la véracité de son contenu ou ne peut, en dernière analyse, être vérifiée utilement par le juge des faits. Dans une affaire criminelle, l'incapacité de l'accusé de vérifier la preuve risque de compromettre l'équité du procès, d'où la dimension constitutionnelle de la règle. Les préoccupations relatives à l'équité du procès imprègnent non seulement la décision concernant l'admissibilité, mais encore guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'exclure des éléments de preuve même si leur nécessité et leur fiabilité peuvent être démontrées. Comme dans tout litige, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable est disproportionné par rapport à sa valeur probante.

Comme je l'expliquerai, je suis arrivée à la conclusion que les facteurs à considérer lors de l'examen de l'admissibilité ne sauraient être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Les observations contraires formulées dans la jurisprudence de notre Cour ne devraient plus être suivies. Plus exactement, tous les facteurs pertinents devraient être considérés, y compris, dans les cas appropriés, la présence d'éléments de preuve à l'appui ou contradictoires. Dans chaque cas, l'examen doit être fonction des dangers particuliers que présente la preuve et ne porter que sur la question de l'admissibilité.

In May 1999, five elderly residents of a retirement home told various people that they were assaulted by the manager of the home, the respondent, Ramnarine Khelawon. At the time of trial, approximately two and a half years later, four of the complainants had died of causes unrelated to the assaults, and the fifth was no longer competent to testify. Only one of the complainants had testified at the preliminary inquiry. The central issue at trial was whether the hearsay statements provided by the complainants had sufficient threshold reliability to be received in evidence. Grossi J. held that the hearsay statements from each of the complainants were sufficiently reliable to be admitted in evidence, based in large part on the "striking" similarity between them. He ultimately found Mr. Khelawon guilty of the offences in respect of two of the complainants, Mr. Skupien and Mr. Dinino, and acquitted him on the remaining counts. Mr. Khelawon was sentenced to two and a half years of imprisonment for the offences relating to Mr. Skupien and an additional two years for the offences related to Mr. Dinino.

On appeal to the Court of Appeal for Ontario, Rosenberg J.A. (Armstrong J.A. concurring) excluded all statements and acquitted Mr. Khelawon. Blair J.A., in dissent, would have upheld the convictions in respect of Mr. Skupien only. The Crown appeals to this Court as of right, seeking to restore the convictions relating to Mr. Skupien. The Crown also sought but was denied leave in respect of the charges relating to Mr. Dinino.

In my view, Mr. Skupien's videotaped statement to the police was inadmissible. Although Mr. Skupien's death before the commencement of the trial made it necessary to resort to his evidence in this form, the statement was not sufficiently reliable to overcome the dangers it presented. The circumstances in which it came about did not provide reasonable assurances of inherent reliability. To the contrary, they gave rise to a number of serious issues including: whether Mr. Skupien was

En mai 1999, cinq personnes âgées résidant dans une maison de retraite ont dit à différentes personnes que le directeur de l'établissement, l'intimé Ramnarine Khelawon, les avaient agressées. Au moment du procès, environ deux ans et demi plus tard, quatre des plaignants étaient décédés de causes non liées aux agressions et le cinquième n'était plus habile à témoigner. Un seul des plaignants avait témoigné à l'enquête préliminaire. La principale question en litige était de savoir si les déclarations relatées des plaignants atteignaient un seuil de fiabilité suffisant pour qu'elles puissent être admises en preuve. Le juge Grossi a conclu que les déclarations relatées de chacun des plaignants étaient suffisamment fiables pour être admises en preuve, en raison, dans une large mesure, de leur similitude « frappante ». En fin de compte, il a déclaré M. Khelawon coupable des infractions relatives à deux des plaignants, soit MM. Skupien et Dinino, et l'a acquitté à l'égard des autres chefs. M. Khelawon a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans et demi pour les infractions relatives à M. Skupien et à une peine additionnelle de deux ans pour celles relatives à M. Dinino.

Lors de l'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Rosenberg (avec l'appui du juge Armstrong) a exclu toutes les déclarations et a acquitté M. Khelawon. Le juge Blair, dissident, aurait pour sa part maintenu les déclarations de culpabilité relatives à M. Skupien seulement. Dans son pourvoi de plein droit devant notre Cour, le ministère public sollicite le rétablissement des déclarations de culpabilité relatives à M. Skupien. Il a également sollicité l'autorisation d'appeler des accusations relatives à M. Dinino, mais celle-ci lui a été refusée.

À mon avis, la déclaration enregistrée sur bande vidéo que M. Skupien a faite à la police était inadmissible. Même s'il était nécessaire de recourir à ce type de témoignage de M. Skupien parce que celui-ci était décédé avant l'ouverture du procès, la déclaration n'était pas suffisamment fiable pour écarter les dangers qu'elle présentait. Les circonstances dans lesquelles elle a été faite ne constituaient pas un gage raisonnable de fiabilité inhérente. Au contraire, elles soulevaient un certain nombre de

5

6

7

mentally competent, whether he understood the consequences of making his statement, whether he was influenced in making the allegations by a disgruntled employee who had been fired by Mr. Khelawon, whether his statement was motivated by a general dissatisfaction about the management of the home, and whether his injuries were caused by a fall rather than the assault. In these circumstances, Mr. Skupien's unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused's ability to test the evidence and, in turn, on the trier of fact's ability to properly assess its worth. The statements made by other complainants posed even greater difficulties and could not be substantively admitted to assist in assessing the reliability of Mr. Skupien's allegations. In all the circumstances, particularly given that the Crown's case against Mr. Khelawon was founded on the hearsay statement, the admission of the evidence risked impairing the fairness of the trial and should not have been permitted. As Rosenberg J.A. aptly noted, the admission of the evidence under the principled approach to the hearsay rule is not the only way the evidence of witnesses who may not be available for trial may be preserved. Sections 709 to 714 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, expressly contemplate this eventuality and provide a procedure for the taking of the evidence before a commissioner in the presence of the accused or his counsel thereby preserving both the evidence and the rights of the accused.

8 For reasons that follow, I would therefore dismiss the appeal and affirm the acquittals.

2. Background

9 Mr. Khelawon was charged with aggravated assault on Teofil Skupien and threatening to cause him death. He was also charged with aggravated assault and assault with a weapon on Atillio Dinino, and assault causing bodily harm on three other complainants. The offences were alleged to have occurred during the month of May 1999 and, at the time, all the complainants were residents

questions sérieuses, notamment celles de savoir si M. Skupien jouissait de toutes ses facultés mentales, s'il comprenait les conséquences de sa déclaration, s'il avait été influencé, dans ses allégations, par une employée mécontente qui avait été congédiée par M. Khelawon, si sa déclaration était motivée par une insatisfaction générale à l'égard de l'administration de la maison de retraite et si ses blessures étaient dues à une chute plutôt qu'à l'agression. Dans ces circonstances, l'impossibilité de contre-interroger M. Skupien limitait substantiellement la capacité de l'accusé de vérifier la preuve et, par conséquent, la capacité du juge des faits d'en déterminer correctement la valeur. Les déclarations des autres plaignants présentaient des difficultés encore plus grandes et n'étaient pas admissibles quant au fond pour aider à apprécier la fiabilité des allégations de M. Skupien. Compte tenu de l'ensemble des circonstances et, en particulier, du fait que la preuve du ministère public contre M. Khelawon reposait sur la déclaration relatée, l'admission de ce témoignage risquait de compromettre l'équité du procès et n'aurait pas dû être autorisée. Comme l'a judicieusement fait remarquer le juge Rosenberg, l'admission de la preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée de la règle du oui-dire n'est pas la seule façon de préserver le témoignage de personnes qui peuvent être dans l'impossibilité de se présenter au procès. Les articles 709 à 714 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, envisagent expressément cette éventualité et établissent une procédure de prise de déposition par un commissaire en présence de l'accusé ou de son avocat, ce qui permet de préserver à la fois la preuve et les droits de l'accusé.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les acquittements.

2. Contexte

M. Khelawon a été accusé de voies de fait graves et de menaces de mort à l'endroit de Teofil Skupien. Il a également été accusé de voies de fait graves et d'agression armée à l'endroit d'Atillio Dinino ainsi que d'agression ayant causé des lésions corporelles à trois autres plaignants. Ces infractions auraient été commises au cours du mois de mai 1999 et, à l'époque, tous les plaignants étaient des

at the Bloor West Village Retirement Home. Mr. Khelawon was the manager of the retirement home and his mother was the owner. As indicated earlier, none of the complainants was available to testify at trial. Hence, the central issue concerned the admissibility of their hearsay statements made to various people. There were 10 statements in total, four of which consisted of videotaped statements made to the police. The trial, held before Grossi J. without a jury, proceeded essentially as a *voir dire* into the admissibility of the evidence, with counsel agreeing that it would not be necessary to repeat the evidence about any statements later ruled admissible. None of the statements fit within any traditional exception to the hearsay rule. Their admissibility, rather, was contingent upon the Crown meeting the twin requirements of necessity and reliability under the principled approach to the hearsay rule, as established in *Khan*, *Smith* and, later, *Starr*.

The charges concerning Mr. Skupien are the only matters before this Court. I will therefore summarize the evidence concerning Mr. Skupien's statements in more detail. I will also describe the circumstances surrounding the taking of the statements from the other complainants to the extent that it is relevant to dispose of this appeal. The Crown sought to introduce three statements made by Mr. Skupien: the first to an employee of the retirement home, the second to the doctor who treated him for his injuries, and the third to the police. Only the latter was admitted at trial. I will describe each statement in turn.

2.1 *Mr. Skupien's Statement to Ms. Stangrat*

Mr. Skupien was 81 years old and, at the time of the events in question, he had lived at the Bloor West Village Retirement Home for four years. Mr. Skupien's initial complaint was made to one of the employees at the retirement home, Joanna Stangrat. Ms. Stangrat, also known under several other names, was a cook who had been working

résidents de Bloor West Village Retirement Home. M. Khelawon était le directeur de l'établissement et sa mère en était la propriétaire. Comme je l'ai indiqué précédemment, aucun des plaignants n'était disponible pour témoigner au procès. En conséquence, la principale question concernait l'admissibilité des déclarations relatées qu'ils avaient faites à diverses personnes. Il y avait en tout 10 déclarations, dont quatre à la police qui étaient enregistrées sur bande vidéo. Le procès tenu devant le juge Grossi siégeant sans jury s'est déroulé essentiellement comme un *voir-dire* sur l'admissibilité de la preuve, les avocats ayant convenu qu'il ne serait pas nécessaire de reprendre la preuve concernant les déclarations qui seraient par la suite jugées admissibles. Aucune des déclarations n'était visée par quelque exception traditionnelle à la règle du *ouï-dire*. Pour qu'elles soient admissibles, le ministère public devait plutôt satisfaire à la double exigence de nécessité et de fiabilité selon la méthode d'analyse raisonnée de la règle du *ouï-dire*, établie dans les arrêts *Khan*, *Smith* et, par la suite, *Starr*.

Les accusations relatives à M. Skupien sont les seules soumises à notre Cour. Je vais donc faire un résumé plus détaillé de la preuve concernant les déclarations de M. Skupien. Je vais également décrire les circonstances entourant l'obtention des déclarations des autres plaignants dans la mesure où elles sont pertinentes pour trancher le présent pourvoi. Le ministère public a cherché à produire trois déclarations de M. Skupien : la première faite à une employée de la maison de retraite, la deuxième, au médecin qui a soigné ses blessures, et la troisième, à la police. Seule la dernière déclaration a été admise en preuve au procès. Je décrirai chacune des déclarations à tour de rôle.

2.1 *La déclaration de M. Skupien à M^{me} Stangrat*

Au moment des faits en question, M. Skupien était âgé de 81 ans et vivait depuis quatre ans dans l'établissement Bloor West Village Retirement Home. Il a adressé sa première plainte à l'une des employés de la maison de retraite, M^{me} Joanna Stangrat. Celle-ci, connue également sous plusieurs autres noms, était cuisinière à la maison de retraite

at the retirement home for a few months. She had come to know Mr. Skupien because he would often visit the kitchen and would sometimes walk her to the subway at the end of her shifts. Ms. Stangrat played a prominent role in the case concerning Mr. Skupien. In part, it was the theory of the defence at trial that she had influenced Mr. Skupien and the other complainants in making their complaints out of spite because Mr. Khelawon had given her a notice of termination a few weeks earlier.

12

On May 8, 1999, Ms. Stangrat noticed that Mr. Skupien did not come to breakfast. She went to check on him in his room and found him lying on his bed. His face was red and there was blood around his mouth. When she got closer to him she saw bruising on his eye and nose. His eyes were swollen. When Mr. Skupien saw her, he asked her to come in and close the door. He appeared to be in shock and very shaky. Ms. Stangrat noticed two full green garbage bags on the floor. She closed the door and asked him what had happened and what was in the green garbage bags. Mr. Skupien told her what had happened the previous evening. He also showed her bruises on his upper left chest area.

13

Mr. Skupien told Ms. Stangrat that he had to leave before twelve o'clock that day because "Tony", the name Mr. Khelawon went by, would come back and kill him. Mr. Skupien described to Ms. Stangrat how Mr. Khelawon had come into his room in anger at about 8:00 p.m. the previous evening, and had punched him repeatedly in the face and ribs. After beating him up, Mr. Khelawon had packed the clothes into the green garbage bags and left them on the floor. Ms. Stangrat asked Mr. Skupien why Mr. Khelawon would attack him in this way. He told her that Tony was angry because Mr. Skupien had been going to the kitchen when he had no reason to go there. When the assault ended, Mr. Khelawon threatened Mr. Skupien that either he moved out of the home by noon the next day or he would return and kill him. Mr. Skupien asked her what he should do. Ms. Stangrat told him

depuis quelques mois. Elle connaissait M. Skupien parce que celui-ci se rendait souvent à la cuisine et l'accompagnait parfois jusqu'au métro à la fin de son quart de travail. M^{me} Stangrat a joué un rôle important dans le dossier concernant M. Skupien. La thèse de la défense voulait notamment qu'elle ait amené M. Skupien et les autres plaignants à porter plainte pour se venger de M. Khelawon qui lui avait remis un avis de cessation d'emploi quelques semaines auparavant.

Le 8 mai 1999, M^{me} Stangrat a remarqué que M. Skupien n'était pas venu prendre son petit déjeuner. Elle s'est rendue à sa chambre pour vérifier s'il allait bien et l'a trouvé étendu sur son lit. Son visage était rouge et il avait du sang autour de la bouche. Lorsqu'elle s'est approchée de lui, elle a constaté que son œil et son nez étaient contusionnés. Ses yeux étaient enflés. Lorsque M. Skupien l'a aperçue, il lui a demandé d'entrer et de fermer la porte. Il semblait être en état de choc et très mal en point. M^{me} Stangrat a remarqué la présence sur le plancher de deux grands sacs à ordures verts remplis. Elle a fermé la porte et lui a demandé ce qui s'était passé et ce que contenaient les deux sacs à ordures. M. Skupien lui a raconté ce qui s'était passé le soir précédent. Il lui a aussi montré les ecchymoses qu'il avait sur la partie supérieure gauche de sa poitrine.

M. Skupien a dit à M^{me} Stangrat qu'il devait quitter la maison de retraite avant midi ce même jour parce que « Tony », le surnom de M. Khelawon, reviendrait pour le tuer. Il a expliqué à M^{me} Stangrat que M. Khelawon était entré dans sa chambre en colère vers 20 h le soir précédent et l'avait roué de coups de poing au visage et dans les côtes. Après l'avoir battu, M. Khelawon avait entassé ses vêtements dans les sacs à ordures verts qu'il avait ensuite laissés sur le plancher. M^{me} Stangrat a demandé à M. Skupien pourquoi M. Khelawon l'avait ainsi attaqué. Celui-ci a répondu que Tony lui reprochait de se rendre à la cuisine alors qu'il n'avait aucune raison d'y aller. Après avoir agressé M. Skupien, M. Khelawon l'a menacé en lui disant de quitter la maison de retraite avant midi le lendemain, sinon il reviendrait pour le tuer. M. Skupien a demandé à M^{me} Stangrat ce qu'il devait faire. Elle

she would phone her daughter to come and get him and that he should stay in his room until she was finished her duties for the day.

Ms. Stangrat arranged for Mr. Skupien to stay at her daughter's home later that day, and then to her apartment. Mr. Skupien was in pain but he was scared and did not want to see a doctor at that time. Ms. Stangrat kept Mr. Skupien at her apartment where she and a friend of hers alternated caring for him. A few days later, Mr. Skupien agreed to go to the doctor. Ms. Stangrat and her friend took him to see Dr. Pietraszek.

2.2 *Mr. Skupien's Statement to the Treating Physician*

On May 12, 1999, Dr. Pietraszek examined Mr. Skupien. He found visible bruising to Mr. Skupien's face as well as bruises to his back and on the left side of his chest and noted that Mr. Skupien appeared to be in pain while breathing. X-rays revealed that he had suffered fractures to three ribs. Dr. Pietraszek testified that Mr. Skupien told him he had been hit in the face and body with something that was either a cane or a pipe. He denied any suggestion that Ms. Stangrat had related the story but acknowledged that she was present and may have helped him in describing what had happened. Dr. Pietraszek considered that the injuries were consistent with Mr. Skupien's account of how they were caused. He also testified that the injuries could have resulted from a fall.

2.3 *Mr. Skupien's Videotaped Statement to the Police*

The following day, on May 13, 1999, Ms. Stangrat took Mr. Skupien to the police. Detective Karpow took his complaint. He observed bruising to the left side of Skupien's face, in the eye area. He arranged for Mr. Skupien to give a videotaped statement. Both Detective Karpow and Constable John Birrell were present. The statement was not

lui a dit qu'elle téléphonerait à sa fille pour qu'elle vienne le chercher et lui a conseillé de rester dans sa chambre jusqu'à ce qu'elle ait terminé ses tâches de la journée.

M^{me} Stangrat a fait en sorte que M. Skupien demeure chez sa fille plus tard le même jour, et ensuite à son propre appartement. M. Skupien était souffrant, mais il refusait alors de consulter un médecin parce qu'il avait peur. M^{me} Stangrat l'a gardé à son appartement où elle et une de ses amies se sont occupées de lui à tour de rôle. Quelques jours plus tard, M. Skupien a accepté de se rendre chez le médecin. M^{me} Stangrat et son amie l'ont amené voir le D^r Pietraszek.

2.2 *La déclaration de M. Skupien au médecin traitant*

Le 12 mai 1999, le D^r Pietraszek a examiné M. Skupien. Il a constaté la présence d'ecchymoses dans son visage ainsi que dans son dos et sur la partie gauche de sa poitrine. Il a aussi remarqué que M. Skupien semblait éprouver de la douleur en respirant. Des radiographies ont permis de constater que trois de ses côtes étaient fracturées. Dans son témoignage, le D^r Pietraszek a affirmé que M. Skupien lui avait dit avoir été frappé au visage et sur le corps avec ce qui lui avait semblé être une canne ou un tuyau. Le médecin a rejeté toute idée que M^{me} Stangrat ait raconté cette histoire, mais il a reconnu qu'elle était présente et qu'elle pouvait avoir aidé M. Skupien à décrire ce qui s'était passé. Le D^r Pietraszek a estimé que les blessures pouvaient avoir été causées de la façon relatée par M. Skupien. Il a également témoigné que les blessures pouvaient être dues à une chute.

2.3 *La déclaration enregistrée sur bande vidéo que M. Skupien a faite à la police*

Le lendemain, soit le 13 mai 1999, M^{me} Stangrat a conduit M. Skupien au poste de police. Le détective Karpow a reçu sa plainte. Il a remarqué la présence d'ecchymoses sur la partie gauche du visage de M. Skupien, près de l'œil. Le détective s'est arrangé pour que M. Skupien fasse une déclaration enregistrée sur bande vidéo. Le détective Karpow

14

15

16

given under oath; however, Mr. Skupien was asked if he understood that it was very important that he tell the truth and that if he did not tell the truth "[he] could be charged with that". Mr. Skupien answered "Yes" to both questions. After a few other preliminary questions, he was asked what his complaint was. Mr. Skupien described how, on May 7, 1999, Tony came to his room and said: "enough is enough". He then began beating him by slapping and punching him in the face, the ribs and all over, telling him not to go into the kitchen. He said that if he did not leave, he would come by 12 o'clock the next day and shoot him. Mr. Skupien then went on at some length to make several complaints about the general management of the retirement home until Detective Karpow brought him back to the matter at hand by asking him further questions about the incident and the events that followed. Mr. Skupien was generally responsive to the officer's questions.

et l'agent John Birrell étaient présents. La déclaration n'a pas été faite sous serment, mais on a demandé à M. Skupien s'il comprenait qu'il était très important de dire la vérité et que, s'il mentait, [TRADUCTION] « des accusations en ce sens pourraient être portées contre [lui] ». M. Skupien a répondu « oui » aux deux questions. Après quelques autres questions préliminaires, on lui a demandé en quoi consistait sa plainte. Il a alors expliqué comment, le 7 mai 1999, Tony s'était rendu à sa chambre et lui avait dit « en voilà assez ». Il s'était ensuite mis à le battre en lui administrant des gifles et des coups de poing au visage, dans les côtes et un peu partout, et en lui interdisant d'aller à la cuisine. Tony avait dit à M. Skupien que s'il ne partait pas, il reviendrait à midi le lendemain pour l'abattre. M. Skupien a ensuite pris la peine d'ajouter plusieurs plaintes concernant l'administration générale de la maison de retraite, jusqu'à ce que le détective Karpow lui rappelle l'objet de sa démarche en lui posant d'autres questions sur l'épisode en cause et la suite des événements. M. Skupien a généralement bien répondu aux questions du policier.

- 17 After the interview was completed, Mr. Khelawon was arrested.

À la suite de cet entretien, M. Khelawon a été arrêté.

2.4 Further Investigation

2.4 L'enquête plus approfondie

- 18 Ms. Stangrat gave the police a list of other people that she thought they should speak to at the retirement home. The next day, on May 14, 1999, several police officers attended the home to seek these people out. Because there were no markings on the doors, the police had to search through the residence, speaking to residents and nursing staff. When some of the people were located, they were found to be "unresponsive" and no meaningful interviews could be conducted with them. Others, however, were able and willing to speak. The police would identify themselves as police, then ask the residents how things were going at the home and if anything had happened to them that they wanted to talk about. The police arranged to take videotaped statements from those who wanted to speak to them. These included three of the other

M^{me} Stangrat a remis aux policiers une liste d'autres personnes auxquelles, selon elle, ils devraient aller s'adresser à la maison de retraite. Le lendemain, soit le 14 mai 1999, plusieurs policiers sont allés rencontrer ces personnes à la maison de retraite. Comme il n'y avait pas d'inscriptions sur les portes, les agents ont dû visiter tout l'établissement, s'entretenant avec des résidents et des membres du personnel infirmier. Parmi les personnes trouvées, certaines se sont montrées [TRADUCTION] « peu réceptives », d'où l'impossibilité d'avoir un entretien utile avec elles. D'autres, toutefois, ont pu et ont voulu parler. Après avoir divulgué leur identité, les policiers demandaient aux résidents comment ça allait à la maison de retraite et s'ils souhaitaient discuter de ce qui pouvait leur être arrivé. Les policiers se sont arrangés pour enregistrer sur bande

complainants, Mr. Dinino, Ms. Poliszak and Mr. Grocholska. The fourth complainant, Mr. Peiszterer, could not communicate with the police; however, his son provided a videotaped statement.

2.5 *Medical Records*

On May 15, 1999, Detective Karpow attended at the retirement home and met with Dr. Michalski, a physician who attended regularly at the home to see the residents. On May 18, 1999, the police returned to the home and seized the medical records and a journal containing nursing notes.

Documentation from Mr. Skupien's file revealed that he had been living in an apartment before suffering a stroke in February 1995. He was transferred to the retirement home in April 1995. A report dated April 13, 1995 noted his condition after the stroke. He suffered occasional periods of confusion, could not go outside on his own, needed help with meal preparation and banking, and had to be reminded to take his medication, but was able to perform all self-care tasks.

Dr. Michalski's file noted frequent contact with Mr. Skupien during his stay at the retirement home. From time to time, he was described as "depressed", "aggressive", "angry", and "paranoid". A diagnosis of paranoid psychoses was made in June 1998 and medication was prescribed. In July 1998, "some improvement in paranoia" was noted. In August 1998, he was described as "angry, hostile" and his dosage was increased. In August 1998, he was described as "confused". The possibility of dementia was first noted. In September 1998, he was diagnosed with "depression" and prescribed medication. In September 1998, improvement with the depression was noted, and although apparently "eliminated" in January 1999, depression was again noted in February 1999. The notes

vidéo les déclarations des personnes qui voulaient leur parler, dont celles de trois autres plaignants, M. Dinino, M^{me} Poliszak et M. Grocholska. Le quatrième plaignant, M. Peiszterer, n'a pas été en mesure de communiquer avec la police, mais son fils a fourni une déclaration enregistrée sur bande vidéo.

2.5 *Les dossiers médicaux*

Le 15 mai 1999, le détective Karpow s'est rendu à la maison de retraite où il a rencontré le Dr Michalski, un médecin appelé régulièrement à y soigner les résidents. Le 18 mai 1999, la police est retournée à la maison de retraite et a saisi les dossiers médicaux et un journal contenant des notes du personnel infirmier.

La documentation tirée du dossier de M. Skupien a révélé que celui-ci habitait en appartement jusqu'à ce qu'il soit victime d'un accident vasculaire cérébral (AVC) en février 1995. Il a été transféré à la maison de retraite en avril 1995. Un rapport daté du 13 avril 1995 fait état de sa condition après l'AVC. Il connaissait parfois des périodes de confusion, il ne pouvait sortir seul à l'extérieur et il avait besoin d'aide pour préparer ses repas, effectuer ses opérations bancaires et se rappeler de prendre ses médicaments, mais il était en mesure d'accomplir toutes les tâches en matière de soins personnels.

Le dossier du Dr Michalski faisait état de rencontres fréquentes avec M. Skupien pendant son séjour à la maison de retraite. Parfois, il était décrit comme étant [TRADUCTION] « dépressif », « agressif », « en colère » et « paranoïaque ». En juin 1998, un diagnostic de psychose paranoïaque a été établi et des médicaments ont été prescrits. En juillet 1998, « la paranoïa a diminué quelque peu ». En août 1998, M. Skupien a été décrit comme étant « en colère et agressif » et la dose a été augmentée. En août 1998, il était qualifié de « confus ». La possibilité de démence était notée pour la première fois. En septembre 1998, un diagnostic de « dépression » a été établi et des médicaments ont été prescrits. Toujours en septembre 1998, une note indique que la dépression est

19

20

21

also reflect a number of complaints of fatigue, weakness and dizziness.

2.6 Expert Evidence on the Voir Dire

22

Dr. Susan Lieff, a geriatric psychiatrist, was qualified to provide opinion evidence on the *voir dire* with respect to Mr. Skupien's capacity to understand the importance of telling the truth and communicate evidence. She also provided an opinion with respect to Mr. Dinino. Her opinion was based solely on her review of the videotaped interviews and medical records. With regard to Mr. Skupien, Dr. Lieff testified that the videotape did not reveal any impaired judgment, delusions or hallucinations, or intellectual pathology. He seemed to comprehend what was asked and responded appropriately. In Dr. Lieff's view, Mr. Skupien's affirmative answer "Yes", when advised of the need to be truthful, reflected a clear understanding. Dr. Lieff did not consult with Dr. Michalski but took issue with his diagnosis of "dementia". In her opinion, the symptoms observed by Dr. Michalski were more likely side-effects of the anti-psychotic medication he was taking at the time. Dr. Lieff concluded that Mr. Skupien understood that it was important to tell the truth and that he had the capacity to communicate evidence.

3. Trial Judge's Ruling on Admissibility

23

As a preliminary issue, the trial judge ruled that the four complainants who had given videotaped statements were competent at the time within the meaning of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, which he interpreted as requiring that "witnesses must know the importance of telling the truth and must be able to communicate the evidence". In support of this finding, the trial judge relied on his own viewing of the videotapes and on Dr. Lieff's opinion evidence. (The

atténuée et, même si elle était apparemment « éliminée » en janvier 1999, la dépression a de nouveau été notée en février 1999. Ces notes font également état d'un certain nombre de plaintes de fatigue, de faiblesse et d'étourdissements.

2.6 Le témoignage d'expert lors du voir-dire

La D^{re} Susan Lieff, une psychiatre gériatrique, a été autorisée à présenter, lors du voir-dire, un témoignage d'opinion sur la capacité de M. Skupien de comprendre l'importance de dire la vérité et de communiquer les faits dans son témoignage. Elle a également exprimé une opinion au sujet de M. Dinino. Son opinion était fondée uniquement sur son examen des entretiens enregistrés sur bande vidéo et des dossiers médicaux. En ce qui concerne M. Skupien, la D^{re} Lieff a témoigné que l'enregistrement ne révélait aucun affaiblissement de jugement, aucun délire, aucune hallucination ni aucune pathologie mentale. Il paraissait comprendre les questions posées et il donnait des réponses pertinentes. Selon la D^{re} Lieff, le « oui » que M. Skupien a répondu lorsqu'il a été informé de la nécessité de dire la vérité indiquait qu'il avait bien compris ce qu'on lui disait. La D^{re} Lieff n'a pas consulté le D^r Michalski, mais elle a contesté son diagnostic de « démence ». À son avis, les symptômes observés par le D^r Michalski s'apparentaient davantage à des effets secondaires du médicament antipsychotique que M. Skupien prenait à l'époque. La D^{re} Lieff a conclu que M. Skupien comprenait l'importance de dire la vérité et qu'il était capable de communiquer les faits dans son témoignage.

3. La décision du juge du procès concernant l'admissibilité

À titre préliminaire, le juge du procès a conclu que les quatre plaignants ayant fait des déclarations enregistrées sur bande vidéo avaient à l'époque la capacité requise au sens de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, qu'il a interprété comme exigeant que [TRADUCTION] « les témoins connaissent l'importance de dire la vérité et soient capables de communiquer les faits dans leur témoignage ». Il a fondé sa conclusion sur son propre visionnement des bandes vidéo et sur

mental capacity of the hearsay declarant is a relevant factor on an inquiry into the statement's admissibility as it may impact on the reliability of the hearsay statement; however, it is important to note that s. 16 has no application here. Section 16 sets out the threshold competency requirement for receiving the testimony of a witness *in court*. The threshold is a low one and the witness's testimony, if received, is then subject to cross-examination in the usual way, including on any relevant matter concerning the witness's mental state. The inquiry into the admissibility of a hearsay statement may require more extensive probing into the declarant's mental competency at the time of making the statement when there is no opportunity to cross-examine the declarant.)

After determining the s. 16 issue, the trial judge considered the necessity criterion. Although certain questions were raised at trial as to whether this criterion was met with respect to some of the complainants' statements, none of the issues concerned Mr. Skupien and hence need not be reviewed here.

Finally, the trial judge turned to the question of threshold reliability. He determined that all videotaped statements to the police met the reliability requirement. In support of this finding, he noted that there was "nothing untoward in the police procedure in taking the statements" and, although three of the complainants' statements were taken at the retirement home, rather than at the police station, he found that the "circumstances of taking the statements [were] as formal and solemn as could be expected in the situation". He noted that there was "no animosity directed at the accused" by the complainants in their statements other than voicing their complaint. The complainants "appeared forthright", they were "not evasive", and they did not "attempt to overstate their injuries". There were no "exceedingly leading" questions and, to the extent that there was leading, it went to weight rather than admissibility. All the statements were contemporaneous or made shortly after the events that they described. They knew their assailant well and there was no realistic alternative suspect. Further, both

le témoignage d'opinion de la D^{re} Lieff. (La capacité mentale du déclarant est pertinente pour examiner l'admissibilité d'une déclaration relatée étant donné qu'elle peut avoir une incidence sur la fiabilité de cette déclaration; cependant, il importe de souligner que l'art. 16 ne s'applique pas en l'espèce. Cet article établit la capacité minimale requise pour qu'un témoignage soit admis *en cour*. Ce seuil est bas et si le témoignage est reçu, il fait ensuite l'objet du contre-interrogatoire habituel qui porte notamment sur toute question pertinente concernant l'état d'esprit du témoin. L'examen de l'admissibilité d'une déclaration relatée peut requérir un examen plus approfondi de la capacité mentale du déclarant au moment où il a fait la déclaration, dans le cas où il est impossible de le contre-interroger.)

Après avoir tranché la question de l'art. 16, le juge du procès s'est penché sur le critère de la nécessité. Bien que des questions soulevées au procès aient visé à déterminer si certaines déclarations des plaignants satisfaisaient à ce critère, aucune de ces questions ne concernaient M. Skupien et c'est pourquoi il n'est pas nécessaire de les examiner en l'espèce.

Enfin, le juge du procès a examiné la question du seuil de fiabilité. Il a conclu que toutes les déclarations enregistrées sur bande vidéo qui ont été faites à la police satisfaisaient à l'exigence de fiabilité. À l'appui de cette conclusion, il a souligné qu'il n'y avait [TRADUCTION] « rien de malencontreux dans la procédure suivie par la police pour recueillir les déclarations », et il a conclu que, bien que trois des déclarations des plaignants aient été recueillies à la maison de retraite plutôt qu'au poste de police, « les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été recueillies [étaient], en l'occurrence, aussi formelles et solennelles que possible ». Le juge du procès a fait remarquer que, dans leurs déclarations, les plaignants ne faisaient que formuler leurs plaintes respectives « sans montrer de l'animosité pour l'accusé ». Les plaignants « paraissaient francs », ils n'étaient « pas évasifs » et ils « ne tentaient pas d'exagérer leurs blessures ». Les questions posées n'étaient pas « trop suggestives », et les seules questions suggestives touchaient la valeur probante plutôt que l'admissibilité. Toutes

24

25

Mr. Skupien and Mr. Dinino had corroborating injuries.

les déclarations avaient été effectuées au moment où les faits décrits étaient survenus, ou peu après. Les plaignants connaissaient bien leur agresseur et il n'y avait aucune autre possibilité réaliste de soupçonner quelqu'un d'autre. De plus, MM. Skupien et Dinino avaient tous les deux des blessures corroborantes.

26 The crux of the trial judge's ruling, however, appears to have been his application of the decision of this Court in *U. (F.J.)* in which the complainant's out-of-court statement was admitted on the ground of its "striking similarity" with the accused's statement concerning the same events. Throughout his reasons, the trial judge made repeated references to the similarity between the statements and concluded that "the cumulative combination of similar points renders the overall similarity between the statements sufficiently distinctive to reject coincidence as a likely explanation". While he found that the oral statements were also "sufficiently similar to fit the principle in *R. v. U. (F.J.)*", he held, citing para. 217 in *Starr* as authority, that "to admit them would be oath-helping in that I have the video statements".

Toutefois, la décision du juge du procès semble reposer essentiellement sur son application de l'arrêt *U. (F.J.)* de notre Cour, où la déclaration extrajudiciaire de la plaignante a été admise en preuve à cause de sa « similitude frappante » avec la déclaration de l'accusé concernant les mêmes faits. Dans ses motifs, le juge du procès a mentionné, à maintes reprises, la similitude entre les déclarations et a conclu que [TRADUCTION] « la combinaison cumulative de points semblables rend[ait] la similitude globale entre les déclarations suffisamment distinctive pour rejeter la coïncidence comme explication probable ». Tout en estimant que les déclarations orales étaient également « suffisamment similaires pour être visées par le principe de l'arrêt *R. c. U. (F.J.)* », il a conclu, en se fondant sur le par. 217 de l'arrêt *Starr*, que « les admettre en preuve équivaldrait à admettre un témoignage justificatif du fait que je suis en possession des déclarations sur bande vidéo ».

27 In the trial judge's view, the only real hearsay danger raised by the admission of the statements was the absence of cross-examination but, citing *Smith* as authority, he concluded that reliable evidence should not be excluded for this reason alone. The public interest in "the elderly receiving good care" allowed him "to take video statements together to bolster the complainants' credibility". He therefore ruled the videotaped statements admissible and the oral statements inadmissible.

Selon le juge du procès, le seul véritable danger en matière de ouï-dire que comportait l'admission en preuve des déclarations était l'absence de contre-interrogatoire, mais, s'appuyant sur l'arrêt *Smith*, il a décidé qu'une preuve fiable ne devrait pas être exclue pour ce seul motif. L'intérêt public à ce que [TRADUCTION] « les personnes âgées soient bien traitées » l'autorisait à « considérer les déclarations sur bande vidéo dans leur ensemble pour renforcer la crédibilité des plaignants ». Il a donc conclu à l'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande vidéo et à l'inadmissibilité des déclarations orales.

28 At the conclusion of the trial, Grossi J. ultimately found only two of the videotaped statements sufficiently credible to found a conviction, those of Mr. Dinino and Mr. Skupien. Since this appeal concerns the admissibility ruling only, it is

À la fin du procès, le juge Grossi a décidé, en fin de compte, que seules deux des déclarations enregistrées sur bande vidéo étaient suffisamment crédibles pour justifier une déclaration de culpabilité, à savoir celles de MM. Dinino et Skupien. Comme le présent

not necessary to review the reasons for conviction. It is common ground between the parties that if Mr. Skupien's statements are inadmissible, the convictions must be set aside and the appeal dismissed.

4. Court of Appeal for Ontario (2005), 195 O.A.C. 11

Mr. Khelawon appealed his convictions on the ground that the trial judge erred in admitting the videotaped statements. The Court of Appeal was unanimous in finding that Mr. Dinino's statement was not sufficiently reliable to warrant admission. A majority of the court found that Mr. Skupien's statement was also inadmissible due to its unreliability.

All three justices interpreted the trial judge's reasons as holding that without the similarity among the statements of the various complainants, none met the requirement of reliability and would therefore have been inadmissible (Rosenberg J.A., at para. 90; Blair J.A., at para. 29). The court therefore focussed on this aspect of the evidence and, indeed, the source of the disagreement between the majority and the dissent was whether the similarity of the statements was a permissible consideration in assessing reliability under the principled approach.

Rosenberg J.A., writing for the majority, held that the principle from *U. (F.J.)* could be applied only where the statements relate to the same event, and in most cases would be applied only where the declarant is available for cross-examination (para. 114). Here, the statements related to different incidents. Although a trier of fact might conclude, using similar fact reasoning, that the same person committed all of the crimes, this is an issue going to ultimate reliability, not threshold reliability (para. 115). Only the latter is relevant in determining admissibility. In addition, Rosenberg J.A. held that the comparator statements must also be substantively admissible, because the final decision as to the likelihood of coincidence or collusion

pourvoi ne porte que sur la décision concernant l'admissibilité, il n'est pas nécessaire d'examiner les motifs de la déclaration de culpabilité. Les parties conviennent que si les déclarations de M. Skupien sont inadmissibles, les déclarations de culpabilité doivent être annulées et le pourvoi, rejeté.

4. Cour d'appel de l'Ontario (2005), 195 O.A.C. 11

M. Khelawon a interjeté appel contre ses déclarations de culpabilité en faisant valoir que le juge du procès avait commis une erreur en admettant en preuve les déclarations enregistrées sur bande vidéo. La Cour d'appel a statué à l'unanimité que la déclaration de M. Dinino n'était pas suffisamment fiable pour être admise en preuve. Les juges majoritaires ont estimé que la déclaration de M. Skupien était également inadmissible en raison de sa non-fiabilité.

Les trois juges ont tous interprété les motifs du juge du procès comme signifiant que, n'eût été la similitude entre les déclarations des divers plaignants, aucune d'elles n'aurait satisfait à l'exigence de fiabilité, de sorte qu'elles auraient toutes été inadmissibles (le juge Rosenberg, par. 90; le juge Blair, par. 29). La cour a donc mis l'accent sur cet aspect de la preuve et, en fait, le désaccord entre les juges majoritaires et le juge dissident tenait à la question de savoir si la similitude entre les déclarations pouvait être prise en considération pour apprécier la fiabilité suivant la méthode d'analyse raisonnée.

Le juge Rosenberg, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que le principe de l'arrêt *U. (F.J.)* ne pouvait s'appliquer que lorsque les déclarations concernent les mêmes faits et que, dans la plupart des cas, il ne serait appliqué que s'il est possible de contre-interroger le déclarant (par. 114). En l'espèce, les déclarations concernaient des faits différents. Un juge des faits pourrait conclure, suivant le raisonnement des faits similaires, que la même personne a commis tous les crimes, mais c'est là une question de fiabilité en dernière analyse et non de seuil de fiabilité (par. 115). Seul le dernier est pertinent pour déterminer l'admissibilité. De plus, selon le juge Rosenberg, les déclarations de comparaison doivent également être admissibles quant au fond,

29

30

31

rests with the trier of fact (para. 128), and it would be odd for the trier of fact to be assessing ultimate reliability without access to “the very piece of evidence that convinced the trial judge that the statement was reliable” (para. 130). Grossi J.’s decision, therefore, was an impermissible expansion of the principle in *U. (F.J.)*. Rosenberg J.A. also held, at para. 92, that such an expansion was inconsistent with the statement of Iacobucci J. in *Starr*, at para. 217, that “corroborating . . . evidence” should not be considered in determining threshold reliability.

parce que la décision finale concernant la probabilité de coïncidence ou de collusion appartient au juge des faits (par. 128), et il serait étrange que celui-ci apprécie la fiabilité en dernière analyse sans avoir accès à [TRADUCTION] « l’élément de preuve même qui a convaincu le juge du procès que la déclaration était fiable » (par. 130). La décision du juge Grossi constituait donc un élargissement inacceptable de la portée du principe de l’arrêt *U. (F.J.)*. Le juge Rosenberg a également décidé, au par. 92, qu’un tel élargissement était incompatible avec l’affirmation du juge Iacobucci dans l’arrêt *Starr*, au par. 217, selon laquelle il n’y a pas lieu de tenir compte d’une « preuve corroborante » pour établir le seuil de fiabilité.

32

In dissent, Blair J.A. held that the central notion underpinning the *U. (F.J.)* “exception” was that absent collusion, prior knowledge, or improper influence, “striking similarities between statements belie coincidence and therefore bolster the reliability of the statement under consideration” (para. 44). While he held that the absence of cross-examination remained a factor to be weighed in assessing threshold reliability, he was of the view that its absence, in and of itself, was not an impediment to the principled application of the *U. (F.J.)* exception. He also found that the exception could apply where the statements related to different events, stating that, for the purpose of finding threshold reliability, he could see no “logical difference” between statements concerning the same accused “doing the same thing on the same occasion” and “the same accused doing the same thing on different occasions” (para. 48), drawing on the rationale for similar-fact reasoning, since both involve admitting evidence on the basis of the “improbability of coincidence” (para. 49). Finally, he found that a finding that the comparator statements are not substantively admissible should not exclude them from the reliability analysis, pointing out that otherwise reliable statements could be held inadmissible for a variety of reasons, including a finding that they were not necessary (para. 53).

Le juge Blair, dissident, a conclu que la notion fondamentale sous-tendant « l’exception » de l’arrêt *U. (F.J.)* veut que, en l’absence de collusion, de connaissance préalable ou d’influence indue, [TRADUCTION] « les similitudes frappantes entre les déclarations écartent toute coïncidence et renforcent donc la fiabilité de la déclaration examinée » (par. 44). Bien qu’il ait décidé que l’absence de contre-interrogatoire demeurerait un élément à soupeser en appréciant le seuil de fiabilité, le juge Blair était d’avis que cette absence, en soi, ne faisait pas obstacle à l’application raisonnée de l’exception de l’arrêt *U. (F.J.)*. Il a également conclu que cette exception pouvait s’appliquer quand les déclarations concernaient des faits différents, ajoutant que, pour déterminer le seuil de fiabilité, il ne voyait — compte tenu de la raison d’être du raisonnement des faits similaires — aucune « différence logique » entre une déclaration voulant que le même accusé « ait accompli le même acte à la même occasion » et une déclaration voulant que « le même accusé ait accompli le même acte à différentes occasions » (par. 48), étant donné que les deux situations comportent l’admission d’un élément de preuve fondée sur « l’improbabilité d’une coïncidence » (par. 49). Enfin, il a estimé que les déclarations de comparaison jugées inadmissibles quant au fond ne devraient pas être exclues de l’analyse de la fiabilité, faisant remarquer que des déclarations par ailleurs fiables pourraient être jugées inadmissibles pour diverses raisons, dont la conclusion qu’elles n’étaient pas nécessaires (par. 53).

On the basis of these conclusions, Blair J.A. held that the trial judge had not erred in considering the similarity among the statements in determining their threshold reliability. He then went on to apply “the *U. (F.J.)* exception” to the statements at issue on appeal, and held that although the videotaped statement of Mr. Dinino was inadmissible, the videotaped statement of Mr. Skupien was.

5. Rule Against Hearsay

5.1 General Exclusionary Rule

The basic rule of evidence is that all relevant evidence is admissible. There are a number of exceptions to this basic rule. One of the main exceptions is the rule against hearsay: absent an exception, hearsay evidence is *not* admissible. Hearsay evidence is not excluded because it is irrelevant — there is no need for a special rule to exclude irrelevant evidence. Rather, as we shall see, it is the difficulty of testing hearsay evidence that underlies the exclusionary rule and, generally, the alleviation of this difficulty that forms the basis of the exceptions to the rule. Although hearsay evidence includes communications expressed by conduct, I will generally refer to hearsay statements only.

5.2 Definition of Hearsay

At the outset, it is important to determine what is and what is not hearsay. The difficulties in defining hearsay encountered by courts and learned authors have been canvassed before and need not be repeated here: see *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at pp. 40-41, *per* Dickson J. It is sufficient to note, as this Court did in *Starr*, at para. 159, that the more recent definitions of hearsay are focussed on the central concern underlying the hearsay rule: the difficulty of testing the reliability of the declarant’s assertion. See, for example, *R. v. O’Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591, at pp. 593-94. Our adversary system puts a premium on the calling of witnesses, who testify under oath or solemn affirmation, whose

Compte tenu de ces conclusions, le juge Blair a statué que le juge du procès n’avait commis aucune erreur en tenant compte de la similitude des déclarations pour en déterminer le seuil de fiabilité. Il a ensuite appliqué [TRADUCTION] « l’exception de l’arrêt *U. (F.J.)* » aux déclarations visées par l’appel et a conclu que, même si la déclaration de M. Dinino enregistrée sur bande vidéo était inadmissible, celle de M. Skupien aussi enregistrée sur bande vidéo était par ailleurs admissible.

5. La règle interdisant le ouï-dire

5.1 Une règle d’exclusion générale

La règle de preuve fondamentale veut que tous les éléments de preuve pertinents soient admissibles. Cette règle fondamentale comporte un certain nombre d’exceptions. L’une des principales exceptions est la règle interdisant le ouï-dire : sauf exception, la preuve par ouï-dire *n’est pas* admissible. La preuve par ouï-dire *n’est pas* exclue parce qu’elle *n’est pas* pertinente — une règle spéciale *n’est pas* nécessaire pour exclure une preuve non pertinente. Comme nous le verrons, c’est plutôt la difficulté de vérifier la preuve par ouï-dire qui sous-tend la règle d’exclusion et, en général, l’atténuation de cette difficulté qui constitue le fondement des exceptions à la règle. Bien que la preuve par ouï-dire comprenne la conduite expressive, je m’en tiendrai généralement aux déclarations relatées.

5.2 Définition du ouï-dire

Au départ, il importe de déterminer ce qui constitue du ouï-dire et ce qui n’en constitue pas. Les difficultés que les tribunaux et les auteurs de doctrine ont eues à définir le ouï-dire ont déjà fait l’objet d’un examen approfondi et il n’est pas nécessaire de les reprendre en l’espèce : voir *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 40-41, le juge Dickson. Il suffit de noter, comme notre Cour l’a fait au par. 159 de l’arrêt *Starr*, que les plus récentes définitions du ouï-dire sont axées sur la préoccupation majeure qui sous-tend cette règle du ouï-dire, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de l’affirmation du déclarant. Voir, par exemple, l’arrêt *R. c. O’Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591, p. 593-594. Notre

33

34

35

demeanour can be observed by the trier of fact, and whose testimony can be tested by cross-examination. We regard this process as the optimal way of testing testimonial evidence. Because hearsay evidence comes in a different form, it raises particular concerns. The general exclusionary rule is a recognition of the difficulty for a trier of fact to assess what weight, if any, is to be given to a statement made by a person who has not been seen or heard, and who has not been subject to the test of cross-examination. The fear is that untested hearsay evidence may be afforded more weight than it deserves. The essential defining features of hearsay are therefore the following: (1) the fact that the statement is adduced to prove the truth of its contents and (2) the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant. I will deal with each defining feature in turn.

5.2.1 Statements Adduced for Their Truth

36

The purpose for which the out-of-court statement is tendered matters in defining what constitutes hearsay because it is only when the evidence is tendered to prove the truth of its contents that the need to test its reliability arises. Consider the following example. At an accused's trial on a charge for impaired driving, a police officer testifies that he stopped the accused's car because he received information from an unidentified caller that the car was driven by a person who had just left a local tavern in a "very drunk" condition. If the statement about the inebriated condition of the driver is introduced for the sole purpose of establishing the police officer's grounds for stopping the vehicle, it does not matter whether the unidentified caller's statement was accurate, exaggerated, or even false. Even if the statement is totally unfounded, that fact does not take away from the officer's explanation of his actions. If, on the other hand, the statement is tendered as proof that the accused was in fact impaired, the trier of fact's inability to test the

système accusatoire attache une grande importance à l'assignation de témoins qui déposent sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle et dont le comportement peut être observé par le juge des faits, et le témoignage, vérifié au moyen d'un contre-interrogatoire. Nous considérons que ce processus représente la meilleure façon de vérifier la preuve testimoniale. Parce qu'elle se présente sous une forme différente, la preuve par ouï-dire suscite des préoccupations particulières. La règle d'exclusion générale reconnaît la difficulté pour le juge des faits d'apprécier le poids à donner, s'il y a lieu, à une déclaration d'une personne qui n'a été ni vue ni entendue et qui n'a pas eu à subir un contre-interrogatoire. On craint que la preuve par ouï-dire non vérifiée se voie accorder plus de poids qu'elle n'en mérite. Les caractéristiques déterminantes essentielles du ouï-dire sont donc les suivantes : (1) le fait que la déclaration soit présentée pour établir la véracité de son contenu et (2) l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration. J'examinerai chacune de ces caractéristiques déterminantes à tour de rôle.

5.2.1 Déclarations présentées pour établir la véracité de leur contenu

Le but dans lequel la déclaration extrajudiciaire est présentée revêt de l'importance lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue du ouï-dire, car c'est seulement lorsque la preuve est présentée pour établir la véracité de son contenu qu'il devient nécessaire d'en vérifier la fiabilité. Prenons l'exemple suivant. Au procès d'un accusé inculpé de conduite avec facultés affaiblies, un policier témoigne qu'il a intercepté l'automobile de l'accusé à la suite d'un appel d'un inconnu l'informant que le véhicule était conduit par une personne en état d'« ébriété avancée » qui venait tout juste de quitter une taverne de quartier. Si la déclaration concernant l'état d'ébriété du conducteur est présentée dans le seul but d'établir les motifs que le policier avait d'intercepter le véhicule, il importe peu de savoir si la déclaration de l'auteur inconnu de l'appel était exacte, exagérée ou même fausse. Même si la déclaration est totalement dénuée de fondement, cela n'enlève rien à l'explication que le policier a donnée au sujet de ses actes. Si, par contre, la déclaration est présentée

reliability of the statement raises real concerns. Hence, only in the latter circumstance is the evidence about the caller's statement defined as hearsay and subject to the general exclusionary rule.

5.2.2 Absence of Contemporaneous Cross-Examination

The previous example, namely where the witness tells the court what A told him, is the more obvious form of hearsay evidence. A is not before the court to be seen, heard and cross-examined. However, the traditional law of hearsay also extends to out-of-court statements made by the witness who does testify in court when that out-of-court statement is tendered to prove the truth of its contents. This extended definition of hearsay has been adopted in Canada: *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 763-64; *Starr*, at para. 158. It is important to understand the rationale for treating a witness's out-of-court statements as hearsay.

When the witness repeats or adopts an earlier out-of-court statement, in court, under oath or solemn affirmation, of course no hearsay issue arises. The statement itself is not evidence, the testimony is the evidence and it can be tested in the usual way by observing the witness and subjecting him or her to cross-examination. The hearsay issue does arise, however, when the witness does not repeat or adopt the information contained in the out-of-court statement and the statement itself is tendered for the truth of its contents. Consider the following example to illustrate the concerns raised by this evidence.

In an out-of-court statement, W identifies the accused as her assailant. At the trial of the accused on a charge of assault, W testifies that the accused is *not* her assailant. The Crown seeks to tender the out-of-court statement as proof of the fact that the

dans le but de prouver que l'accusé avait effectivement les facultés affaiblies, l'incapacité du juge des faits d'en vérifier la fiabilité suscite des préoccupations réelles. Ce n'est donc que dans ce dernier cas que la preuve relative à la déclaration de l'auteur de l'appel constitue du ouï-dire et est assujettie à la règle d'exclusion générale.

5.2.2 L'impossibilité de contre-interroger au moment précis où la déclaration est faite

L'exemple précédent, à savoir lorsque le témoin raconte au tribunal ce que A lui a dit, est la forme la plus évidente de preuve par ouï-dire. A n'est pas devant le tribunal de manière à pouvoir être vu, entendu et contre-interrogé. Toutefois, la règle traditionnelle du ouï-dire s'applique également à la déclaration extrajudiciaire du témoin qui dépose en cour lorsque cette déclaration extrajudiciaire est présentée pour établir la véracité de son contenu. Cette définition élargie du ouï-dire a été adoptée au Canada : *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 763-764; *Starr*, par. 158. Il est important de comprendre pourquoi les déclarations extrajudiciaires d'un témoin sont considérées comme étant du ouï-dire.

Lorsque, devant le tribunal, le témoin réitère ou adopte — sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle — une déclaration extrajudiciaire antérieure, il va de soi qu'aucune question de ouï-dire ne se pose. Ce n'est pas la déclaration elle-même qui constitue un élément de preuve, mais plutôt le témoignage, qui peut être vérifié de la façon habituelle en observant le témoin et en lui faisant subir un contre-interrogatoire. Toutefois, la question du ouï-dire se pose lorsque le témoin ne réitère pas ou n'adopte pas le contenu de la déclaration extrajudiciaire, et que la déclaration elle-même est présentée pour établir la véracité de son contenu. Prenons l'exemple suivant pour illustrer les préoccupations suscitées par cet élément de preuve.

Dans une déclaration extrajudiciaire, W désigne l'accusé comme étant son agresseur. Au procès de l'accusé pour voies de fait, W témoigne que l'accusé *n'est pas* son agresseur. Le ministère public cherche à présenter la déclaration extrajudiciaire

37

38

39

accused did assault W. In these circumstances, the trier of fact is asked to accept the out-of-court statement over the sworn testimony of the witness. Given the usual premium placed on the value of in-court testimonial evidence, a serious issue arises as to whether it is at all necessary to introduce the statement. In addition, the reliability of that statement becomes crucial. How trustworthy is it? In what circumstances did W make that statement? Was it made casually to friends at a social function, or rather, to the police as a formal complaint? Was W aware of the potential consequences of making that statement, did she intend that it be acted upon? Did she have a motive to lie? In what condition was W at the time she made the statement? Many more questions can come to mind on matters that relate to the reliability of that out-of-court statement. When the trier of fact is asked to consider the out-of-court statement as proof that the accused in fact assaulted W, assessing its reliability may prove to be difficult.

pour prouver que l'accusé a effectivement agressé W. Dans ces circonstances, on demande au juge des faits de retenir la déclaration extrajudiciaire plutôt que le témoignage sous serment du témoin. Compte tenu de l'importance habituellement accordée au témoignage devant le tribunal, une question sérieuse se pose, soit celle de savoir s'il est absolument nécessaire de présenter la déclaration. De plus, la fiabilité de cette déclaration devient déterminante. Jusqu'à quel point est-elle fiable? Dans quelles circonstances W a-t-elle fait cette déclaration? L'a-t-elle faite à brûle-pourpoint à des amis lors d'une activité sociale, ou plutôt à la police à titre de plainte formelle? W était-elle consciente des conséquences que pouvait avoir cette déclaration, voulait-elle qu'on y donne suite? Avait-elle une raison de mentir? Dans quel état était W au moment où elle a fait la déclaration? Bien d'autres questions peuvent venir à l'esprit au sujet de la fiabilité de cette déclaration extrajudiciaire. Lorsqu'on demande au juge des faits de considérer que la déclaration extrajudiciaire prouve que l'accusé a effectivement agressé W, il peut se révéler difficile d'apprécier la fiabilité de cette preuve.

40

Concerns over the reliability of the statement also arise where W does not recant the out-of-court statement but testifies that she has no memory of making the statement, or worse still, no memory of the assault itself. The trier of fact does not see or hear the witness making the statement and, because there is no opportunity to cross-examine the witness *contemporaneously* with the making of the statement, there may be limited opportunity for a meaningful testing of its truth. In addition, an issue may arise as to whether the prior statement is fully and accurately reproduced.

Des préoccupations concernant la fiabilité de la déclaration naissent également lorsque W ne revient pas sur sa déclaration extrajudiciaire, mais témoigne qu'elle ne se souvient pas l'avoir faite, ou pis encore, qu'elle n'a aucun souvenir de l'agression elle-même. Le juge des faits ne voit pas ou n'entend pas le témoin faire la déclaration et, puisque qu'il n'y a aucune possibilité de contre-interroger le témoin *au moment précis* où il fait sa déclaration, la possibilité de vérifier utilement la véracité de cette déclaration peut être limitée. De plus, il peut y avoir lieu de se demander si la déclaration antérieure est reproduite intégralement et fidèlement.

41

Hence, although the underlying rationale for the general exclusionary rule may not be as obvious when the declarant is available to testify, it is the same — the difficulty of testing the reliability of the out-of-court statement. The difficulty of assessing W's out-of-court statement is the reason why it falls within the definition of hearsay and is subject to the general exclusionary rule. As one may readily appreciate, however, the degree of difficulty

Ainsi, bien qu'il se puisse que la raison d'être de la règle d'exclusion générale ne soit pas aussi évidente lorsque le déclarant est disponible pour témoigner, elle reste la même, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire. La difficulté d'apprécier la déclaration extrajudiciaire de W explique pourquoi elle est visée par la définition du ouï-dire et est assujettie à la règle d'exclusion générale. Toutefois, on le comprendra aisément, la

may be substantially alleviated in cases where the declarant is available for cross-examination on the earlier statement, particularly where an accurate record of the statement can be tendered in evidence. I will come back to that point later. My point here is simply to explain why, by definition, hearsay extends to out-of-court statements tendered for their truth even when the declarant is before the court.

5.3 Hearsay Exceptions: A Principled Approach

It has long been recognized that a rigid application of the exclusionary rule would result in the unwarranted loss of much valuable evidence. The hearsay statement, because of the way in which it came about, may be inherently reliable, or there may be sufficient means of testing it despite its hearsay form. Hence, a number of common law exceptions were gradually created. A rigid application of these exceptions, in turn, proved problematic leading to the needless exclusion of evidence in some cases, or its unwarranted admission in others. Wigmore urged greater flexibility in the application of the rule based on the two guiding principles that underlie the traditional common law exceptions: necessity and reliability (*Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. III, § 1420, at p. 153). This Court first accepted this approach in *Khan* and later recognized its primacy in *Starr*. The governing framework, based on *Starr*, was recently summarized in *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23, at para. 15:

- (a) Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless it falls under an exception to the hearsay rule. The traditional exceptions to the hearsay rule remain presumptively in place.
- (b) A hearsay exception can be challenged to determine whether it is supported by indicia of necessity and reliability, required by the principled approach. The exception can be modified as necessary to bring it into compliance.

difficulté peut être atténuée substantiellement lorsque le déclarant peut être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure, en particulier lorsqu'il est possible de déposer en preuve un compte rendu exact de la déclaration. Je reviendrai sur cette question plus loin. Je ne tiens ici qu'à expliquer pourquoi, par définition, le ouï-dire englobe les déclarations extrajudiciaires présentées pour établir la véracité de leur contenu, et ce, même lorsque le déclarant est devant le tribunal.

5.3 Les exceptions à la règle du ouï-dire : une méthode d'analyse raisonnée

On reconnaît depuis longtemps qu'une application rigide de la règle d'exclusion entraînerait la perte injustifiée d'éléments de preuve très précieux. La déclaration relatée peut, en raison de la manière dont elle a été faite, être intrinsèquement fiable, ou il peut exister suffisamment de moyens de la vérifier en dépit du fait qu'elle est relatée. Partant, un certain nombre d'exceptions de common law ont peu à peu fait leur apparition. Une application rigide de ces exceptions s'est révélée, à son tour, problématique et a donné lieu, dans certains cas, à l'exclusion inutile d'éléments de preuve ou, dans d'autres cas, à leur admission injustifiée. Wigmore a préconisé une application plus souple de la règle, fondée sur les deux principes directeurs qui sous-tendent les exceptions de common law traditionnelles, à savoir la nécessité et la fiabilité (*Wigmore on Evidence* (2^e éd. 1923), vol. III, § 1420, p. 153). Notre Cour a d'abord retenu cette approche dans l'arrêt *Khan* et en a, par la suite, reconnu la primauté dans l'arrêt *Starr*. Le cadre d'analyse applicable selon l'arrêt *Starr* a été résumé récemment dans l'arrêt *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23, par. 15 :

- a) La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins de relever d'une exception à la règle du ouï-dire. Les exceptions traditionnelles continuent présomptivement de s'appliquer.
- b) Il est possible de contester une exception à l'exclusion du ouï-dire au motif qu'elle ne présenterait pas les indices de nécessité et de fiabilité requis par la méthode d'analyse raisonnée. On peut la modifier au besoin pour la rendre conforme à ces exigences.

- (c) In "rare cases", evidence falling within an existing exception may be excluded because the indicia of necessity and reliability are lacking in the particular circumstances of the case.
- (d) If hearsay evidence does not fall under a hearsay exception, it may still be admitted if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*.

43

In this case, we are concerned with the admission of evidence under item (d). In particular, the courts below were divided over two main questions: (1) what factors must be considered in deciding whether the evidence is sufficiently reliable to be admitted; and (2) whether the "exception" recognized by this Court in *U. (F.J.)* can be extended to the facts of this case. I will comment first on the second question.

44

In my view, the discussion over whether the "*U. (F.J.)* exception" applies here exemplifies the concern expressed in *U. (F.J.)* itself, that the "new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis" (para. 35). In *U. (F.J.)*, there was a similar debate over whether the "*B. (K.G.)* exception" to the rule against the substantive admission of prior inconsistent statements extended to circumstances where the reliability of the complainant's statement was based, not so much on the circumstances in which it came about as was the case in *B. (K.G.)*, but on its striking similarity to a statement made by the accused. Lamer C.J. explained how his decision in *B. (K.G.)* was an application of the principled approach to hearsay, and how "[i]n addition . . . a threshold of reliability can sometimes be established, in cases where the witness is available for cross-examination, by a striking similarity between two statements" (para. 40). He concluded his analysis by anticipating that yet other situations may arise. He stated the following (at para. 45):

I anticipate that instances of statements so strikingly similar as to bolster their reliability will be rare.

- c) Dans de « rares cas », la preuve relevant d'une exception existante peut être exclue parce que, dans les circonstances particulières de l'espèce, elle ne présente pas les indices de nécessité et de fiabilité requis.
- d) Si la preuve par ouï-dire ne relève pas d'une exception à la règle d'exclusion, elle peut tout de même être admissible si l'existence d'indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un voir-dire.

Dans la présente affaire, il est question d'admission de preuve selon l'al. d). En particulier, les tribunaux d'instance inférieure étaient partagés quant à deux questions principales : (1) Quels facteurs doit-on considérer pour décider si la preuve est suffisamment fiable pour être admise? (2) L'« exception » reconnue par notre Cour dans l'arrêt *U. (F.J.)* peut-elle s'appliquer aux faits de la présente affaire? Je vais d'abord commenter la deuxième question.

À mon avis, le débat entourant la question de savoir si « l'exception de l'arrêt *U. (F.J.)* » s'applique en l'espèce illustre le souci exprimé dans l'arrêt *U. (F.J.)* lui-même, à savoir que la « nouvelle façon d'aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories » (par. 35). Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, un débat semblable a porté sur la question de savoir si « l'exception de l'arrêt *B. (K.G.)* » à la règle interdisant l'admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles s'appliquait dans le cas où la fiabilité de la déclaration du plaignant tenait non pas tant aux circonstances dans lesquelles elle avait été faite, comme l'affaire dans *B. (K.G.)*, mais plutôt à sa similitude frappante avec une déclaration de l'accusé. Le juge en chef Lamer a expliqué comment sa décision dans l'affaire *B. (K.G.)* était une application de la méthode d'analyse raisonnée au ouï-dire et comment en outre « l'établissement d'un seuil de fiabilité est parfois possible, dans les cas où le témoin peut être contre-interrogé, lorsqu'il existe une similitude frappante entre deux déclarations » (par. 40). Il a conclu son analyse en prévoyant que d'autres situations peuvent encore se présenter. Voici ce qu'il a affirmé (par. 45) :

Je m'attends à ce que soient rares les cas de déclarations dont la similitude est frappante au point d'étayer

In keeping with our principled and flexible approach to hearsay, other situations may arise where prior inconsistent statements will be judged substantively admissible, bearing in mind that cross-examination alone provides significant indications of reliability. It is not necessary in this case to decide if cross-examination alone provides an adequate assurance of threshold reliability to allow substantive admission of prior inconsistent statements.

As I will discuss later, both *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)* highlight the particular concerns raised in cases of prior inconsistent statements. However, following Lamer C.J.'s own words of caution against "rigid pigeon-holing analysis", it is my view that neither *B. (K.G.)* nor *U. (F.J.)* should be interpreted as creating categorical exceptions to the rule against hearsay based on fixed criteria. The majority judgment in *B. (K.G.)* itself leaves room for appropriate substitutes for the criteria it sets out. Further, to interpret these cases as creating new categories of exceptions would not be in keeping with the flexible case-by-case principled approach. We would simply be replacing the traditional set of exceptions with a new and (for the time being) less ossified one. Rather, these cases provide guidance — not fixed categories — on the application of the principled case-by-case approach by identifying the relevant concerns and the factors to be considered in determining admissibility.

I will review *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)* in this light as well as some other relevant decisions from this Court. Since the issues raised on this appeal relate to the assessment of reliability, my analysis will be focussed on that criterion. However, as I will explain, necessity and reliability should not be considered in isolation. One criterion may impact on the other. For example, as we shall see, in some cases the need for the evidence may, in large part, be based on the fact that the hearsay statement is highly reliable and the fact-finding process would be distorted without it. However, before I discuss the factors relating to reliability, I want to

leur fiabilité. Conformément à notre démarche en matière de ouï-dire fondée sur des principes et souple, il peut y avoir d'autres situations où les déclarations antérieures incompatibles seront jugées admissibles quant au fond, compte tenu du fait que le contre-interrogatoire seul donne d'importants indices de fiabilité. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de décider si le contre-interrogatoire seul donne une assurance suffisante quant au seuil de fiabilité pour permettre l'admission, quant au fond, de déclarations antérieures incompatibles.

Comme je l'expliquerai plus loin, les arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)* font tous les deux ressortir les préoccupations particulières suscitées dans des cas de déclaration antérieure incompatible. Toutefois, compte tenu de la mise en garde du juge en chef Lamer contre une « analyse rigide de catégories », j'estime que ni l'arrêt *B. (K.G.)* ni l'arrêt *U. (F.J.)* ne devraient être interprétés comme créant des catégories d'exceptions — fondées sur des critères fixes — à la règle interdisant le ouï-dire. Le jugement majoritaire dans l'affaire *B. (K.G.)* permet lui-même de remplacer par des substituts adéquats les critères qu'il énonce. De plus, interpréter ces arrêts comme créant de nouvelles catégories d'exceptions ne serait pas conforme à la méthode souple d'analyse raisonnée applicable cas par cas. Nous nous trouverions simplement à remplacer la série d'exceptions traditionnelles par une nouvelle série moins sclérosée (pour l'instant). Au lieu d'établir des catégories fixes, ces arrêts donnent plutôt des indications sur l'application cas par cas de la méthode d'analyse raisonnée en décrivant les préoccupations pertinentes et les facteurs à considérer pour déterminer l'admissibilité.

J'examinerai sous cet angle les arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)*, de même que certains autres arrêts pertinents de notre Cour. Puisque les questions soulevées dans le présent pourvoi concernent l'appréciation de la fiabilité, mon analyse portera sur ce critère. Toutefois, comme je l'expliquerai, la nécessité et la fiabilité ne devraient pas être examinées séparément. Un critère peut influencer sur l'autre. Par exemple, comme nous le verrons, la nécessité de la preuve peut, dans certains cas, découler en grande partie du fait que la déclaration relatée est très fiable et que le processus de constatation des faits serait faussé sans elle. Toutefois, avant d'analyser

45

46

say a word on the overarching principle of trial fairness.

5.4 Constitutional Dimension: Trial Fairness

47

Prior to admitting hearsay statements under the principled exception to the hearsay rule, the trial judge must determine on a *voir dire* that necessity and reliability have been established. The onus is on the person who seeks to adduce the evidence to establish these criteria on a balance of probabilities. In a criminal context, the inquiry may take on a constitutional dimension, because difficulties in testing the evidence, or conversely the inability to present reliable evidence, may impact on an accused's ability to make full answer and defence, a right protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. The right to make full answer and defence in turn is linked to another principle of fundamental justice, the right to a fair trial: *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262. The concern over trial fairness is one of the paramount reasons for rationalizing the traditional hearsay exceptions in accordance with the principled approach. As stated by Iacobucci J. in *Starr*, at para. 200, in respect of Crown evidence: "It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception."

48

As indicated earlier, our adversary system is based on the assumption that sources of untrustworthiness or inaccuracy can best be brought to light under the test of cross-examination. It is mainly because of the inability to put hearsay evidence to that test, that it is presumptively inadmissible. However, the constitutional right guaranteed under s. 7 of the *Charter* is not the right to confront or cross-examine adverse witnesses in itself. The adversarial trial process, which includes

les facteurs liés à la fiabilité, je tiens à dire un mot sur le principe dominant de l'équité du procès.

5.4 La dimension constitutionnelle : l'équité du procès

Avant d'admettre les déclarations relatées en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, le juge du procès doit décider, lors d'un voir-dire, que la nécessité et la fiabilité ont été établies. Il incombe à la personne qui cherche à présenter la preuve d'établir ces critères selon la prépondérance des probabilités. En matière criminelle, l'examen peut comporter une dimension constitutionnelle parce que la difficulté de vérifier la preuve ou, à l'inverse, l'impossibilité de présenter une preuve fiable peut compromettre la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, qui est un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. Le droit de présenter une défense pleine et entière est, à son tour, lié à un autre principe de justice fondamentale, à savoir le droit à un procès équitable : *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262. La préoccupation relative à l'équité du procès est l'une des raisons primordiales de rationaliser les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire conformément à la méthode d'analyse raisonnée. Comme l'a précisé le juge Iacobucci, au par. 200 de l'arrêt *Starr*, quant à la preuve du ministère public, « [s]i on permettait au ministère public de présenter une preuve par oui-dire non fiable contre l'accusé, peu importe qu'elle se trouve ou non à relever d'une exception existante, cela compromettrait l'équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées. »

Comme je l'ai indiqué précédemment, notre système accusatoire repose sur l'hypothèse voulant que le contre-interrogatoire représente le meilleur moyen de révéler les causes d'inexactitude ou de manque de fiabilité. C'est principalement en raison de l'incapacité de la vérifier de cette façon que la preuve par oui-dire est présumée inadmissible. Toutefois, le droit constitutionnel garanti par l'art. 7 de la *Charte* n'est pas en soi le droit de confronter ou contre-interroger des témoins opposés. Le

cross-examination, is but the means to achieve the end. Trial fairness, as a principle of fundamental justice, is the end that must be achieved. Trial fairness embraces more than the rights of the accused. While it undoubtedly includes the right to make full answer and defence, the fairness of the trial must also be assessed in the light of broader societal concerns: see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 69-76. In the context of an admissibility inquiry, society's interest in having the trial process arrive at the truth is one such concern.

The broader spectrum of interests encompassed in trial fairness is reflected in the twin principles of necessity and reliability. The criterion of necessity is founded on society's interest in getting at the truth. Because it is not always possible to meet the optimal test of contemporaneous cross-examination, rather than simply losing the value of the evidence, it becomes necessary in the interests of justice to consider whether it should nonetheless be admitted in its hearsay form. The criterion of reliability is about ensuring the integrity of the trial process. The evidence, although needed, is not admissible unless it is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it. As we shall see, the reliability requirement will generally be met on the basis of two different grounds, neither of which excludes consideration of the other. In some cases, because of the circumstances in which it came about, the contents of the hearsay statement may be so reliable that contemporaneous cross-examination of the declarant would add little if anything to the process. In other cases, the evidence may not be so cogent but the circumstances will allow for sufficient testing of evidence by means other than contemporaneous cross-examination. In these circumstances, the admission of the evidence will rarely undermine trial fairness. However, because trial fairness may encompass factors beyond the strict inquiry into necessity and reliability, even if the two criteria are met, the trial judge has the discretion to exclude hearsay evidence where its

processus judiciaire accusatoire, qui comprend le contre-interrogatoire, n'est que le moyen de parvenir à la fin recherchée. L'équité du procès, en tant que principe de justice fondamentale, est la fin qui doit être atteinte. L'équité du procès englobe plus que les droits de l'accusé. Bien qu'elle comprenne indubitablement le droit de présenter une défense pleine et entière, l'équité du procès doit aussi être évaluée à la lumière de préoccupations sociales plus globales : voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 69-76. Dans le contexte d'un examen de l'admissibilité, l'une de ces préoccupations est l'intérêt qu'a la société à ce que le processus judiciaire permette de découvrir la vérité.

La gamme plus vaste d'intérêts compris dans l'équité du procès se reflète dans le double principe de la nécessité et de la fiabilité. Le critère de la nécessité repose sur l'intérêt qu'a la société à découvrir la vérité. Étant donné qu'il n'est pas toujours possible de satisfaire au critère optimal du contre-interrogatoire effectué au moment précis où la déclaration est faite, au lieu de simplement perdre la valeur de la preuve en question, il devient nécessaire dans l'intérêt de la justice de se demander si cette preuve devrait néanmoins être admise sous sa forme relatée. Le critère de la fiabilité vise à assurer l'intégrité du processus judiciaire. Bien qu'elle soit nécessaire, la preuve n'est pas admissible, sauf si elle est suffisamment fiable pour écarter les dangers que comporte la difficulté de la vérifier. Comme nous le verrons, deux motifs différents, qui ne s'excluent pas mutuellement, permettent généralement de satisfaire à l'exigence de fiabilité. Dans certains cas, il se peut que, en raison des circonstances dans lesquelles la déclaration relatée a été faite, le contenu de cette déclaration soit si fiable qu'il aurait été peu ou pas utile de contre-interroger le déclarant au moment précis où il s'est exprimé. Dans d'autres cas, il peut arriver que la preuve ne soit pas aussi convaincante, mais les circonstances permettront de la vérifier suffisamment autrement qu'au moyen d'un contre-interrogatoire effectué au moment précis où elle est présentée. Dans ces circonstances, l'admission de la preuve compromettra rarement l'équité du procès. Toutefois, vu que l'équité du procès peut englober des facteurs allant

probative value is outweighed by its prejudicial effect.

6. The Admissibility Inquiry

6.1 *Distinction Between Threshold and Ultimate Reliability: A Source of Confusion*

50 As stated earlier, the trial judge only decides whether hearsay evidence is admissible. Whether the hearsay statement will or will not be ultimately relied upon in deciding the issues in the case is a matter for the trier of fact to determine at the conclusion of the trial based on a consideration of the statement in the context of the entirety of the evidence. It is important that the trier of fact's domain not be encroached upon at the admissibility stage. If the trial is before a judge and jury, it is crucial that questions of ultimate reliability be left for the jury — in a criminal trial, it is constitutionally imperative. If the judge sits without a jury, it is equally important that he or she not prejudge the ultimate reliability of the evidence before having heard all of the evidence in the case. Hence, a distinction must be made between "ultimate reliability" and "threshold reliability". Only the latter is inquired into on the admissibility *voir dire*.

51 The distinction between threshold and ultimate reliability has been made in a number of cases (see, for example, *B. (K.G.)* and *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043), but we are mainly concerned here with the elaboration of this principle in *Starr*. In particular, the following excerpt from the Court's analysis has been the subject of much of the discussion and commentary (at paras. 215 and 217):

In this connection, it is important when examining the reliability of a statement under the principled approach to distinguish between threshold and ultimate reliability. Only the former is relevant to admissibility: see *Hawkins*, *supra*, at p. 1084. Again, it is

au-delà de l'examen rigoureux de la nécessité et de la fiabilité, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve par ouï-dire lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, et ce, même si les deux critères sont respectés.

6. L'examen de l'admissibilité

6.1 *La distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse : source de confusion*

Comme nous l'avons vu, le juge du procès décide uniquement si la preuve par ouï-dire est admissible. Il appartient au juge des faits de décider, à l'issue du procès, s'il s'en remettra, en fin de compte, à la déclaration relatée pour trancher les questions en litige, après l'avoir examinée en fonction de l'ensemble de la preuve. Au stade de l'admissibilité, il importe de ne pas empiéter sur la compétence du juge des faits. Si le procès a lieu devant un juge et un jury, il est essentiel que les questions de fiabilité en dernière analyse soient laissées au jury — dans un procès criminel, c'est un impératif constitutionnel. Si le juge siège sans jury, il importe tout autant qu'il ne préjuge pas de la fiabilité en dernière analyse de la preuve avant d'avoir entendu l'ensemble de la preuve au dossier. Il faut donc établir une distinction entre « fiabilité en dernière analyse » et « seuil de fiabilité ». Lors d'un *voir-dire* portant sur l'admissibilité, l'examen se limite au seuil de fiabilité.

La distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse (ou fiabilité ultime ou absolue) a été établie dans un certain nombre d'arrêts (voir, par exemple, *B. (K.G.)* et *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043). Cependant, nous nous intéressons surtout en l'espèce à l'explication de ce principe contenue dans l'arrêt *Starr*. Une bonne partie des discussions et des commentaires a porté notamment sur l'extrait suivant de l'analyse de la Cour (par. 215 et 217) :

À cet égard, lorsque la fiabilité d'une déclaration est examinée selon la méthode fondée sur des principes, il importe d'établir une distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité absolue. Seul le seuil de fiabilité est pertinent relativement à l'admissibilité : voir

not appropriate in the circumstances of this appeal to provide an exhaustive catalogue of the factors that may influence threshold reliability. However, our jurisprudence does provide some guidance on this subject. Threshold reliability is concerned not with whether the statement is true or not; that is a question of ultimate reliability. Instead, it is concerned with whether or not the circumstances surrounding the statement itself provide circumstantial guarantees of trustworthiness. This could be because the declarant had no motive to lie (see *Khan, supra*; *Smith, supra*), or because there were safeguards in place such that a lie could be discovered (see *Hawkins, supra*; *U. (F.J.), supra*; *B. (K.G.), supra*).

At the stage of hearsay admissibility the trial judge should not consider the declarant's general reputation for truthfulness, nor any prior or subsequent statements, consistent or not. These factors do not concern the circumstances of the statement itself. Similarly, I would not consider the presence of corroborating or conflicting evidence. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; see also *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). In summary, under the principled approach a court must not invade the province of the trier of fact and condition admissibility of hearsay on whether the evidence is ultimately reliable. However, it will need to examine whether the circumstances in which the statement was made lend sufficient credibility to allow a finding of threshold reliability. [Underlining added.]

The Court's statement that "[t]hreshold reliability is concerned not with whether the statement is true or not" has created some uncertainty. While it is clear that the trial judge does not determine whether the statement will ultimately be relied upon as true, it is not so clear that in every case threshold reliability is *not* concerned with whether the statement is true or not. Indeed, in *U. (F.J.)*, the rationale for admitting the complainant's hearsay statement was based on the fact that "the only likely explanation" for its striking similarity with the independent statement of the accused was that "they were both telling the truth" (para. 40).

Hawkins, précité, à la p. 1084. Là encore, il ne convient pas, dans les circonstances du présent pourvoi, de fournir une liste détaillée des facteurs qui peuvent influencer sur le seuil de fiabilité. Toutefois, notre jurisprudence est utile dans une certaine mesure à ce sujet. Le seuil de fiabilité ne concerne pas la question de savoir si la déclaration est véridique ou non; c'est une question de fiabilité absolue. Il concerne plutôt la question de savoir si les circonstances ayant entouré la déclaration elle-même offrent des garanties circonstancielles de fiabilité. Ces garanties pourraient découler du fait que le déclarant n'avait aucune raison de mentir (voir *Khan* et *Smith*, précités) ou du fait qu'il y avait des mesures de protection qui permettaient de déceler les mensonges (voir *Hawkins*, *U. (F.J.)* et *B. (K.G.)*, précités).

À l'étape de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, le juge du procès ne devrait pas tenir compte de la réputation générale de sincérité du déclarant, ni d'aucune déclaration antérieure ou ultérieure, compatible ou incompatible. Ces facteurs n'ont pas trait aux circonstances de la déclaration elle-même. De même, je ne tiendrais pas compte de la présence d'une preuve corroborante ou contradictoire. Sur ce point, je suis d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; voir également *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). En résumé, en vertu de la méthode fondée sur des principes, le tribunal ne doit pas empiéter sur la compétence du juge des faits ni subordonner l'admissibilité de la preuve par ouï-dire à la question de savoir si la preuve est absolument fiable. Il devra cependant examiner si les circonstances ayant entouré la déclaration confèrent suffisamment de crédibilité pour pouvoir conclure que le seuil de fiabilité est atteint. [Je souligne.]

L'affirmation de la Cour selon laquelle « [l]e seuil de fiabilité ne concerne pas la question de savoir si la déclaration est véridique ou non » a créé une certaine incertitude. Même s'il est évident que le juge du procès ne décide pas si la déclaration sera tenue pour véridique en définitive, il n'est pas aussi évident que, dans toute affaire, le seuil de fiabilité *ne* concerne *pas* la question de savoir si la déclaration est véridique ou non. En fait, dans l'arrêt *U. (F.J.)*, on a justifié l'admission de la déclaration relatée de la plaignante par le fait que « la seule explication probable » de la similitude frappante entre cette déclaration et la déclaration faite de façon indépendante par l'accusé était que « tous les deux disaient la vérité » (par. 40).

53 Further, it is not easy to discern what is or is not a circumstance "surrounding the statement itself". For example, in *Smith*, the fact that the deceased may have had a motive to lie was considered by the Court in determining threshold admissibility. As both Rosenberg J.A. and Blair J.A. point out in their respective reasons, "in determining whether the declarant had a motive to lie, the judge will necessarily be driven to consider factors outside the statement itself or the immediately surrounding circumstances" (para. 97).

54 Much of the confusion in this area of the law has arisen from this attempt to categorically label some factors as going only to ultimate reliability. The bar against considering "corroborating or conflicting evidence", because it is only relevant to the question of ultimate reliability, is a further example. Quite clearly, the corroborative nature of the semen stain in *Khan* played an important part in establishing the threshold reliability of the child's hearsay statement in that case.

55 This part of the analysis in *Starr* therefore requires clarification and, in some respects, reconsideration. I will explain how the relevant factors to be considered on an admissibility inquiry cannot invariably be categorized as relating either to threshold or ultimate reliability. Rather, the relevance of any particular factor will depend on the particular dangers arising from the hearsay nature of the statement and the available means, if any, of overcoming them. I will then return to the impugned passage in *Starr*, dealing more specifically with the question of supporting evidence since that reference appears to have raised the most controversy.

6.2 *Identifying the Relevant Factors: A Functional Approach*

6.2.1 *Recognizing Hearsay*

56 The first matter to determine before embarking on a hearsay admissibility inquiry, of course, is whether the proposed evidence is hearsay. This

De plus, il n'est pas facile de discerner ce qui est et ce qui n'est pas une circonstance « ayant entouré la déclaration elle-même ». Par exemple, lorsqu'elle s'est prononcée sur le seuil d'admissibilité dans l'affaire *Smith*, la Cour a tenu compte du fait que la victime pouvait avoir eu une raison de mentir. Comme l'ont souligné les juges Rosenberg et Blair dans leurs motifs respectifs, [TRADUCTION] « pour décider si le déclarant avait une raison de mentir, le juge sera nécessairement amené à considérer des facteurs extérieurs à la déclaration elle-même ou aux circonstances immédiates qui l'ont entourée » (par. 97).

La confusion qui règne dans ce domaine du droit tient en grande partie à cette tentative de classer certains facteurs comme touchant uniquement la fiabilité en dernière analyse. Un autre exemple est l'interdiction de tenir compte d'une « preuve corroborante ou contradictoire » parce qu'elle n'est pertinente qu'en ce qui concerne la question de la fiabilité en dernière analyse. De toute évidence, la nature corroborante de la tache de sperme, dans l'affaire *Khan*, a joué un rôle important dans l'établissement du seuil de fiabilité de la déclaration relatée de l'enfant.

Cette partie de l'analyse de l'arrêt *Starr* a donc besoin d'être clarifiée et, à certains égards, d'être reconsidérée. J'expliquerai comment les facteurs à considérer lors de l'examen de l'admissibilité ne peuvent pas toujours être classés comme ayant trait soit au seuil de fiabilité, soit à la fiabilité en dernière analyse. La pertinence d'un facteur dépendra plutôt des dangers particuliers découlant du fait que la déclaration constitue du oui-dire, et des moyens possibles, s'il en est, de les écarter. Je reviendrai ensuite au passage contesté de l'arrêt *Starr*, en m'attardant plus précisément à la question de la preuve à l'appui étant donné que cette mention paraît avoir soulevé le plus de controverse.

6.2 *Détermination des facteurs pertinents : une approche fonctionnelle*

6.2.1 *Reconnaissance du oui-dire*

La première question à trancher avant de procéder à l'examen de l'admissibilité d'une preuve par oui-dire est bien sûr celle de savoir si la preuve

may seem to be a rather obvious matter, but it is an important first step. Misguided objections to the admissibility of an out-of-court statement based on a misunderstanding of what constitutes hearsay are not uncommon. As discussed earlier, not all out-of-court statements will constitute hearsay. Recall the defining features of hearsay. An out-of-court statement will be hearsay when: (1) it is adduced to prove the truth of its contents *and* (2) there is no opportunity for a contemporaneous cross-examination of the declarant.

Putting one's mind to the defining features of hearsay at the outset serves to better focus the admissibility inquiry. As we have seen, the first identifying feature of hearsay calls for an inquiry into the purpose for which it is adduced. Only when the evidence is being tendered for its truth will it constitute hearsay. The fact that the out-of-court statement is adduced for its *truth* should be considered in the context of the issues in the case so that the court may better assess the potential impact of introducing the evidence in its hearsay form.

Second, by putting one's mind, at the outset, to the second defining feature of hearsay — the absence of an opportunity for contemporaneous cross-examination of the declarant, the admissibility inquiry is immediately focussed on the dangers of admitting hearsay evidence. Iacobucci J. in *Starr* identified the inability to test the evidence as the "central concern" underlying the hearsay rule. Lamer C.J. in *U. (F.J.)* expressed the same view but put it more directly by stating: "Hearsay is inadmissible as evidence because its reliability cannot be tested" (para. 22).

6.2.2 Presumptive Inadmissibility of Hearsay Evidence

Once the proposed evidence is identified as hearsay, it is presumptively *inadmissible*. I stress the

proposée constitue du ouï-dire. Cela peut paraître assez évident, mais c'est une première étape importante. Les objections malencontreuses à l'admissibilité d'une déclaration extrajudiciaire, qui tiennent à une méprise sur ce qui constitue du ouï-dire, ne sont pas rares. Comme nous l'avons vu, les déclarations extrajudiciaires ne constituent pas toutes du ouï-dire. Rappelons-nous les caractéristiques déterminantes du ouï-dire. Une déclaration extrajudiciaire constituera du ouï-dire, premièrement, si elle est présentée pour établir la véracité de son contenu *et*, deuxièmement, s'il y a impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration.

S'arrêter au départ aux caractéristiques déterminantes du ouï-dire permet de mieux orienter l'examen de l'admissibilité. Comme nous l'avons vu, la première caractéristique particulière du ouï-dire oblige à examiner le but dans lequel la preuve est présentée. Ce n'est que si elle est présentée pour établir la véracité de son contenu que la preuve constitue du ouï-dire. Le fait que la déclaration extrajudiciaire soit présentée pour établir la *véra-cité* de son contenu devrait être examiné dans le contexte des questions en litige afin que le tribunal soit mieux en mesure d'évaluer l'effet potentiel de la présentation de cette preuve relatée.

Deuxièmement, si on s'arrête au départ à la seconde caractéristique déterminante du ouï-dire, soit l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait sa déclaration, l'examen de l'admissibilité porte aussitôt sur les dangers d'admettre la preuve par ouï-dire. Dans l'arrêt *Starr*, le juge Iacobucci a décrit l'impossibilité de vérifier la preuve comme étant la « préoccupation majeure » qui sous-tend la règle du ouï-dire. Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, le juge en chef Lamer a exprimé le même point de vue, mais plus directement en ces termes : « Le ouï-dire n'est pas admissible comme preuve parce que sa fiabilité ne peut être vérifiée » (par. 22).

6.2.2 La présomption d'inadmissibilité de la preuve par ouï-dire

Dès que la preuve proposée est désignée comme étant du ouï-dire, elle est présumée

57

58

59

nature of the hearsay rule as a general exclusionary rule because the increased flexibility introduced in the Canadian law of evidence in the past few decades has sometimes tended to blur the distinction between admissibility and weight. Modifications have been made to a number of rules, including the rule against hearsay, to bring them up to date and to ensure that they facilitate rather than impede the goals of truth seeking, judicial efficiency and fairness in the adversarial process. However, the traditional rules of evidence reflect considerable wisdom and judicial experience. The modern approach has built upon their underlying rationale, not discarded it. In *Starr* itself, where this Court recognized the primacy of the principled approach to hearsay exceptions, the presumptive exclusion of hearsay evidence was reaffirmed in strong terms. Iacobucci J. stated as follows (at para. 199):

By excluding evidence that might produce unfair verdicts, and by ensuring that litigants will generally have the opportunity to confront adverse witnesses, the hearsay rule serves as a cornerstone of a fair justice system.

6.2.3 Traditional Exceptions

60

The Court in *Starr* also reaffirmed the continuing relevance of the traditional exceptions to the hearsay rule. More recently, this Court in *Mapara* reiterated the continued application of the traditional exceptions in setting out the governing analytical framework, as noted in para. 42 above. Therefore, if the trial judge determines that the evidence falls within one of the traditional common law exceptions, this finding is conclusive and the evidence is ruled admissible, unless, in a rare case, the exception itself is challenged as described in both those decisions.

6.2.4 Principled Approach: Overcoming the Hearsay Dangers

61

Since the central underlying concern is the inability to test hearsay evidence, it follows that under

inadmissible. J'insiste sur le fait que la règle du ouï-dire est par nature une règle d'exclusion générale, car l'assouplissement accru du droit canadien de la preuve au cours des dernières décennies a parfois eu tendance à estomper la distinction entre admissibilité et valeur probante. Des modifications ont été apportées à un certain nombre de règles — dont la règle interdisant le ouï-dire — afin de les mettre à jour et d'assurer qu'elles favorisent la réalisation des objectifs de recherche de la vérité, d'efficacité du système judiciaire et d'équité du processus accusatoire, au lieu de l'entraver. Toutefois, les règles de preuve traditionnelles témoignent d'une sagesse et d'une expérience judiciaire considérables. L'approche moderne a consolidé, et non écarté, leur raison d'être fondamentale. Dans l'arrêt *Starr* lui-même, où notre Cour a reconnu la primauté de la méthode d'analyse raisonnée des exceptions à la règle du ouï-dire, la présomption d'exclusion de la preuve par ouï-dire a été réaffirmée de manière non équivoque. Le juge Iacobucci s'est ainsi exprimé (par. 199) :

En écartant les éléments de preuve susceptibles de donner lieu à des verdicts inéquitables et en assurant que les parties aient généralement la possibilité de confronter des témoins opposés, la règle du ouï-dire est une pierre angulaire d'un système de justice équitable.

6.2.3 Les exceptions traditionnelles

Dans l'arrêt *Starr*, la Cour a aussi réaffirmé que les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire sont toujours pertinentes. Plus récemment, dans l'arrêt *Mapara*, notre Cour a confirmé le maintien des exceptions traditionnelles en établissant le cadre d'analyse applicable, exposé plus haut au par. 42. Par conséquent, si le juge du procès conclut que la preuve relève de l'une des exceptions de common law traditionnelles, cette conclusion est définitive et la preuve est jugée admissible sauf si, dans de rares cas, l'exception elle-même est contestée, comme le précisent ces deux arrêts.

6.2.4 La méthode d'analyse raisonnée : écarter les dangers du ouï-dire

Étant donné que la préoccupation majeure sous-jacente est l'impossibilité de vérifier la preuve par

the principled approach the reliability requirement is aimed at identifying those cases where this difficulty is sufficiently overcome to justify receiving the evidence as an exception to the general exclusionary rule. As some courts and commentators have expressly noted, the reliability requirement is usually met in two different ways: see, for example, *R. v. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (Ont. C.A.); D.M. Paciocco, "The Hearsay Exceptions: A Game of 'Rock, Paper, Scissors'", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence* (2004), 17, at p. 29.

One way is to show that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about. Common sense dictates that if we can put sufficient trust in the truth and accuracy of the statement, it should be considered by the fact finder regardless of its hearsay form. Wigmore explained it this way:

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 would be pedantic to insist on a test whose chief object is already secured. [§ 1420, p. 154]

Another way of fulfilling the reliability requirement is to show that no real concern arises from the fact that the statement is presented in hearsay form because, in the circumstances, its truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested. Recall that the optimal way of testing evidence adopted by our adversarial system is to have the declarant state the evidence in court, under oath, and under the scrutiny of contemporaneous cross-examination. This preferred method is not just a vestige of past traditions. It remains a tried and true method, particularly when credibility issues must be resolved. It is one thing for a person to make a damaging

ouï-dire, il s'ensuit que, selon la méthode d'analyse raisonnée, l'exigence de fiabilité vise à déterminer les cas où cette difficulté est suffisamment surmontée pour justifier l'admission de la preuve à titre d'exception à la règle d'exclusion générale. Comme certains tribunaux et commentateurs ont pris soin de le souligner, il y a deux manières de satisfaire à l'exigence de fiabilité : voir, par exemple, *R. c. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (C.A. Ont.); D.M. Paciocco, « The Hearsay Exceptions : A Game of "Rock, Paper, Scissors" », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence* (2004), 17, p. 29.

Une manière consiste à démontrer qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite. Le bon sens veut que, si on peut avoir suffisamment confiance en la véracité et l'exactitude de la déclaration, le juge des faits devrait en tenir compte indépendamment du fait qu'elle est relatée. À cet égard, Wigmore a donné l'explication suivante :

[TRADUCTION] Dans de nombreux cas, on peut facilement voir qu'une telle épreuve requise [c'est-à-dire 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 trop pointilleux d'insister sur une épreuve dont l'objet principal est déjà atteint. [§ 1420, p. 154]

Une autre manière de satisfaire à l'exigence de fiabilité consiste à démontrer que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle étant donné que, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées. Rappelons-nous que, dans notre système accusatoire, la meilleure façon de vérifier la preuve est de faire témoigner le déclarant sous serment devant le tribunal, tout en lui faisant subir un contre-interrogatoire minutieux. Cette méthode privilégiée n'est pas seulement un vestige de traditions passées. Elle demeure une méthode éprouvée et fiable, particulièrement

62

63

statement about another in a context where it may not really matter. It is quite another for that person to repeat the statement in the course of formal proceedings where he or she must commit to its truth and accuracy, be observed and heard, and be called upon to explain or defend it. The latter situation, in addition to providing an accurate record of what was actually said by the witness, gives us a much higher degree of comfort in the statement's trustworthiness. However, in some cases it is not possible to put the evidence to the optimal test, but the circumstances are such that the trier of fact will nonetheless be able to sufficiently test its truth and accuracy. Again, common sense tells us that we should not lose the benefit of the evidence when there are adequate substitutes for testing the evidence.

64

These two principal ways of satisfying the reliability requirement can also be discerned in respect of the traditional exceptions to the hearsay rule. Iacobucci J. notes this distinction in *Starr*, stating as follows:

For example, testimony in former proceedings is admitted, at least in part, because many of the traditional dangers associated with hearsay are not present. As pointed out in *Sopinka, Lederman and Bryant, supra*, at pp. 278-79:

... a statement which was earlier made under oath, subjected to cross-examination and admitted as testimony at a former proceeding is received in a subsequent trial *because the dangers underlying hearsay evidence are absent*.

Other exceptions are based not on negating traditional hearsay dangers, but on the fact that the statement provides circumstantial guarantees of reliability. This approach is embodied in recognized exceptions such as dying declarations, spontaneous utterances, and statements against pecuniary interest. [Emphasis added by Iacobucci J.; para. 212.]

65

Some of the traditional exceptions stand on a different footing, such as admissions from parties

lorsqu'il faut résoudre des questions de crédibilité. C'est une chose de faire une déclaration préjudiciable à propos d'autrui dans un contexte où il se peut que cette déclaration n'ait pas vraiment d'importance; c'est une toute autre chose que le déclarant répète sa déclaration dans le cadre de procédures formelles où il doit en garantir la véracité et l'exactitude, être observé et entendu, et être appelé à l'expliquer ou à la défendre. Cette dernière situation, en plus de fournir un compte rendu exact de ce qu'a réellement dit le témoin, nous rassure beaucoup plus quant à la fiabilité de la déclaration. Toutefois, dans certains cas, il n'est pas possible de vérifier la preuve de la meilleure façon, mais les circonstances sont telles que le juge des faits sera néanmoins en mesure d'en vérifier suffisamment la véracité et l'exactitude. Là encore, le bon sens nous indique qu'il ne faudrait pas perdre l'avantage de cette preuve lorsqu'il existe d'autres façons adéquates de la vérifier.

Il est également possible de distinguer ces deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité dans le cas des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Le juge Iacobucci note ainsi cette distinction dans l'arrêt *Starr* :

Par exemple, le témoignage fait dans le cadre d'une instance antérieure est admis, du moins en partie, parce que bien des dangers qui se rattachent traditionnellement à la preuve par ouï-dire ne se posent pas. Comme il a été souligné dans *Sopinka, Lederman et Bryant, op. cit.*, aux pp. 278 et 279 :

[TRADUCTION] ... une déclaration qui a été faite antérieurement sous la foi du serment, qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire et qui a été admise en tant que preuve testimoniale lors d'une instance antérieure est admise lors d'un procès ultérieur *parce que les dangers que comporte la preuve par ouï-dire ne se posent pas*.

D'autres exceptions sont fondées non pas sur la suppression des dangers traditionnels de la preuve par ouï-dire, mais sur le fait que la déclaration offre des garanties circonstancielles de fiabilité. Cette méthode se retrouve dans des exceptions reconnues comme les déclarations de mourants, les déclarations spontanées et les déclarations au détriment des intérêts financiers de leur auteur. [Souligné par le juge Iacobucci; par. 212.]

Certaines exceptions traditionnelles ont une assise différente, tels les aveux de parties

(confessions in the criminal context) and co-conspirators' statements: see *Mapara*, at para. 21. In those cases, concerns about reliability are based on considerations other than the party's inability to test the accuracy of his or her own statement or that of his or her co-conspirators. Hence, the criteria for admissibility are not established in the same way. However, in cases where the exclusionary rule is based on the usual hearsay dangers, this distinction between the two principal ways of satisfying the reliability requirement, although not by any means one that creates mutually exclusive categories, may assist in identifying what factors need to be considered on the admissibility inquiry.

Khan is an example where the reliability requirement was met because the circumstances in which the statement came about provided sufficient comfort in its truth and accuracy. Similarly in *Smith*, the focus of the admissibility inquiry was also on those circumstances that tended to show that the statement was true. On the other hand, the admissibility of the hearsay statement in *B. (K.G.)* and *Hawkins* was based on the presence of adequate substitutes for testing the evidence. As we shall see, the availability of the declarant for cross-examination goes a long way to satisfying the requirement for adequate substitutes. In *U. (F.J.)*, the Court considered both those circumstances tending to show that the statement was true and the presence of adequate substitutes for testing the evidence. *U. (F.J.)* underscores the heightened concern over reliability in the case of prior inconsistent statements where the trier of fact is invited to accept an out-of-court statement over the sworn testimony from the same declarant. I will briefly review how the analysis of the Court in each of those cases was focussed on overcoming the particular hearsay dangers raised by the evidence.

6.2.4.1 *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531

As stated earlier, *Khan* is an example where the reliability requirement was met because the circumstances in which the statement came about

(confessions en matière criminelle) et les déclarations de coconspirateurs : voir l'arrêt *Mapara*, par. 21. Dans ces cas, les préoccupations relatives à la fiabilité tiennent à des considérations autres que l'incapacité de la partie en question de vérifier l'exactitude de sa propre déclaration ou de celles de ses coconspirateurs. Partant, les critères d'admissibilité ne sont pas établis de la même façon. Toutefois, dans les cas où la règle d'exclusion repose sur les dangers habituels du ouï-dire, la distinction entre les deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité — bien qu'elle ne crée aucunement des catégories mutuellement exclusives — peut aider à reconnaître les facteurs à considérer pour déterminer l'admissibilité.

L'affaire *Khan* est un exemple où l'exigence de fiabilité était remplie parce que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait été faite étaient suffisamment rassurantes quant à sa véracité et à son exactitude. De même, dans l'affaire *Smith*, l'examen de l'admissibilité était aussi axé sur les circonstances qui tendaient à démontrer la véracité de la déclaration. Par contre, dans les affaires *B. (K.G.)* et *Hawkins*, l'admissibilité de la déclaration relatée reposait sur l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. Comme nous le verrons, la possibilité de contre-interroger le déclarant permet dans une large mesure de satisfaire à l'exigence de substituts adéquats. Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, la Cour a pris en considération tant les circonstances tendant à démontrer la véracité de la déclaration que l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. L'arrêt *U. (F.J.)* souligne que la préoccupation relative à la fiabilité augmente dans le cas de déclarations antérieures incompatibles, où le juge des faits est invité à retenir une déclaration extrajudiciaire au lieu du témoignage sous serment du même déclarant. J'examinerai brièvement comment, dans chacune de ces affaires, l'analyse de la Cour était axée sur la possibilité d'écarter les dangers particuliers du ouï-dire soulevés par la preuve.

6.2.4.1 *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531

Comme je l'ai déjà dit, l'arrêt *Khan* est un exemple où l'exigence de fiabilité était remplie parce que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait

66

67

provided sufficient comfort in its truth and accuracy. The facts are well known. *Khan* involved a sexual assault on a very young child by her doctor. The child was incompetent to testify. The child's statements to her mother about the incident were inadmissible under any of the traditional hearsay exceptions. However, the child's statement had several characteristics that suggested the statement was true. Those characteristics answered many of the concerns that one would expect would be inquired into in testing the evidence, had it been available for presentation in open court in the usual way. McLachlin J., in the following oft-quoted statement, summarized them in this way:

I conclude that the mother's statement in the case at bar should have been received. It was necessary, the child's viva voce evidence having been rejected. It was also reliable. The child had no motive to falsify her story, which emerged naturally and without prompting. Moreover, the fact that she could not be expected to have knowledge of such sexual acts imbues her statement with its own peculiar stamp of reliability. Finally, her statement was corroborated by real evidence. [p. 548]

The facts also revealed that the statement was made almost immediately after the event. That feature removed any concern about inaccurate memory. The fact that the child had no reason to lie alleviated the concern about sincerity. Because the statement was made naturally and without prompting, there was no real danger that it came about because of the mother's influence. Most importantly, as stated in the above excerpt, the event described was one that would ordinarily be outside the experience of a child of her age giving it a "peculiar stamp of reliability". Finally, the statement was confirmed by a semen stain on the child's clothing. These characteristics each went to the truth and accuracy of the statement and, taken together, amply justified its admission. The criterion of reliability was met. There is nothing controversial about the factors considered in *Khan*, except for the supportive evidence of the semen stain. I will come back to that point later.

été faite étaient suffisamment rassurantes quant à sa véracité et à son exactitude. Les faits sont bien connus. Il y était question d'une agression sexuelle commise par un médecin sur une très jeune enfant. L'enfant était inhabile à témoigner. Les déclarations que l'enfant avait faites à sa mère au sujet de l'épisode n'étaient pas admissibles en application des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Toutefois, la déclaration de l'enfant présentait plusieurs caractéristiques qui donnaient à penser que la déclaration était véridique. Ces caractéristiques répondaient à de nombreuses préoccupations qui auraient été censées être examinées à l'étape de la vérification de la preuve si celle-ci avait pu être présentée en cour de la façon habituelle. La juge McLachlin les a ainsi résumées dans un énoncé souvent cité :

Je conclus qu'en l'espèce la déclaration de la mère aurait dû être reçue en preuve. Elle était nécessaire puisque le témoignage de vive voix de l'enfant avait été rejeté. Elle était également fiable. L'enfant n'avait aucune raison d'inventer son histoire qu'elle a racontée naturellement sans être incitée à le faire. En outre, le fait qu'on ne pouvait s'attendre à ce que l'enfant connaisse ce genre d'acte sexuel confère à sa déclaration une fiabilité toute particulière. Enfin, sa déclaration a été corroborée par une preuve matérielle. [p. 548]

Les faits révélaient aussi que la déclaration avait suivi presque immédiatement les faits reprochés. Cette caractéristique écartait toute crainte de souvenir inexact. Le fait que l'enfant n'avait aucune raison de mentir atténuait la préoccupation relative à la sincérité. Puisque la déclaration avait été faite naturellement et sans avoir été provoquée, il n'y avait pas de véritable danger qu'elle ait été faite sous l'influence de la mère. Qui plus est, comme l'indique la citation précédente, les faits décrits dépassaient l'expérience normale d'une enfant de son âge, ce qui conférait à la déclaration une « fiabilité toute particulière ». Enfin, la déclaration était confirmée par la présence d'une tache de sperme sur les vêtements de l'enfant. Chacune de ces caractéristiques touchait la véracité et l'exactitude de la déclaration et, ensemble, elles justifiaient amplement son admission. Le critère de fiabilité était rempli. À l'exception de la preuve à l'appui constituée de la tache de sperme, les facteurs considérés dans l'affaire *Khan* n'avaient rien de controversé. Je reviendrai plus loin sur cette question.

6.2.4.2 *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915

In *Smith*, this Court's inquiry into the circumstantial guarantees of reliability was also focussed on those circumstances that tended to show that the statement was true.

Smith was charged with the murder of K. The Crown's evidence included the testimony of K's mother about four telephone calls K made to her on the night of the murder. Defence counsel did not object to this evidence. Smith was convicted at trial. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial on the ground that the phone calls were hearsay, and only the first two were admissible for the purpose of establishing K's state of mind. In refusing to apply the curative proviso, the Court of Appeal found that the hearsay had been used to place Smith with K at the time of her death, thereby "buttressing certain identification evidence of questionable reliability" (pp. 922-23). The Crown appealed to this Court.

After ruling that the state of mind, or "present intentions" exception did not apply to the phone calls, Lamer C.J. went on to elaborate on and then apply the approach outlined in *Khan*. After quoting extensively from Wigmore on the underlying rationale for the hearsay rule and its exceptions, he elaborated on the reliability prong of the principled analysis and stated as follows (at p. 933):

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. [Emphasis added.]

In determining whether the phone calls were reliable, Lamer C.J. held that the first two were, but the third was not (the fourth was not in issue on appeal to this Court). With respect to the first two, there was no reason to doubt K's veracity — "[s]he had no known reason to lie" — and the traditional dangers associated with hearsay — perception, memory and

6.2.4.2 *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915

Dans l'arrêt *Smith*, l'examen des garanties circonstanciées de fiabilité effectué par notre Cour était axé également sur les circonstances tendant à démontrer la véracité de la déclaration.

M. Smith était accusé du meurtre de K. La preuve du ministère public incluait le témoignage de la mère de K au sujet de quatre appels téléphoniques que K lui avait faits la nuit du meurtre. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à la présentation de cette preuve. M. Smith a été déclaré coupable en première instance. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les appels téléphoniques constituaient du ouï-dire et que seuls les deux premiers appels étaient admissibles pour établir l'état d'esprit de K. En refusant d'appliquer la disposition réparatrice, la Cour d'appel a conclu que le ouï-dire avait servi à établir que K était avec M. Smith au moment de son décès, ce qui avait eu pour effet « de renforcer une certaine preuve d'identification d'une fiabilité douteuse » (p. 922-923). Le ministère public s'est pourvu devant notre Cour.

Après avoir décidé que l'exception de l'état d'esprit ou des « intentions existantes » ne s'appliquait pas aux appels téléphoniques, le juge en chef Lamer a explicité puis appliqué la méthode exposée dans l'arrêt *Khan*. Après avoir cité longuement Wigmore au sujet de la raison d'être de la règle du ouï-dire et de ses exceptions, il s'est attardé au volet « fiabilité » de la méthode d'analyse raisonnée et a déclaré ce qui suit (p. 933) :

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. [Je souligne.]

Au sujet de la fiabilité des appels téléphoniques, le juge en chef Lamer a décidé que les deux premiers appels étaient fiables, mais que le troisième ne l'était pas (le quatrième n'étant pas en cause devant notre Cour). Dans le cas des deux premiers appels, il n'y avait aucune raison de douter de la véracité des propos de K — « [e]lle n'avait aucune raison connue

68

69

70

71

credibility — “were not present to any significant degree” (p. 935). As we can see, the Court looked at factors that would likely have been inquired into during the course of cross-examination if the declarant had been available to testify and found that these usual concerns were largely alleviated because of the way in which the statements came about. Hence, the Court concluded that the absence of the ability to cross-examine K should go to the weight given to this evidence, not its admissibility.

de mentir » — et les dangers traditionnellement associés au ouï-dire, à savoir les problèmes de perception, de mémoire et de crédibilité, « étaient dans une large mesure inexistant » (p. 935). Comme nous pouvons le constater, la Cour a pris en considération des facteurs qui auraient vraisemblablement été examinés en contre-interrogatoire si la déclarante avait été disponible pour témoigner, et a conclu que ces préoccupations habituelles étaient grandement atténuées en raison de la façon dont les déclarations avaient été faites. La Cour a donc conclu que l’incapacité de contre-interroger K devait influencer sur le poids accordé à cette preuve et non sur son admissibilité.

72

With respect to the third phone call, however, Lamer C.J. held that “the conditions under which the statement was made do not . . . provide that circumstantial guarantee of trustworthiness that would justify its admission without the possibility of cross-examination” (p. 935). First, he held that she may have been mistaken about Smith returning to the hotel, or about his purpose in returning (p. 936). Second, he held that she might have lied to prevent her mother from sending another man to pick her up. With respect to this second possibility, Lamer C.J. held that the fact that K had been travelling under an assumed name with a credit card which she knew was either stolen or forged demonstrated that she was “at least capable of deceit” (p. 936). Again, the Court looked at factors that would likely have been inquired into during the course of cross-examination if the declarant had been available to testify and concluded that these “hypotheses” showed that the circumstances of the statement were not such as to “justify the admission of its contents” since it was impossible to say that the evidence was unlikely to change under cross-examination (p. 937). It is important to note that the Court did not go on to determine whether, on its view of the evidence, the declarant was mistaken or whether she had lied — those would be matters for the ultimate trier of fact to decide. On the admissibility inquiry, it sufficed that the circumstances in which the statement was made gave rise to these issues to bar its admission.

Toutefois, en ce qui a trait au troisième appel téléphonique, le juge en chef Lamer a statué que « 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 » (p. 935). Premièrement, il a conclu que K a pu se tromper quant au retour de M. Smith à l’hôtel ou quant à la raison de son retour (p. 936). Deuxièmement, il a décidé qu’elle pouvait avoir menti pour empêcher sa mère d’envoyer un autre homme la chercher. Quant à cette seconde possibilité, le juge en chef Lamer a estimé que le fait que K voyageait sous un nom d’emprunt en utilisant une carte de crédit qu’elle savait volée ou contrefaite démontrait qu’elle était « à tout le moins capable de tromper » (p. 936). Là encore, la Cour a pris en considération des facteurs qui auraient vraisemblablement été examinés en contre-interrogatoire si la déclarante avait été disponible pour témoigner, et a conclu que ces « hypothèses » démontraient que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait été faite n’étaient pas de nature à « justifie[r] l’admission de son contenu » puisqu’il était impossible de dire que cette preuve ne serait pas susceptible de changer lors d’un contre-interrogatoire (p. 937). Il importe de noter que la Cour n’a pas ensuite décidé si, selon sa perception de la preuve, la déclarante était dans l’erreur ou avait menti — ce sont là des questions qui devaient être tranchées en fin de compte par le juge des faits. Lors de l’examen de l’admissibilité, il suffisait que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait été faite aient soulevé ces questions pour en empêcher l’admission.

6.2.4.3 *R. v. B. (K.G.), [1993] 1 S.C.R. 740*

B. (K.G.) provides an example where threshold reliability was essentially based on the presence of adequate substitutes for the traditional safeguards relied upon to test the evidence.

The issue in *B. (K.G.)* was the substantive admissibility of prior inconsistent statements made by three of B's friends, in which they told the police that B was responsible for stabbing and killing the victim in the course of a fight. The three recanted their statements at trial. (They subsequently plead guilty to perjury.) The Crown sought to admit the prior statements to police for the truth of their contents. Although the trial judge had no doubt the recantations were false, he followed the traditional common law ("orthodox") rule that the statements could be used only to impeach the witnesses. In light of the doubtfulness of the other identification evidence, the trial judge acquitted B.

The issue before this Court was whether the orthodox rule in respect of prior inconsistent statements should be maintained. In reviewing its history, Lamer C.J. noted that, although the prohibition on hearsay was not always recognized as the basis for the rule, similar "dangers" were cited as reasons against admission, namely absence of an oath or affirmation, inability of the trier of fact to assess demeanour, and lack of contemporaneous cross-examination (pp. 763-64). After reviewing the academic criticism, the views of law reform commissioners, legislative changes in Canada and elsewhere, and developments in the law of hearsay, Lamer C.J. concluded that it was the province and duty of the Court to formulate a new rule (p. 777). He held that "evidence of prior inconsistent statements of a witness other than an accused should be substantively admissible on a principled basis, following this Court's decisions in *Khan* and *Smith*" with the requirements of reliability and necessity "adapted and refined in this

6.2.4.3 *R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740*

L'arrêt *B. (K.G.)* est un exemple où le seuil de fiabilité reposait essentiellement sur l'existence de substituts adéquats aux garanties traditionnelles invoquées pour vérifier la preuve.

La question litigieuse dans l'arrêt *B. (K.G.)* portait sur l'admissibilité quant au fond de déclarations antérieures incompatibles de trois amis de B, dans lesquelles ceux-ci avaient dit à la police que B avait poignardé à mort la victime au cours d'une bagarre. Les trois sont revenus sur leurs déclarations au procès. (Ils ont, par la suite, plaidé coupable à des accusations de parjure.) Le ministère public sollicitait l'admission des déclarations antérieures faites à la police pour établir la véracité de leur contenu. Bien qu'il n'ait aucunement douté de la fausseté des rétractations, le juge du procès a suivi la règle de common law traditionnelle (« orthodoxe ») selon laquelle les déclarations ne pouvaient servir qu'à attaquer la crédibilité des témoins. Vu le caractère douteux des autres éléments de preuve d'identification, le juge du procès a acquitté B.

La question soumise à notre Cour était de savoir s'il y avait lieu de maintenir l'application de la règle orthodoxe à l'égard des déclarations antérieures incompatibles. En faisant l'historique, le juge en chef Lamer a constaté que, bien que l'interdiction du ouï-dire n'ait pas toujours été reconnue comme étant le fondement de la règle, des « dangers » semblables avaient été évoqués pour interdire l'admission d'une déclaration, à savoir l'absence de serment ou d'affirmation solennelle, l'incapacité du juge des faits d'apprécier le comportement et l'absence de contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration avait été faite (p. 763-764). Après avoir examiné les critiques d'auteurs de doctrine, les opinions de membres de commissions de réforme du droit, les changements apportés par le législateur au Canada et ailleurs, ainsi que l'évolution de la règle du ouï-dire, le juge en chef Lamer a conclu qu'il était du ressort et du devoir de la Cour de formuler une nouvelle règle (p. 777). Il a estimé que « la preuve des déclarations antérieures incompatibles

73

74

75

particular context, given the particular problems raised by the nature of such statements" (p. 783).

d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après l'analyse fondée sur les principes élaborée dans les arrêts de notre Cour, *Khan et Smith* », et que les exigences de fiabilité et de nécessité « doivent être adapté[e]s et raffiné[e]s dans le contexte présent, vu les problèmes particuliers soulevés par la nature de ces déclarations » (p. 783).

76

The most important contextual factor in *B. (K.G.)* is the availability of the declarant. Unlike the situation in *Khan* or *Smith*, the trier of fact is in a much better position to assess the reliability of the evidence because the declarant is available to be cross-examined on his or her prior inconsistent statement. The admissibility inquiry into threshold reliability, therefore, is not so focussed on the question whether there is reason to believe the statement is true, as it is on the question whether the trier of fact will be in a position to rationally evaluate the evidence. The search is for adequate substitutes for the process that would have been available had the evidence been presented in the usual way, namely through the witness, under oath or affirmation, and subject to the scrutiny of contemporaneous cross-examination.

Le facteur contextuel le plus important dans l'arrêt *B. (K.G.)* est la disponibilité du déclarant. Contrairement à la situation dans l'affaire *Khan* ou l'affaire *Smith*, le juge des faits est beaucoup mieux en mesure d'apprécier la fiabilité de la preuve parce que le déclarant est disponible pour être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure incompatible. Par conséquent, l'examen du seuil de fiabilité applicable en matière d'admissibilité ne porte pas tant sur la question de savoir s'il y a un motif de croire que la déclaration est véridique que sur celle de savoir si le juge des faits sera en mesure d'apprécier rationnellement la preuve. Il faut chercher des substituts adéquats au processus qui aurait été disponible si la preuve avait été présentée de la façon habituelle, à savoir par l'entremise du témoin qui vient déposer sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle et qui subit un contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration est faite.

77

Since the declarant testifies in court, under oath or affirmation, and is available for cross-examination, the question becomes why there is any remaining concern over the reliability of the prior statement. As I have indicated earlier, necessity and reliability should not be considered in isolation. One criterion may have an impact on the other. The situation in *B. (K.G.)* is one example. As noted by Lamer C.J., "[p]rior inconsistent statements present vexing problems for the necessity criterion" (p. 796). Indeed, the declarant is available as a witness. Why should not the usual rule apply and the recanting witness's sworn testimony alone go to the truth of the matter? After all, is that not the optimal test on reliability — that the witness come forth to be seen and heard, swear or affirm to tell the truth in the formal context of court proceedings, and be subjected to

Étant donné que le déclarant témoigne en cour sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle et qu'il est possible de le contre-interroger, la question est alors de savoir pourquoi se préoccupe-t-on encore de la fiabilité de la déclaration antérieure. Comme je l'ai indiqué précédemment, la nécessité et la fiabilité ne devraient pas être examinées séparément. Un critère peut influencer sur l'autre. La situation dans l'affaire *B. (K.G.)* en est un exemple. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Lamer, « [l]es déclarations antérieures incompatibles posent des problèmes embarrassants par rapport au critère de la nécessité » (p. 796). En fait, le déclarant est disponible pour témoigner. Pourquoi la règle habituelle ne devrait-elle pas s'appliquer, et pourquoi le témoignage sous serment du témoin qui se rétracte ne devrait-il pas seul permettre de découvrir la vérité? Après

cross-examination? If a witness recants a prior statement and denies its truth, the default position is to conclude that the trial process has worked as intended — untruthful or inaccurate information will have been weeded out. There must be good reason to present the prior inconsistent statement as substantive proof over the sworn testimony given in court.

As we know, the Court ultimately ruled in *B. (K.G.)*, and the principle is now well established, that necessity is not to be equated with the unavailability of the witness. The necessity criterion is given a flexible definition. In some cases, such as in *B. (K.G.)* where a witness recants an earlier statement, necessity is based on the unavailability of the *testimony*, not the witness. Notwithstanding the fact that the necessity criterion can be met on varied bases, the context giving rise to the need for the evidence in its hearsay form may well impact on the *degree* of reliability required to justify its admission. As stated by Lamer C.J. in *B. (K.G.)*, where the hearsay evidence is a prior inconsistent statement, reliability is a “key concern” (at pp. 786-87):

The reliability concern is sharpened in the case of prior inconsistent statements because the trier of fact is asked to choose between two statements from the same witness, as opposed to other forms of hearsay in which only one account from the declarant is tendered. In other words, the focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial, and so additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence.

tout, n'est-ce pas là le critère optimal en matière de fiabilité — à savoir que le témoin se présente pour être vu et entendu, pour promettre, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, de dire la vérité dans le cadre formel de procédures judiciaires, et pour faire l'objet d'un contre-interrogatoire? Si un témoin revient sur une déclaration antérieure et en nie la véracité, la solution par défaut consiste à conclure que le procès a eu les résultats escomptés : les renseignements faux ou inexacts ont été éliminés. Il doit y avoir une bonne raison de présenter la déclaration antérieure incompatible comme preuve quant au fond de préférence au témoignage sous serment devant le tribunal.

Comme nous le savons, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a statué en fin de compte — et ce principe est maintenant bien établi — que la nécessité ne saurait être assimilée à la non-disponibilité du témoin. Le critère de la nécessité reçoit une définition souple. Dans certains cas, comme dans l'affaire *B. (K.G.)* où un témoin revient sur une déclaration antérieure, la nécessité tient à la non-disponibilité du *témoignage* et non du témoin. Malgré le fait qu'il peut être satisfait de diverses manières au critère de la nécessité, le contexte qui engendre la nécessité de la preuve par ouï-dire peut bien avoir une incidence sur le *degré* de fiabilité exigé pour en justifier l'admission. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *B. (K.G.)*, lorsque la preuve par ouï-dire est une déclaration antérieure incompatible, la fiabilité est une « préoccupation fondamentale » (p. 787) :

Cette préoccupation s'accroît dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le juge des faits doit choisir entre deux déclarations faites par le même témoin, par opposition aux autres formes de ouï-dire dans lesquelles une seule version des faits est présentée. Autrement dit, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès, de sorte que des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant que les déclarations de ce genre soient admises quant au fond.

79

Lamer C.J. went on to describe the general attributes of in-court testimony that provide the usual safeguards for reliability. He reviewed at some length the compelling reasons to prefer statements made under oath or affirmation, the value of seeing and hearing the witness in assessing credibility, the importance of having an accurate record of what was actually said, and the value of contemporaneous cross-examination. In considering what would constitute an adequate substitute in respect of the prior inconsistent statement, he concluded (at pp. 795-96) that there will be "sufficient circumstantial guarantees of reliability" to render such statements substantively admissible where

(i) the statement is made under oath or solemn affirmation following a warning as to the existence of sanctions and the significance of the oath or affirmation, (ii) the statement is videotaped in its entirety, and (iii) the opposing party . . . has a full opportunity to cross-examine the witness respecting the statement Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires.

80

To say that a statement is sufficiently reliable because it is made under oath, in person, and the maker is cross-examined is somewhat of a misnomer. A lot of courtroom testimony proves to be totally unreliable. However, therein lies the safeguard — in the *process* that has uncovered its untrustworthiness. Hence, the presence of adequate substitutes for that process establishes a threshold of reliability and makes it safe to admit the evidence.

81

Lamer C.J. also added an important proviso, to which I will return later, on the trial judge's discretion to refuse to allow the jury to make substantive use of the statement, even where the criteria outlined above are satisfied when there is any concern that the statement may be the product of some form of investigatory misconduct (pp. 801-2). Here, although the statements were videotaped, and the

Le juge en chef Lamer a ensuite décrit les caractéristiques générales d'un témoignage en cour qui offre les garanties habituelles de fiabilité. Il a examiné longuement les raisons impérieuses de préférer les déclarations faites sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, l'utilité de voir et d'entendre le témoin pour apprécier la crédibilité, l'importance d'avoir un compte rendu exact de ce qui a réellement été dit, et l'avantage du contre-interrogatoire effectué au moment précis où la déclaration est faite. En étudiant ce qui constituerait un substitut adéquat à l'égard de la déclaration antérieure incompatible, il a conclu, aux p. 795-796, qu'il y aura des « garanties circonstancielles de fiabilité suffisantes » pour rendre de telles déclarations admissibles quant au fond

(i) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation solennelle après une mise en garde quant à l'existence de sanctions et à l'importance du serment ou de l'affirmation solennelle, (ii) si elle est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (iii) si la partie adverse [. . .] a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration [. . .] Subsidiairement, il se peut que d'autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du oui-dire exige habituellement.

Il n'est pas tout à fait juste d'affirmer qu'une déclaration est suffisamment fiable parce qu'elle est faite en personne et sous serment, et que le déclarant est contre-interrogé. Maints témoignages en cour s'avèrent tout à fait indignes de foi. Toutefois, c'est là que se situe la garantie — dans le *processus* qui en a révélé le manque de fiabilité. L'existence de substituts adéquats à ce processus établit donc un seuil de fiabilité et permet d'admettre sans risque la preuve.

Le juge en chef Lamer a également assujéti à une réserve importante — sur laquelle je reviendrai plus loin — le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de refuser que la déclaration soit soumise au jury comme preuve de fond même dans le cas où les critères susmentionnés sont respectés, s'il y a quelque crainte que la déclaration soit le produit d'une forme d'inconduite de la part des enquêteurs

witnesses were cross-examined, the statements were not made under oath. Whether there was a sufficient substitute to warrant substantive admission was sent back to be determined by the trial judge (p. 805). The appeal was allowed and a new trial ordered. Cory J. (L'Heureux-Dubé J. concurring) agreed with the result but for different reasons that, for the purpose of our analysis, need not be reviewed here.

6.2.4.4 *R. v. U. (F.J.), [1995] 3 S.C.R. 764*

U. (F.J.) brought back to the Court the issue of admissibility of prior inconsistent statements. In an interview with police, the complainant, J.U., told the interviewing officer that the accused, her father, was having sex with her "almost every day" (para. 4). She gave considerable details about the sexual activity and also described two physical assaults. The interviewing police officer later testified that he had attempted to tape the interview, but that the tape recorder had malfunctioned. He subsequently prepared a summary, based partly on notes and partly on his memory.

Immediately after interviewing J.U., the same officer interviewed the accused. Again, the interview was not taped. The accused admitted to having sex with J.U. "many times", describing similar sexual acts and the two physical assaults that J.U. had described (para. 5). At trial, J.U. recanted the allegations of sexual abuse. She claimed to have lied at the behest of her grandmother. The accused denied having told police that he had engaged in sexual activity with J.U.

The focus of the discussion before this Court was whether the "rule" in *B. (K.G.)* applied to this case. Although the criteria in *B. (K.G.)* were based on the principled approach in *Khan* and *Smith*, it was not clear whether *B. (K.G.)* established a distinct "rule"

(p. 801-802). En l'espèce, bien que les déclarations aient été enregistrées sur bande vidéo et que les témoins aient été contre-interrogés, ces déclarations n'ont pas été faites sous serment. La question de savoir s'il y avait un substitut suffisant pour justifier l'admission quant au fond a été renvoyée au juge du procès pour qu'il la tranche (p. 805). Le pourvoi a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné. Le juge Cory (avec l'appui de la juge L'Heureux-Dubé) était d'accord avec le résultat, mais pour des motifs différents qui, pour les besoins de notre analyse, n'ont pas à être examinés ici.

6.2.4.4 *R. c. U. (F.J.), [1995] 3 R.C.S. 764*

Dans l'affaire *U. (F.J.)*, la question de l'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles a de nouveau été soumise à la Cour. Au cours d'un entretien avec la police, la plaignante, J.U., a déclaré au policier qui l'interrogeait que l'accusé, son père, avait eu des rapports sexuels avec elle [TRADUCTION] « presque chaque jour » (par. 4). Elle a donné de nombreux détails concernant ces activités sexuelles et a également fait état de deux agressions physiques. Le policier qui l'a interrogée a témoigné plus tard qu'il avait tenté d'enregistrer l'entretien, mais que le magnétoscope avait mal fonctionné. Il a, par la suite, préparé un résumé en se fondant en partie sur les notes qu'il avait prises et en partie sur ce qu'il avait retenu.

Immédiatement après avoir interrogé J.U., le même policier a interrogé l'accusé. Là encore, l'entretien n'a pas été enregistré. L'accusé a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec J.U. [TRADUCTION] « bien des fois », décrivant des actes sexuels similaires et les deux agressions physiques dont elle avait fait état (par. 5). Au procès, J.U. est revenue sur ses allégations d'abus sexuel. Elle a soutenu avoir menti à la demande de sa grand-mère. L'accusé a nié avoir dit à la police qu'il avait eu des rapports sexuels avec J.U.

Le débat devant la Cour portait sur la question de savoir si la « règle » de l'arrêt *B. (K.G.)* s'appliquait à l'affaire. Bien que les critères de l'arrêt *B. (K.G.)* aient été fondés sur la méthode d'analyse raisonnée adoptée dans les arrêts *Khan* et *Smith*, il

82

83

84

for admitting prior inconsistent statements. Lamer C.J. sought to clarify the relationship between these cases, stating as follows (at para. 35):

Khan and *Smith* establish that hearsay evidence will be substantively admissible when it is necessary and sufficiently reliable. Those cases also state that both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case and ensuring that our new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis. My decision in *B. (K.G.)* is an application of those principles to a particular branch of the hearsay rule, the rule against the substantive admission of prior inconsistent statements. The primary distinction between *B. (K.G.)*, on the one hand, and *Khan* and *Smith*, on the other, is that in *B. (K.G.)* the declarant is available for cross-examination. This fact alone goes part of the way to ensuring that the reliability criterion for admissibility is met. The case at bar differs from *B. (K.G.)* only in terms of available indicia of reliability. Necessity is met here in the same way it was met in *B. (K.G.)*: the prior statement is necessary because evidence of the same quality cannot be obtained at trial. For that reason, assessing the reliability of the prior inconsistent statement at issue here is determinative.

n'était pas évident que l'arrêt *B. (K.G.)* établissait une « règle » distincte applicable à l'admission des déclarations antérieures incompatibles. Le juge en chef Lamer a cherché à clarifier en ces termes le lien entre ces affaires (par. 35) :

Il ressort des arrêts *Khan* et *Smith* que la preuve par ouï-dire sera admissible quant au fond lorsqu'elle est nécessaire et suffisamment fiable. Il y est également dit qu'on doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire et veillant à ce que notre nouvelle façon d'aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories. Ma décision dans *B. (K.G.)* est une application de ces principes à une branche particulière de la règle du ouï-dire, la règle interdisant l'admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles. La principale distinction entre l'arrêt *B. (K.G.)* d'une part, et les arrêts *Khan* et *Smith* d'autre part, réside dans le fait que, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, l'auteur de la déclaration peut être contre-interrogé. Ce seul fait contribue à l'assurance du respect du critère de l'admissibilité quant à la fiabilité. L'espèce diffère de l'arrêt *B. (K.G.)* seulement quant aux indices de fiabilité disponibles. Le critère de la nécessité est rempli en l'espèce de la même façon qu'il y est satisfait dans *B. (K.G.)* : la déclaration antérieure est nécessaire parce qu'une preuve de la même qualité ne peut être obtenue au procès. C'est pour cette raison qu'il est déterminant d'évaluer la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible en question en l'espèce.

85

Lamer C.J. went on to determine how the indicia of reliability could be founded on different criteria than those set out in *B. (K.G.)*. The complainant's statement to the police was not made under oath. Nor was it videotaped. Most importantly, however, the declarant was available for cross-examination, thereby significantly alleviating the usual dangers arising from the introduction of hearsay evidence. Yet, the same concerns about the reliability of the prior inconsistent statement arose in this case. The complainant had recanted her earlier allegations. In the usual course of the trial process, this should be the end of the matter. Consider, for example, if the complainant had made the earlier allegations about being sexually assaulted by her father to some girlfriends in the context of playing a game of "Truth or Dare" where each player was being encouraged to outdo the previous one by saying or doing something outrageous. It would be difficult

Le juge en chef Lamer a ensuite déterminé comment les indices de fiabilité pouvaient reposer sur d'autres critères que ceux énoncés dans l'arrêt *B. (K.G.)*. La déclaration de la plaignante à la police n'avait pas été faite sous serment et n'avait pas non plus été enregistrée sur bande vidéo. Qui plus est cependant, la déclarante pouvait être contre-interrogée, ce qui atténuait considérablement les dangers habituels découlant de la présentation d'une preuve par ouï-dire. Pourtant, cette affaire suscitait les mêmes préoccupations quant à la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible. La plaignante était revenue sur ses allégations antérieures. Dans le cours normal du processus judiciaire, cela devrait mettre un terme à l'affaire. Supposons, par exemple, qu'en jouant avec certaines de ses amies au jeu de la vérité « Truth or Dare », dans lequel chaque joueur est encouragé à surpasser le joueur précédent en disant ou faisant quelque chose qui

to find justification for introducing her casual statement as substantive proof over her sworn testimony that the events never happened. Hence, the focus must turn on the reliability of the prior inconsistent statement.

In *B. (K.G.)*, the Court held that a prior inconsistent statement is sufficiently reliable for substantive admission if it is made in circumstances comparable to the giving of in-court testimony. In *U. (F.J.)*, the reliability requirement was met rather by showing that there was no real concern about whether the complainant was speaking the truth in her statement to the police. The striking similarities between her statement and the independent statement made by her father were so compelling that the only likely explanation was that they were both telling the truth. Again here, the criteria of necessity and reliability intersect. In the interest of seeking the truth, the very high reliability of the statement rendered its substantive admission necessary.

Again here, Lamer C.J. added the following proviso (at para. 49):

I would also highlight here the proviso I specified in *B. (K.G.)* that the trial judge must be satisfied on the balance of probabilities that the statement was not the product of coercion of any form, whether involving threats, promises, excessively leading questions by the investigator or other person in a position of authority, or other forms of investigatory misconduct.

6.2.4.5 *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043

This Court's decision in *Hawkins* was concerned mainly with the issue of spousal incompetency. However, it is also instructive on the application of the principled approach to the hearsay rule. My remarks here are confined to the latter aspect of the case. It exemplifies how, in some circumstances, the reliability requirement may be established solely by the presence of adequate substitutes

choque, la plaignante aurait allégué avoir été agressée sexuellement par son père. L'utilisation, à titre de preuve quant au fond, de la déclaration qu'elle a faite à brûle-pourpoint — de préférence à son témoignage sous serment voulant que ces faits ne se soient jamais produits — serait difficilement justifiable. L'accent doit donc être mis sur la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible.

Dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a conclu qu'une déclaration antérieure incompatible est suffisamment fiable pour être admise quant au fond si elle est faite dans des circonstances comparables à celles d'un témoignage devant le tribunal. Dans l'affaire *U. (F.J.)*, on a satisfait à l'exigence de fiabilité en démontrant plutôt que la question de savoir si la plaignante avait dit la vérité dans sa déclaration à la police n'était pas vraiment un sujet de préoccupation. Les similitudes frappantes entre sa déclaration et celle faite de façon indépendante par son père étaient si convaincantes que la seule explication vraisemblable était qu'ils disaient tous les deux la vérité. Là encore, les critères de la nécessité et de la fiabilité se recourent. Par souci de recherche de la vérité, il était nécessaire d'admettre quant au fond la déclaration en raison de sa très grande fiabilité.

Là encore, le juge en chef Lamer a ajouté la condition suivante (par. 49) :

Je soulignerais également les conditions que j'ai précisées dans *B. (K.G.)*, à savoir que le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration n'est pas le produit de la coercition, que ce soit menaces, promesses, questions trop suggestives de l'enquêteur ou d'une autre personne en situation d'autorité, ou autres manquements des enquêteurs.

6.2.4.5 *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043

L'arrêt *Hawkins* de notre Cour portait surtout sur la question de l'incapacité à témoigner du conjoint. Toutefois, cet arrêt est également intéressant en ce qui concerne l'application de la méthode d'analyse raisonnée à la règle du oui-dire. Mes remarques ne visent ici que ce dernier aspect de l'arrêt. Il illustre comment, dans certaines circonstances, seule l'existence de substituts adéquats aux garanties

86

87

88

for the safeguards traditionally relied upon to test trial testimony. As we shall see, again here, the opportunity to cross-examine the declarant was a crucial factor. Because there were sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement, the Court concluded that the trial judge erred in excluding the statement based on its perceived lack of probative value.

traditionnelles invoquées pour vérifier le témoignage au procès peut permettre de satisfaire à l'exigence de fiabilité. Comme nous le verrons, là encore, la possibilité de contre-interroger la déclarante était un facteur crucial. Parce qu'il y avait suffisamment d'indices de fiabilité pour que le juge des faits dispose d'une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration, la Cour a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en excluant la déclaration parce qu'il la croyait dépourvue de valeur probante.

89

Hawkins, a police officer, was charged with obstructing justice and corruptly accepting money. His then girlfriend, G, testified at his preliminary inquiry. After testifying the first time, G brought an application to testify again and recanted much of what she had said, with explanations. By the time of the trial, Hawkins and G were married and therefore G was incompetent to testify under s. 4 of the *Canada Evidence Act*. After ruling that the common law rule of spousal incompetency applied, and that G's testimony at the preliminary inquiry could not be read in at trial under s. 715 of the *Criminal Code*, the trial judge held that the evidence was not admissible under the principled approach because it was not sufficiently reliable. Hawkins was acquitted. The verdict was overturned by majority decision of the Court of Appeal for Ontario. On further appeal to this Court, the appeal was dismissed but for different reasons. This Court refused to modify the common law rule of spousal incompetency as it was invited to do. The Court agreed with the trial judge that the common law rule applied, and the testimony could not be read in under s. 715. However, a majority of the Court held that the preliminary inquiry testimony could be read in at trial under the principled approach to the admission of hearsay. The three dissenting judges held that this violated the policy underlying s. 4 and should not be permitted.

M. Hawkins, un policier, a été accusé d'avoir entravé la justice et d'avoir par corruption accepté de l'argent. G, qui était sa petite amie à l'époque, a témoigné à l'enquête préliminaire. Après avoir témoigné la première fois, G a demandé à témoigner de nouveau, et elle est revenue, en s'expliquant, sur une grande partie de ce qu'elle avait dit. Au moment du procès, M. Hawkins et G étaient mariés, et G était, de ce fait, inhabile à témoigner en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Après avoir décidé que la règle de common law de l'inhabilité du conjoint à témoigner s'appliquait et que le témoignage de G recueilli à l'enquête préliminaire ne pouvait pas être lu au procès en application de l'art. 715 du *Code criminel*, le juge du procès a conclu que la preuve n'était pas admissible selon la méthode d'analyse raisonnée parce qu'elle n'était pas suffisamment fiable. M. Hawkins a été acquitté. Le verdict a été écarté par une décision majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario. Le pourvoi formé par la suite devant notre Cour a été rejeté, mais pour des motifs différents. La Cour a refusé de se rendre à l'invitation de modifier la règle de common law de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Elle a convenu avec le juge du procès que la règle de common law s'appliquait et que le témoignage ne pouvait pas être lu en application de l'art. 715. Toutefois, les juges majoritaires de la Cour ont décidé que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire pouvait être lu au procès suivant la méthode d'analyse raisonnée applicable à l'admission du ouï-dire. Les trois juges dissidents ont estimé que cela dérogeait à la politique sous-jacente de l'art. 4 et ne devait pas être permis.

After determining that the necessity criterion was met, Lamer C.J. and Iacobucci J. (Gonthier and Cory JJ. concurring) addressed reliability. In the circumstances of this case, it could hardly be said that the complainant's testimony was inherently trustworthy. She had given contradictory versions, all under oath. Rather, the Court looked for the presence of a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement, stating as follows, at para. 75:

The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The function of the trial judge is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement. More specifically, the judge must identify the specific hearsay dangers raised by the statement, and then determine whether the facts surrounding the utterance of the statement offer sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for those dangers. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact. [Emphasis added.]

The Court held that, generally, a witness's testimony before a preliminary inquiry will satisfy the test for threshold reliability, since the fact that it was given under oath and subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving the same parties and mainly the same issues will provide sufficient guarantees of its trustworthiness (para. 76). In addition, the accuracy of the statement is certified by a written transcript which is signed by the judge, and the party against whom the hearsay evidence is tendered has the power to call the declarant as a witness. The inability of the trier of fact to observe demeanour was found to be "more than compensated by the circumstantial guarantees of trustworthiness inherent in the adversarial, adjudicative process of a preliminary inquiry" (para. 77). The fact that the early common law was prepared to admit former testimony under certain circumstances indicated an implicit acceptance of its reliability notwithstanding the lack of the declarant's presence (para. 78). Therefore, Lamer C.J. and Iacobucci J. concluded (at para. 79):

Après avoir déterminé que le critère de la nécessité était rempli, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (avec l'appui des juges Gonthier et Cory) ont abordé la question de la fiabilité. Dans les circonstances de cette affaire, on ne pouvait guère affirmer que le témoignage de la plaignante était en soi digne de foi. Les versions qu'elle avait toutes présentées sous serment étaient contradictoires. La Cour a plutôt vérifié s'il existait une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration, affirmant ceci (par. 75) :

Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. La tâche du juge du procès se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d'indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration. Plus particulièrement, le juge doit cerner les dangers spécifiques du ouï-dire auxquels donne lieu la déclaration et déterminer ensuite si les faits entourant cette déclaration offrent suffisamment de garanties circonstanciellles de fiabilité pour contrebalancer ces dangers. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder. [Je souligne.]

La Cour a statué qu'en général un témoignage recueilli à l'enquête préliminaire satisfait au critère du seuil de fiabilité puisque le fait qu'il a été présenté sous serment et que le témoin a alors été contre-interrogé dans le cadre d'une audience mettant en cause les mêmes parties et essentiellement les mêmes questions en litige fournit suffisamment de garanties de fiabilité de ce témoignage (par. 76). De plus, l'exactitude de la déclaration est certifiée par une transcription signée par le juge, et la partie contre laquelle la preuve par ouï-dire est présentée a le pouvoir d'assigner le déclarant à témoigner. L'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement a été qualifiée de « plus que contrebalancé[e] par les garanties circonstanciellles de fiabilité propres à la procédure décisionnelle de nature accusatoire que constitue l'enquête préliminaire » (par. 77). Le fait qu'à l'origine on était disposé en common law à admettre en preuve un témoignage antérieur dans certaines circonstances indiquait qu'on en reconnaissait implicitement la fiabilité malgré l'absence du déclarant (par. 78). Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont donc conclu ceci (par. 79) :

For these reasons, we find that a witness's recorded testimony before a preliminary inquiry bears sufficient hallmarks of trustworthiness to permit the trier of fact to make substantive use of such statements at trial. The surrounding circumstances of such testimony, particularly the presence of an oath or affirmation and the opportunity for contemporaneous cross-examination, more than adequately compensate for the trier of fact's inability to observe the demeanour of the witness in court. The absence of the witness at trial goes to the weight of such testimony, not to its admissibility.

Applying this reasoning to the statement at issue, it was found to be reliable (para. 80).

Pour ces motifs, nous sommes d'avis qu'un témoignage enregistré lors d'une enquête préliminaire comporte suffisamment de garanties de fiabilité pour permettre au juge des faits d'en faire une utilisation quant au fond au cours du procès. Les circonstances entourant ce témoignage, tout particulièrement l'existence d'un serment ou d'une affirmation et la possibilité de contre-interrogatoire au moment de la déclaration font plus que contrebalancer l'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement du témoin en cour. L'absence du témoin au procès influe sur le poids et non sur l'admissibilité du témoignage.

Appliquant ce raisonnement à la déclaration en cause, la Cour a estimé qu'elle était fiable (par. 80).

92

Lamer C.J. and Iacobucci J. added that the trial judge had erred in considering the internal contradictions contained in the testimony because these considerations properly related to the ultimate assessment of the actual probative value of the testimony, a matter for the trier of fact. Although some of the analysis on this last point is couched in terms of categorizing factors as relevant to either threshold or ultimate reliability, an approach which should no longer be adopted, the Court's conclusion on this point exemplifies where the line should be drawn on an inquiry into threshold reliability. When the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need to inquire further into the likely truth of the statement. That question becomes one that is entirely left to the ultimate trier of fact and the trial judge is exceeding his or her role by inquiring into the likely truth of the statement. When reliability is dependent on the inherent trustworthiness of the statement, the trial judge must inquire into those factors tending to show that the statement is true or not — recall *U. (F.J.)*.

Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont ajouté que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte des contradictions internes du témoignage parce que ces considérations se rapportaient, à juste titre, à l'appréciation en dernière analyse de la valeur probante même du témoignage, qui doit être faite par le juge des faits. Bien qu'une partie de l'analyse relative à ce dernier point consiste à classer des facteurs comme se rapportant soit au seuil de fiabilité soit à la fiabilité en dernière analyse — méthode qui ne devrait plus être suivie —, la conclusion de la Cour à cet égard illustre où doit être tracée la ligne de démarcation en matière d'examen du seuil de fiabilité. Lorsque l'exigence de fiabilité est remplie parce que le juge des faits dispose d'une base suffisante pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire de vérifier davantage si la déclaration est susceptible d'être véridique. Cette question relève alors entièrement, en dernière analyse, du juge des faits et le juge du procès outrepassa son rôle en vérifiant si la déclaration est susceptible d'être véridique. Lorsque la fiabilité dépend de la fiabilité inhérente de la déclaration, le juge du procès doit examiner les facteurs tendant à démontrer que la déclaration est véridique ou non — qu'on se rappelle l'arrêt *U. (F.J.)*.

6.3 *Revisiting Paragraphs 215 and 217 in Starr*

93

As I trust it has become apparent from the preceding discussion, whether certain factors will go only to ultimate reliability will depend on the

6.3 *Réexamen des par. 215 et 217 de l'arrêt Starr*

Comme le révèle, je l'espère, l'analyse qui précède, la question de savoir si certains facteurs toucheront uniquement la fiabilité en dernière analyse

context. Hence, some of the comments at paras. 215 and 217 in *Starr* should no longer be followed. Relevant factors should not be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, the court should adopt a more functional approach as discussed above and focus on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers. In addition, the trial judge must remain mindful of the limited role that he or she plays in determining admissibility — it is crucial to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility *voir dire*.

I want to say a few words on one factor identified in *Starr*, namely “the presence of corroborating or conflicting evidence” since it is that comment that appears to have raised the most controversy. I repeat it here for convenience:

Similarly, I would not consider the presence of corroborating or conflicting evidence. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal’s decision in *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; see also *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). [para. 217]

I will briefly review the two cases relied upon in support of this statement. The first does not really provide assistance on this question and the second, in my respectful view, should not be followed.

In *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608 (C.A.), the trial judge, in convicting the accused, had used a co-accused’s statement as evidence in support of the complainant’s testimony. The Court of Appeal held that this constituted an error. While a statement made by a co-accused was admissible for its truth against the co-accused, it remained hearsay as against the accused. The co-accused had recanted his statement at trial. His statement was not shown to be reliable so as to be admitted as an exception to the hearsay rule against the accused.

dépendra du contexte. Partant, certains des commentaires formulés aux par. 215 et 217 de l’arrêt *Starr* ne devraient plus être suivis. Les facteurs pertinents ne doivent plus être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Le tribunal devrait plutôt adopter une approche plus fonctionnelle, comme nous l’avons vu précédemment, et se concentrer sur les dangers particuliers que comporte la preuve par ouï-dire qu’on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers. De plus, le juge du procès doit demeurer conscient du rôle limité qu’il joue lorsqu’il se prononce sur l’admissibilité — il est essentiel pour assurer l’intégrité du processus de constatation des faits que la question de la fiabilité en dernière analyse ne soit pas préjugée lors du voir-dire portant sur l’admissibilité.

Je tiens à dire quelques mots sur un facteur décrit dans l’arrêt *Starr*, à savoir « la présence d’une preuve corroborante ou contradictoire », puisqu’il semble que ce soit ce commentaire qui a soulevé le plus de controverse. Pour des raisons de commodité, je reproduis le commentaire en question :

De même, je ne tiendrais pas compte de la présence d’une preuve corroborante ou contradictoire. Sur ce point, je suis d’accord avec l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; voir également *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). [par. 217]

J’examinerai brièvement les deux décisions invoquées à l’appui de cet énoncé. La première n’est pas vraiment utile à cet égard et la seconde, selon moi, ne devrait pas être suivie.

Dans l’affaire *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608 (C.A.), en déclarant l’accusé coupable, le juge du procès avait utilisé la déclaration d’un coaccusé comme preuve étayant le témoignage de la plaignante. La Cour d’appel a conclu que cela constituait une erreur. Alors que la déclaration d’un coaccusé était admissible contre lui comme preuve de sa véracité, elle restait du ouï-dire à l’égard de l’accusé. Le coaccusé était revenu sur sa déclaration au procès. Il n’a pas été démontré que sa déclaration était suffisamment fiable pour être admise

94

95

96

Therefore, this case is of no assistance on the question of whether supporting evidence should be considered or not in determining hearsay admissibility. It simply reaffirms the well-established rule that an accused's statement is only admissible against its maker, not the co-accused.

contre l'accusé à titre d'exception à la règle du ouï-dire. Cette affaire n'est donc d'aucun secours pour ce qui est de savoir s'il y a lieu de considérer une preuve à l'appui pour décider de l'admissibilité d'un ouï-dire. On y réaffirme simplement la règle bien établie selon laquelle la déclaration d'un accusé n'est admissible que contre lui et non contre un coaccusé.

97

Idaho v. Wright, 497 U.S. 805 (1990), is more on point. In that case, five of the nine justices of the United States Supreme Court were not persuaded that "evidence corroborating the truth of a hearsay statement may properly support a finding that the statement bears 'particularized guarantees of trustworthiness'" (p. 822). In the majority's view, the use of corroborating evidence for that purpose "would permit admission of a presumptively unreliable statement by bootstrapping on the trustworthiness of other evidence at trial, a result we think at odds with the requirement that hearsay evidence admitted under the Confrontation Clause be so trustworthy that cross-examination of the declarant would be of marginal utility" (p. 823). By way of example, the majority observed that a statement made under duress may happen to be true, but evidence tending to corroborate the truth of the statement would be no substitute for cross-examination of the declarant at trial. The majority also raised the concern, arising mostly in child sexual abuse cases, that a jury may rely on the partial corroboration provided by medical evidence to mistakenly infer the trustworthiness of the entire allegation.

L'arrêt *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990), est plus à propos. Dans cette affaire, cinq des neuf juges de la Cour suprême des États-Unis n'étaient pas convaincus que [TRADUCTION] « la preuve corroborant la véracité d'une déclaration relatée puisse étayer, à juste titre, la conclusion que la déclaration comporte "des garanties particulières de fiabilité" » (p. 822). Selon les juges majoritaires, l'utilisation d'une preuve corroborante à cette fin « permettrait d'admettre une déclaration présumée peu fiable en se fondant sur la fiabilité d'un autre élément de preuve au procès, résultat que nous croyons contraire à l'exigence que la preuve par ouï-dire admise en vertu de la clause de confrontation des témoins soit à ce point digne de foi qu'il serait peu utile de contre-interroger le déclarant » (p. 823). Par exemple, les juges majoritaires ont fait observer qu'une déclaration faite sous la contrainte peut se révéler véridique, mais qu'une preuve tendant à corroborer la véracité de cette déclaration ne saurait être substituée au contre-interrogatoire du déclarant au procès. Les juges majoritaires ont aussi exprimé la crainte, surtout dans les affaires d'abus sexuels d'enfants, qu'un jury s'appuie sur la corroboration partielle fournie par la preuve médicale pour inférer à tort la fiabilité de toute l'allégation.

98

In his dissenting opinion, Kennedy J., with whom the remaining three justices concurred, strongly disagreed with the position of the majority on the potential use of supporting or conflicting evidence. In my view, his reasons echo much of the criticism that has been voiced about this Court's position in *Starr*. He said the following:

Dans ses motifs dissidents, le juge Kennedy, avec l'appui des trois autres juges, s'est dit en profond désaccord avec le point de vue des juges majoritaires concernant l'utilisation potentielle d'un élément de preuve à l'appui ou contradictoire. À mon avis, ses motifs reprennent une bonne partie des critiques formulées au sujet de la position de notre Cour dans l'arrêt *Starr*. Il a affirmé ceci :

I see no constitutional justification for this decision to prescind corroborating evidence from consideration of the question whether a child's statements are reliable.

[TRADUCTION] Je ne vois rien qui justifie constitutionnellement cette décision de dissocier la preuve corroborante de l'examen de la question de savoir si les

It is a matter of common sense for most people that one of the best ways to determine whether what someone says is trustworthy is to see if it is corroborated by other evidence. In the context of child abuse, for example, if part of the child's hearsay statement is that the assailant tied her wrists or had a scar on his lower abdomen, and there is physical evidence or testimony to corroborate the child's statement, evidence which the child could not have fabricated, we are more likely to believe that what the child says is true. Conversely, one can imagine a situation in which a child makes a statement which is spontaneous or is otherwise made under circumstances indicating that it is reliable, but which also contains undisputed factual inaccuracies so great that the credibility of the child's statements is substantially undermined. Under the Court's analysis, the statement would satisfy the requirements of the Confrontation Clause despite substantial doubt about its reliability. [pp. 828-29]

Kennedy J. also strongly disagreed with the majority's view that only circumstances surrounding the making of the statement should be considered:

The [majority] does not offer any justification for barring the consideration of corroborating evidence, other than the suggestion that corroborating evidence does not bolster the "inherent trustworthiness" of the statements. But for purposes of determining the reliability of the statements, I can discern no difference between the factors that the Court believes indicate "inherent trustworthiness" and those, like corroborating evidence, that apparently do not. Even the factors endorsed by the Court will involve consideration of the very evidence the Court purports to exclude from the reliability analysis. The Court notes that one test of reliability is whether the child "use[d] . . . terminology unexpected of a child of similar age." But making this determination requires consideration of the child's vocabulary skills and past opportunity, or lack thereof, to learn the terminology at issue. And, when all of the extrinsic circumstances of a case are considered, it may be shown that use of a particular word or vocabulary in fact supports the inference of prolonged contact with the defendant, who was known to use the vocabulary in question. As a further example, the Court notes that motive to fabricate is an index of reliability. But if the suspect charges that a third person concocted a false case against him and coached the child, surely it is relevant to show that the third person had no contact with the child or no opportunity to suggest false testimony. Given the contradictions inherent in the Court's

déclarations d'un enfant sont fiables. Il va de soi pour la plupart des gens que l'un des meilleurs moyens de savoir si quelqu'un est digne de foi consiste à vérifier si ses propos sont corroborés par une autre preuve. Par exemple, dans un cas de violence envers une enfant, si une partie de la déclaration relatée de l'enfant veut que l'assaillant lui ait lié les poignets ou qu'il ait eu une cicatrice au bas de l'abdomen, et qu'une preuve matérielle ou un témoignage corrobore cette déclaration — preuve que l'enfant n'aurait pas pu fabriquer —, nous serons probablement plus enclins à croire que l'enfant dit la vérité. À l'inverse, on peut penser à la déclaration qu'un enfant fait de manière spontanée ou, par ailleurs dans des circonstances indiquant qu'elle est fiable, mais qui contient aussi des inexactitudes factuelles incontestées si énormes que la crédibilité de ses déclarations s'en trouve considérablement minée. Selon l'analyse de la Cour, la déclaration satisferait aux exigences de la clause de confrontation des témoins malgré un doute inconsiderable quant à sa fiabilité. [p. 828-829]

Le juge Kennedy était aussi en profond désaccord avec le point de vue des juges majoritaires selon lequel seules les circonstances entourant la déclaration doivent être considérées :

[TRADUCTION] L[es juges majoritaires] n'offre[nt] aucune justification pour écarter l'examen de la preuve corroborante, si ce n'est qu'[ils] indique[nt] que celle-ci ne renforce pas la « fiabilité inhérente » des déclarations. Mais pour déterminer la fiabilité des déclarations, je ne vois aucune différence entre les facteurs qui, selon la Cour, indiquent l'existence de « fiabilité inhérente » et ceux qui, comme la preuve corroborante, ne paraissent pas le faire. Même les facteurs retenus par la Cour obligeront à examiner la preuve même que celle-ci entend soustraire à l'analyse de la fiabilité. La Cour note que l'un des critères de fiabilité est de savoir si l'enfant a « utilis[é] [. . .] un vocabulaire inattendu de la part d'un enfant de son âge ». Mais pour se prononcer sur ce point, il faut examiner les connaissances de l'enfant sur le plan du vocabulaire et la possibilité qu'il a eu ou non d'apprendre le vocabulaire en cause. Et lorsque toutes les circonstances extrinsèques d'une affaire sont prises en compte, il peut se révéler que l'usage d'un mot ou d'un vocabulaire particulier étaye en fait l'inférence d'un contact prolongé avec le défendeur, qui était connu pour son utilisation du vocabulaire en question. Comme autre exemple, la Cour note qu'un motif d'inventer une histoire est significatif en ce qui concerne la question de la fiabilité. Mais si le suspect accuse un tiers d'avoir inventé une fausse preuve contre lui et d'avoir préparé l'enfant, il est sûrement utile de démontrer que ce tiers n'a eu aucun contact avec l'enfant ni aucune possibilité

test when measured against its own examples, I expect its holding will soon prove to be as unworkable as it is illogical.

The short of the matter is that both the circumstances existing at the time the child makes the statements and the existence of corroborating evidence indicate, to a greater or lesser degree, whether the statements are reliable. If the Court means to suggest that the circumstances surrounding the making of a statement are the best indicators of reliability, I doubt this is so in every instance. And, if it were true in a particular case, that does not warrant ignoring other indicators of reliability such as corroborating evidence, absent some other reason for excluding it. If anything, I should think that corroborating evidence in the form of testimony or physical evidence, apart from the narrow circumstances in which the statement was made, would be a preferred means of determining a statement's reliability for purposes of the Confrontation Clause, for the simple reason that, unlike other indicators of trustworthiness, corroborating evidence can be addressed by the defendant and assessed by the trial court in an objective and critical way. [References omitted; pp. 833-34.]

100

In my view, the opinion of Kennedy J. better reflects the Canadian experience on this question. It has proven difficult and at times counterintuitive to limit the inquiry to the circumstances surrounding the making of the statement. This Court itself has not always followed this restrictive approach. Further, I do not find the majority's concern over the "bootstrapping" nature of corroborating evidence convincing. On this point, I agree with Professor Paciocco who commented on the reasoning of the majority in *Idaho v. Wright* as follows (at p. 36):

The final rationale offered is that it would involve "bootstrapping" to admit evidence simply because it is shown by other evidence to be reliable. In fact, the "bootstrapping" label is usually reserved to circular arguments in which a questionable piece of evidence "picks itself up by its own bootstraps" to fit within an exception. For example, a party claims it can rely on a hearsay statement because the statement was made under such pressure or involvement that the prospect of concoction can fairly be disregarded, but then relies on the contents of the hearsay statement to prove the existence of that pressure or involvement [*Ratten v. R.*, [1972] A.C. 378 (P.C.)]. Or, a party claims it can rely on the truth of the contents of a statement because it

de proposer un faux témoignage. Vu les contradictions inhérentes du critère de la Cour qui se dégagent de ses propres exemples, je pense que sa conclusion se révélera rapidement aussi inapplicable qu'illogique.

Bref, tant les circonstances entourant les déclarations de l'enfant que l'existence d'une preuve corroborante indiquent plus ou moins si les déclarations sont fiables. Si la Cour veut donner à entendre que les circonstances entourant une déclaration sont les meilleurs indices de fiabilité, je doute qu'il en soit ainsi dans tous les cas. Et, si cela était vrai dans une affaire donnée, cela ne justifie pas de passer sous silence d'autres indices de fiabilité comme la preuve corroborante, s'il n'y a aucune autre raison de les écarter. D'ailleurs, je crois que la preuve corroborante sous forme de témoignage ou de preuve matérielle, outre les circonstances bien précises entourant la déclaration, serait un moyen privilégié de déterminer la fiabilité d'une déclaration pour les besoins de la clause de confrontation, pour la simple raison que, contrairement aux autres indices de fiabilité, la preuve corroborante peut être étudiée par le défendeur et appréciée de façon objective et critique par le tribunal de première instance. [Renvois omis; p. 833-834.]

À mon avis, l'opinion du juge Kennedy reflète mieux l'expérience canadienne sur cette question. Il s'est révélé difficile et parfois paradoxal de limiter l'enquête aux circonstances entourant la déclaration. Notre Cour elle-même n'a pas toujours adopté cette approche restrictive. De plus, je ne juge pas convaincante la préoccupation des juges majoritaires quant au caractère « autocorroborant » de la preuve corroborante. À cet égard, je suis d'accord avec les commentaires suivants du professeur Paciocco concernant le raisonnement majoritaire de l'arrêt *Idaho c. Wright* (p. 36) :

[TRADUCTION] Le raisonnement final proposé veut qu'admettre une preuve simplement parce qu'une autre preuve établit qu'elle est fiable en ferait une preuve « autocorroborante ». En fait, on réserve généralement cette étiquette aux arguments circulaires selon lesquels un élément de preuve douteux « s'appuie sur lui-même » pour s'ériger en exception. Par exemple, une partie soutient qu'elle peut s'appuyer sur une déclaration relatée parce qu'elle a été faite sous une pression ou contrainte telle que la possibilité d'invention peut être écartée à juste titre, mais s'appuie ensuite sur le contenu de cette même déclaration pour prouver l'existence de cette pression ou contrainte [*Ratten c. R.*, [1972] A.C. 378 (P.C.)]. Ou encore, une partie affirme

was a statement made by an opposing party litigant, but then relies on the contents of the statement to prove it was made by an opposing party litigant: see *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869. Looking to *other* evidence to confirm the reliability of evidence, the thing *Idaho v. Wright* purports to prevent, is the very antithesis of “bootstrapping”.

7. Application to This Case

Mr. Skupien’s statements to the cook, Ms. Stangrat, to the doctor and to the police constituted hearsay. The Crown sought to introduce the statements for the truth of their contents. In the context of this trial, the evidence was very important — indeed the two charges against Mr. Khelawon in respect of this complainant were entirely based on the truthfulness of the allegations contained in his statements.

Mr. Skupien’s hearsay statements were presumptively inadmissible. None of the traditional hearsay exceptions could assist the Crown in proving its case. The evidence could only be admitted under the principled exception to the hearsay rule.

Mr. Skupien’s death before the trial made it necessary for the Crown to resort to Mr. Skupien’s evidence in its hearsay form. It was conceded throughout that the necessity requirement had been met. The case therefore turned on whether the evidence was sufficiently reliable to warrant admission.

Since Mr. Skupien had died before the trial, he was no longer available to be seen, heard and cross-examined in court. There was no opportunity for contemporaneous cross-examination. Nor had there been an opportunity for cross-examination at any other hearing. Although Mr. Skupien was elderly and frail at the time he made the allegations, there is no evidence that the Crown attempted to preserve his evidence by application under ss. 709 to 714 of the *Criminal Code*. He did not testify at the preliminary hearing. The record does not disclose if he had died by that time. In making these comments, I

qu’elle peut compter sur la véracité d’une déclaration parce qu’elle a été faite par une partie opposée, mais s’appuie ensuite sur le contenu de la déclaration pour prouver qu’elle a été faite par une partie opposée : voir *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. S’en remettre à un *autre* élément de preuve pour confirmer la fiabilité d’une preuve, ce que l’arrêt *Idaho v. Wright* vise à prévenir, est l’antithèse même de la preuve « autocorroborante ».

7. Application à la présente affaire

Les déclarations que M. Skupien a faites à la cuisinière, M^{me} Stangrat, au médecin et à la police constituaient du ouï-dire. Le ministère public cherchait à présenter ces déclarations pour établir la véracité de leur contenu. Dans le contexte du présent procès, cette preuve était très importante — en fait, les deux accusations portées contre M. Khelawon relativement à ce plaignant reposaient entièrement sur la véracité des allégations contenues dans les déclarations de ce dernier.

Les déclarations relatées de M. Skupien étaient présumées inadmissibles. Aucune des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire ne pouvait aider le ministère public à établir sa preuve. La preuve ne pouvait être admise qu’en application de l’exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

Le décès de M. Skupien avant le procès a forcé le ministère public à recourir à son témoignage sous sa forme relatée. Il a été concédé dans toutes les cours que l’on avait satisfait à l’exigence de nécessité. Il s’agissait donc de savoir si le témoignage était suffisamment fiable pour être admis en preuve.

Comme M. Skupien était décédé avant le procès, il ne pouvait plus être vu, entendu et contre-interrogé en cour. Il ne pouvait pas être contre-interrogé au moment précis de sa déclaration. Il n’y avait pas eu non plus d’autre possibilité de le contre-interroger à aucune autre audience. Même si M. Skupien était âgé et frêle au moment de ses allégations, rien ne prouve que le ministère public a tenté de préserver son témoignage en application des art. 709 à 714 du *Code criminel*. M. Skupien n’a pas témoigné à l’enquête préliminaire. Le dossier n’indique pas s’il était décédé à cette époque. En

do not question the fact that it was necessary for the Crown to resort to Mr. Skupien's evidence in hearsay form. Necessity is conceded. However, in an appropriate case, the court in deciding the question of necessity may well question whether the proponent of the evidence made all reasonable efforts to secure the evidence of the declarant in a manner that also preserves the rights of the other party. That issue is not raised here.

105 The fact remains however that the absence of any opportunity to cross-examine Mr. Skupien has a bearing on the question of reliability. The central concern arising from the hearsay nature of the evidence is the inability to test his allegations in the usual way. The evidence is not admissible unless there is a sufficient substitute basis for testing the evidence or the contents of the statement are sufficiently trustworthy.

106 Obviously, there was no case to be made here on the presence of adequate substitutes for testing the evidence. This is not a *Hawkins* situation where the difficulties presented by the unavailability of the declarant were easily overcome by the availability of the preliminary hearing transcript where there had been an opportunity to cross-examine the complainant in a hearing that dealt with essentially the same issues. Nor is this a *B. (K.G.)* situation where the presence of an oath and a video were coupled with the availability of the declarant at trial. There are no adequate substitutes here for testing the evidence. There is the police video — nothing more. The principled exception to the hearsay rule does not provide a vehicle for founding a conviction on the basis of a police statement, videotaped or otherwise, without more. In order to meet the reliability requirement in this case, the Crown could only rely on the inherent trustworthiness of the statement.

107 In my respectful view, there was no case to be made on that basis either. This was not a situation

faisant ces commentaires, je ne remets pas en question la nécessité pour le ministère public de recourir au témoignage sous forme relatée de M. Skupien. Je reconnais que c'était nécessaire. Toutefois, dans une instance appropriée, il se peut bien que, pour trancher la question de la nécessité, le tribunal se demande si la partie qui veut présenter la preuve a déployé tous les efforts raisonnables pour préserver la preuve du déclarant de manière à préserver également les droits de l'autre partie. Cette question ne se pose pas en l'espèce.

Il reste toutefois que l'absence de possibilité de contre-interroger M. Skupien a une incidence sur la question de la fiabilité. La préoccupation majeure que suscite le caractère relaté de la preuve est l'incapacité de vérifier de la manière habituelle les allégations que cette preuve comporte. La preuve est inadmissible à moins qu'il y ait un autre motif suffisant de la vérifier ou que le contenu de la déclaration soit suffisamment fiable.

De toute évidence, il n'y avait aucune preuve à faire en l'espèce au sujet de l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. Il ne s'agit pas d'une situation comme celle dans l'affaire *Hawkins* où les difficultés présentées par la non-disponibilité de la déclarante pouvaient facilement être surmontées par le fait que l'on disposait de la transcription de l'audience préliminaire où on avait eu l'occasion de contre-interroger la plaignante dans le cadre d'une audience portant essentiellement sur les mêmes questions en litige. Il ne s'agit pas non plus d'une situation comme celle dans l'affaire *B. (K.G.)* où un serment et une bande vidéo s'ajoutaient à la disponibilité du déclarant au procès. Il n'y a en l'espèce aucun autre moyen adéquat de vérifier la preuve. Il y a la bande vidéo de la police — rien d'autre. L'exception raisonnée à la règle du ouï-dire ne constitue pas un moyen de fonder une déclaration de culpabilité sur une déclaration faite à la police sur bande vidéo ou autrement, sans plus. Pour satisfaire à l'exigence de fiabilité en l'espèce, le ministère public ne pouvait se fonder que sur la fiabilité inhérente de la déclaration.

À mon avis, il n'y avait aucune preuve à faire sur ce fondement non plus. Il ne s'agissait pas d'une

as in *Khan* where the cogency of the evidence was such that, in the words of Wigmore, it would be “pedantic to insist on a test whose chief object is already secured” (§ 1420, at p. 154). To the contrary, much as in the case of the third statement ruled inadmissible in *Smith*, the circumstances raised a number of serious issues such that it would be impossible to say that the evidence was unlikely to change under cross-examination. Mr. Skupien was elderly and frail. His mental capacity was at issue — the medical records contained repeated diagnoses of paranoia and dementia. There was also the possibility that his injuries were caused by a fall rather than an assault — the medical records revealed a number of complaints of fatigue, weakness and dizziness and the examining physician, Dr. Pietraszek, testified that the injuries could have resulted from a fall (A.R., vol. II, at p. 259). The evidence of the garbage bags filled with Mr. Skupien’s possessions provided little assistance in assessing the likely truth of his statement — he could have filled those bags himself. Ms. Stangrat’s obvious motive to discredit Mr. Khelawon presented further difficulties. The initial allegations were made to her — Dr. Pietraszek acknowledged in his evidence that when he saw Mr. Skupien, Ms. Stangrat was present and may have helped him by giving some indication of what happened. The extent to which Mr. Skupien may have been influenced in making his statement by this disgruntled employee was a live issue. Mr. Skupien had issues of his own with the way the retirement home was managed. This is apparent from his rambling complaints on the police video itself. The absence of an oath and the simple “yes” in answer to the police officer’s question as to whether he understood that it was important to tell the truth do not give much insight on whether he truly understood the consequences for Mr. Khelawon of making his statement. In these circumstances, Mr. Skupien’s unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused’s ability to test the evidence and, in turn, on the trier of fact’s ability to properly assess its worth.

situation comme celle dans l’arrêt *Khan* où la force probante de la preuve était telle que, comme l’a affirmé Wigmore, il serait [TRADUCTION] « trop pointilleux d’insister sur une épreuve dont l’objet principal est déjà atteint » (§ 1420, p. 154). Au contraire, tout comme dans le cas de la troisième déclaration jugée inadmissible dans l’arrêt *Smith*, les circonstances soulevaient un certain nombre de questions sérieuses de sorte qu’il était impossible de dire que cette preuve ne serait pas susceptible de changer lors d’un contre-interrogatoire. M. Skupien était âgé et frêle. Sa capacité mentale était en cause — les dossiers médicaux faisaient état de diagnostics répétés de paranoïa et de démence. Il y avait également la possibilité que ses blessures aient résulté d’une chute plutôt que d’une agression — les dossiers médicaux révélaient un certain nombre de plaintes de fatigue, de faiblesse et d’étourdissements et le médecin traitant, le Dr Pietraszek, a témoigné que les blessures pouvaient être dues à une chute (d.a., vol. II, p. 259). Les sacs à ordures remplis d’effets personnels de M. Skupien étaient peu utiles pour déterminer si la déclaration était susceptible d’être véridique — il pouvait avoir rempli ces sacs lui-même. D’autres difficultés résultaient du motif évident que M^{me} Stangrat avait de discréditer M. Khelawon. Les premières allégations ont été formulées devant elle — dans son témoignage, le Dr Pietraszek a reconnu que M^{me} Stangrat était présente lorsqu’il a rencontré M. Skupien et qu’elle pouvait avoir aidé ce dernier en fournissant des indices sur ce qui s’était produit. Il fallait déterminer dans quelle mesure cette employée mécontente pouvait avoir influencé M. Skupien lorsqu’il a fait sa déclaration. M. Skupien avait lui-même certaines récriminations au sujet de la façon dont la maison de retraite était gérée. Cela ressort de ses plaintes incohérentes contenues dans l’enregistrement vidéo de la police. L’absence de serment et le simple « oui » répondu lorsque le policier lui a demandé s’il comprenait qu’il était important de dire la vérité n’aident pas beaucoup à déterminer s’il saisisait vraiment les conséquences de sa déclaration pour M. Khelawon. Dans ces circonstances, l’impossibilité de contre-interroger M. Skupien limitait considérablement la capacité de l’accusé de vérifier la preuve et, partant, la capacité du juge des faits d’en déterminer correctement la valeur.

108

As indicated earlier, the crux of the trial judge's finding that the evidence was sufficiently trustworthy was based on the "striking similarities" between the statements of the five complainants. As Rosenberg J.A., I too would not reject the possibility that the presence of a striking similarity between statements from different complainants could well provide sufficient cogency to warrant the admission of hearsay evidence in an appropriate case. However, the statements made by the other complainants in this case posed even greater difficulties and could not be substantively admitted to assist in assessing the reliability of Mr. Skupien's allegations. For example, the videotaped interview with Mr. Dinino which formed the basis of the second conviction against Mr. Khelawon was nine minutes in length. It was preceded by a 30-minute interview with the police. The police officer had no notes of the initial interview. Constable Pietroniro acknowledged that it "was very difficult" to get Mr. Dinino to answer questions and that much of the videotape is inaudible. Constable Pietroniro would generally put to Mr. Dinino what he thought Mr. Dinino was saying and Mr. Dinino would respond "yes" or "yeah". Constable Pietroniro agreed that he was making an educated guess as to what Mr. Dinino was saying and that there were some things said by Mr. Dinino that he did not understand. Quite apart from these difficulties, it is also far from clear on the record on precisely what features the trial judge based his finding that there was a "striking similarity" between the various statements. However, I do not find it necessary to elaborate on this point. The admissibility of the other statements is no longer in issue. The Court of Appeal unanimously ruled them inadmissible.

109

I conclude that the evidence did not meet the reliability requirement. The majority of the Court of Appeal was correct to rule it inadmissible.

8. Conclusion

110

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Comme nous l'avons vu, la conclusion du juge du procès que la preuve était suffisamment fiable reposait essentiellement sur les « similitudes frappantes » entre les déclarations des cinq plaignants. À l'instar du juge Rosenberg, je suis moi aussi d'avis de ne pas écarter le fait que l'existence d'une similitude frappante entre les déclarations de divers plaignants pourrait bien être suffisamment probante pour justifier l'admission d'une preuve par ouï-dire dans un cas approprié. Toutefois, les déclarations des autres plaignants en l'espèce présentaient des difficultés encore plus grandes et ne pouvaient être admises quant au fond pour aider à apprécier la fiabilité des allégations de M. Skupien. Par exemple, l'entretien enregistré sur bande vidéo de M. Dinino, sur lequel reposait la deuxième déclaration de culpabilité de M. Khelawon, durait neuf minutes et avait été précédé d'un entretien de 30 minutes avec la police. Le policier ne possédait aucune note de l'entretien initial. L'agent Pietroniro a reconnu qu'il était [TRADUCTION] « très difficile » d'obtenir des réponses de M. Dinino et qu'une grande partie de l'enregistrement était inaudible. Il répétait généralement à M. Dinino ce qu'il croyait que celui-ci avait dit, et M. Dinino répondait par « oui » ou « ouais ». L'agent Pietroniro a reconnu qu'il faisait des suppositions éclairées au sujet de ce que M. Dinino disait et qu'il n'avait pas saisi certains propos de ce dernier. Outre ces difficultés, le dossier est loin d'indiquer clairement sur quelles caractéristiques précises le juge du procès s'est fondé pour conclure à l'existence d'une « similitude frappante » entre les diverses déclarations. Toutefois, je ne juge pas nécessaire de m'étendre sur cette question. L'admissibilité des autres déclarations n'est plus en cause. La Cour d'appel a décidé, à l'unanimité, qu'elles étaient inadmissibles.

Je conclus que la preuve ne satisfait pas à l'exigence de fiabilité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de la déclarer inadmissible.

8. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Fleming, Breen, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Louis P. Strezos and Associate, and Di Luca Barristers, Toronto.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Fleming, Breen, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Louis P. Strezos and Associate, et Di Luca Barristers, Toronto.

TAB

4

Robert Dennis Starr *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General of British
Columbia** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. STARR

Neutral citation: 2000 SCC 40.

File No.: 26514.

Hearing: December 3, 1998.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

Rehearing: February 24, 2000; September 29, 2000.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Present intentions exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting statement of intention made by deceased — Whether statement admissible under "present intentions" exception to hearsay rule — Whether statement admissible under principled approach to hearsay admissibility — Whether exceptions to hearsay rule must conform to principled approach to hearsay admissibility — Whether hearsay that fits within traditional exception may still be inadmissible if it is not sufficiently reliable and necessary.

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Prior identification exception — Accused convicted of first degree murder — Trial judge admitting

Robert Dennis Starr *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de l'Ontario
et le procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. STARR

Référence neutre: 2000 CSC 40.

N° du greffe: 26514.

Audition: 3 décembre 1998.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

Nouvelle audition: 24 février 2000; 29 septembre 2000.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception des intentions existantes — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Admission par le juge du procès de la déclaration d'intention de la victime — La déclaration est-elle admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire? — La déclaration est-elle admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire? — Les exceptions à la règle du ouï-dire doivent-elles être conformes à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire? — La preuve par ouï-dire qui relève d'une exception traditionnelle peut-elle tout de même être inadmissible si elle n'est pas suffisamment fiable et nécessaire?

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception de l'identification antérieure — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré —

police officers' testimony regarding out-of-court identification by witness — Witness not testifying at trial that she had made out-of-court identification — Whether police evidence admissible under traditional exception to hearsay rule — Whether police evidence admissible under principled approach to hearsay admissibility.

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge explained concept of reasonable doubt to jury in adequate manner.

The accused was convicted of two counts of first degree murder. He had been accused of shooting C and W by the side of a highway. C and W had been drinking with the accused in a hotel. Outside, C and W offered a couple a ride home in W's station wagon. W drove, and the group first stopped at an adjacent gas station, where G, a sometime girlfriend of C, approached the station wagon and had a conversation with C. During the conversation, G observed a car beside the gas station, and saw the accused in the car. She became angry with C because he was out with W rather than her, and she walked away from the car. C got out of the car and followed her into a laneway, where they had a further conversation. G asked C why he would not come home with her. According to G, C replied that he had to "go and do an Autopac scam with Robert". She understood "Robert" to be the accused. A day or two later, G saw a picture in the newspaper of what she believed was the car in which she had seen the accused. The car had been found at the scene of the murder. She phoned the police and told them she had seen the car on the night of the murders at the gas station, with the accused in it. The Crown's theory was that the killing was a gang-related execution perpetrated by the accused. W was an unfortunate witness who was killed simply because she was in the wrong place at the wrong time. The theory was that the accused had used an Autopac scam as a pretext to get C out into the countryside. The trial judge found that G's anticipated testimony regarding the scam was admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule.

Admission par le juge du procès du témoignage des policiers concernant l'identification extrajudiciaire par un témoin — Témoin n'affirmant pas au procès avoir procédé à une identification extrajudiciaire — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu d'une exception traditionnelle à la règle du oui-dire? — Le témoignage des policiers est-il admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oui-dire?

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable?

L'accusé a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Il avait été inculpé d'avoir abattu C et W sur l'accotement d'une route. C et W avaient pris un verre avec l'accusé dans un hôtel. À l'extérieur, C et W ont offert à un couple de les raccompagner chez eux dans la familiale de W. W a pris le volant et le groupe a fait un premier arrêt à une station-service voisine, où G, qui fréquentait C à l'occasion, s'est approchée de la familiale et s'est entretenue avec C. Pendant cette conversation, G a remarqué la présence d'une automobile à côté de la station-service et a aperçu l'accusé à l'intérieur de celle-ci. Elle s'est mise en colère contre C parce qu'il était en compagnie de W au lieu d'être avec elle, et s'est éloignée de l'automobile. C est descendu de l'auto et a suivi G dans une ruelle, où ils ont eu une autre conversation. G a demandé à C pourquoi il ne la raccompagnerait pas chez elle. Selon G, C a répondu qu'il devait «aller frauder l'Autopac avec Robert». Elle a compris que «Robert» était l'accusé. Le lendemain ou le surlendemain, G a cru reconnaître, sur une photo dans le journal, l'automobile dans laquelle elle avait aperçu l'accusé. Cette automobile avait été découverte sur les lieux du meurtre. Elle a téléphoné à la police pour l'informer que, la nuit où les meurtres avaient été commis, elle avait aperçu l'automobile en question à la station-service et que l'accusé s'y trouvait. La thèse du ministère public était que l'accusé avait exécuté sa victime en raison de son appartenance à une bande. W était un témoin malchanceux qui a été tué simplement parce qu'il se trouvait à la mauvaise place au mauvais moment. Selon cette thèse, l'accusé s'était servi de la fraude de l'Autopac comme prétexte pour entraîner C à la campagne. Le juge du procès a conclu que le témoignage prévu de G au sujet de la fraude était admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire.

Two police officers visited the couple who had been given a ride. One of the officers testified that the wife, B, had told them that she had seen a man talking to C at the gas station. The officer testified that B indicated that the man in one of the photographs she was shown looked like the man whom she had seen at the gas station talking to C and who was also "probably driving the other car". The photograph was a photo of the accused. Following a *voir dire* the trial judge ruled that the officers' anticipated testimony was admissible pursuant to the prior identification exception to the hearsay rule, notwithstanding the fact that B had not testified at trial as to having seen a man talking to C at the gas station, or as to having identified that man in one of the photographs presented to her by the police.

The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the convictions. At issue here is whether the court erred in affirming the trial judge's decision to admit G's testimony regarding a statement of intention made by the deceased C, in affirming the trial judge's decision to admit the testimony of the police officers regarding B's out-of-court identification and in finding that the trial judge had explained the concept of reasonable doubt to the jury in an adequate manner.

Held (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Since C's out-of-court statement to G that he had to "go and do an Autopac scam with Robert", meaning the accused, is sought to be adduced in order to prove the truth of its contents, G's testimony regarding C's statement to her is hearsay and would generally be inadmissible as such. The "state of mind" or "present intentions" exception to the hearsay rule as it has developed in Canada permits the admission into evidence of statements of intent or of other mental states for the truth of their contents and also, in the case of statements of intention in particular, to support an inference that the declarant followed through on the intended course of action, provided it is reasonable on the evidence for the trier of fact to infer that the declarant did so. A statement of intention cannot be admitted to prove the intentions of someone other than the declarant, unless a hear-

Deux policiers ont rendu visite au couple qui s'était fait raccompagner en voiture. L'un d'eux a témoigné que la femme, B, leur avait déclaré avoir vu un homme parler à C à la station-service. Le policier a témoigné que B avait indiqué que l'homme figurant sur l'une des photos qu'on lui avait montrées ressemblait à l'homme qu'elle avait vu parler à C à la station-service et qui, de plus, «conduisait probablement l'autre automobile». La photo en cause était une photo de l'accusé. À la suite d'un *voir-dire*, le juge du procès a décidé que le témoignage prévu des deux policiers était admissible en vertu de l'exception de l'identification antérieure à la règle du *ouï-dire*, malgré le fait que B n'avait pas témoigné au procès qu'elle avait vu un homme s'entretenir avec C à la station-service ou qu'elle avait identifié cet homme sur l'une des photographies que lui avaient montrées les policiers.

Dans un arrêt majoritaire, la Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Il s'agit en l'espèce de savoir si la cour a commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès d'admettre le témoignage de G concernant la déclaration d'intention de feu C, en confirmant la décision du juge du procès d'admettre le témoignage des policiers concernant l'identification extrajudiciaire par B et en concluant que le juge du procès avait suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel: Étant donné que le but dans lequel on cherche à présenter la déclaration extrajudiciaire de C à G selon laquelle il devait «aller frauder l'Autopac avec Robert», c'est-à-dire l'accusé, est d'établir la véracité de son contenu, le témoignage de G concernant la déclaration que lui avait faite C est du *ouï-dire* et serait généralement inadmissible pour cette raison. L'exception de l'«état d'esprit» ou des «intentions existantes» à la règle du *ouï-dire* qui est appliquée au Canada permet l'admission en preuve des déclarations d'intention et d'autres états d'esprit pour établir la véracité de leur contenu et, notamment dans le cas des déclarations d'intention, pour étayer la déduction que le déclarant a donné suite à la façon dont il comptait agir, pourvu que la preuve permette raisonnablement au juge des faits de déduire que le déclarant l'a fait. Une déclaration d'intention ne

say exception can be established for each level of hearsay. The trial judge erred in admitting C's statement to G under the present intentions exception and, having admitted it, in not limiting its use by the jury. The statement contained no indicia of reliability since it was made under circumstances of suspicion. C may have had a motive to lie in order to make it seem that he was not romantically involved with W, and could easily point to the accused, who was sitting nearby in a car but out of earshot, as being the person with whom he was going to do an Autopac scam. Moreover, the trial judge failed to instruct the jury that the statement was only admissible as evidence regarding the intentions of C, not the accused. It is well-established that when a piece of evidence may conceivably be put to both proper and improper uses, the trial judge in a criminal case must give the jury a limiting instruction regarding the permissible inferences that may be drawn from the evidence. In this case the trial judge did not instruct the jury on the proper uses of C's statement; in fact, he did the opposite by expressly inviting the jury to use the evidence to infer the accused's intentions. In so doing, he clearly committed an error of law warranting reversal. Finally, when properly limited, the evidence was more prejudicial than probative. The trial judge erred by not considering whether the prejudicial effect of the prohibited use of the evidence overbears its probative value on the permitted use. The impermissible inferences that the jury might well have drawn from C's statement are that the accused was in the car that followed C, that the accused was alone in the car (since C referred only to the accused), and that the accused went with C as part of a plan to lure C to a secluded area and kill him. The prejudicial effect of the admission of C's statement outweighed the statement's probative value. The statement ought to have been excluded on this basis as well.

In *Khan*, *Smith*, and subsequent cases, this Court allowed the admission of hearsay not fitting within an established exception where it was sufficiently reliable and necessary to address the traditional hearsay dangers. This concern for reliability and necessity should be no less present when the hearsay is sought to be introduced

saurait être admise pour prouver les intentions d'une personne autre que le déclarant à moins qu'il ne soit possible d'établir qu'une exception à la règle du oui-dire s'applique à chaque niveau de oui-dire. Le juge du procès a eu tort d'admettre la déclaration de C à G en vertu de l'exception des intentions existantes et de ne pas en délimiter l'utilisation par le jury après l'avoir admise. La déclaration n'offrait aucun signe de fiabilité étant donné qu'elle a été faite dans des circonstances douteuses. C pouvait avoir eu un motif de mentir dans le but de faire croire qu'il n'avait aucune liaison amoureuse avec W, et c'est avec facilité qu'il a pu indiquer que l'accusé, qui se trouvait dans une automobile stationnée tout près mais qui était trop loin pour entendre ce qui se disait, était la personne avec qui il allait frauder l'Autopac. En outre, le juge du procès n'a pas dit au jury que la déclaration en cause était admissible pour établir les intentions de C seulement et non celles de l'accusé. Il est reconnu que, si, en théorie, il peut y avoir à la fois bonne utilisation et mauvaise utilisation d'un élément de preuve, le juge du procès en matière criminelle doit donner au jury une directive restrictive concernant les déductions acceptables qui peuvent être faites de la preuve. En l'espèce, le juge du procès n'a donné au jury aucune directive sur les utilisations qui pouvaient être faites de la déclaration de C; en réalité, il a fait le contraire en invitant expressément le jury à utiliser cet élément de preuve pour déduire les intentions de l'accusé. Ce faisant, il a manifestement commis une erreur de droit justifiant révision. Enfin, même si son utilisation avait été délimitée correctement, la preuve était plus préjudiciable que probante. Le juge du procès a commis une erreur en ne se demandant pas si l'effet préjudiciable de l'utilisation interdite de la preuve l'emporte sur sa valeur probante relative à l'utilisation permise. Les déductions inacceptables que le jury aurait bien pu faire à partir de la déclaration de C sont que l'accusé était dans l'automobile qui a suivi C, qu'il était seul dans cette automobile (puisque C n'a mentionné que l'accusé) et qu'il avait accompagné C dans le cadre d'un plan visant à attirer C dans un endroit retiré pour le tuer. L'effet préjudiciable de l'admission de la déclaration de C l'emportait sur la valeur probante de cette déclaration. La déclaration aurait également dû être écartée pour ce motif.

Dans les arrêts *Khan* et *Smith* et d'autres arrêts subséquents, notre Cour a permis l'admission d'éléments de preuve par oui-dire qui ne relevaient pas d'une exception reconnue, lorsque ces éléments de preuve étaient suffisamment fiables et nécessaires pour remédier aux dangers traditionnels du oui-dire. Cette préoccupation

under an established exception. This is particularly true in the criminal context given the fundamental principle of justice, protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that the innocent must not be convicted. It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception. In addition to improving trial fairness, bringing the hearsay exceptions into line with the principled approach will also improve the intellectual coherence of the law of hearsay. To the extent that the various exceptions may conflict with the requirements of a principled analysis, it is the principled analysis that should prevail. It is nevertheless important for a court to exercise a certain degree of caution when reconsidering the traditional exceptions, which continue to play an important role under the principled approach. In some rare cases, it may be possible under the particular circumstances of a case for evidence clearly falling within an otherwise valid exception nonetheless not to meet the principled approach's requirements of necessity and reliability. In such a case, the evidence would have to be excluded. However, these cases will no doubt be unusual, and the party challenging the admissibility of evidence falling within a traditional exception will bear the burden of showing that the evidence should nevertheless be inadmissible. The trial judge will determine the procedure (whether by *voir dire* or otherwise) to determine admissibility under the principled approach's requirements of reasonable necessity and reliability.

C's statement to G was also inadmissible under the principled approach. Since it was made under "circumstances of suspicion", the statement was not reliable. Nor are there any other circumstantial guarantees of trustworthiness that could render the statement reliable. Having found that the statement is unreliable, it is unnecessary to go on to ask whether it was necessary or not. Since it does not fall under an existing exception either, the courts below erred in admitting this evidence. There was no serious argument that the error was one that could be saved by the curative proviso.

de fiabilité et de nécessité ne doit pas être moindre lorsqu'on cherche à présenter une preuve par ouï-dire en vertu d'une exception reconnue. Cela est particulièrement vrai en matière criminelle, étant donné que la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si on permettait au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire non fiable contre l'accusé, peu importe qu'elle se trouve ou non à relever d'une exception existante, cela compromettrait l'équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées. En plus d'améliorer l'équité du procès, le fait d'adapter les exceptions à la règle du ouï-dire à la méthode fondée sur des principes augmentera également la cohérence intellectuelle du droit de la preuve par ouï-dire. Dans la mesure où il peut exister un conflit entre les diverses exceptions et les exigences d'une analyse fondée sur des principes, c'est cette dernière qui doit l'emporter. Il est toutefois important qu'un tribunal démontre une certaine prudence en réexaminant les exceptions traditionnelles, qui continuent de jouer un rôle important dans la méthode fondée sur des principes. Il se peut également que, dans de rares cas, des circonstances particulières fassent en sorte qu'une preuve manifestement visée par une exception par ailleurs valide ne satisfasse toutefois pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode fondée sur des principes. En pareils cas, la preuve devrait être écartée. Toutefois, ces cas seront certes inhabituels et la partie qui conteste l'admissibilité de la preuve visée par une exception traditionnelle aura le fardeau de démontrer que la preuve doit néanmoins être inadmissible. Le juge du procès établira la procédure (par *voir-dire* ou autrement) applicable pour déterminer l'admissibilité en vertu des exigences de nécessité et de fiabilité raisonnables de la méthode fondée sur des principes.

La déclaration de C à G n'était pas non plus admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Cette déclaration n'était pas fiable étant donné qu'elle avait été faite dans des «circonstances douteuses». Il n'y a pas non plus d'autres garanties circonstancielles de fiabilité susceptibles de rendre la déclaration fiable. Après avoir conclu que la déclaration n'est pas fiable, il n'est pas nécessaire de se demander si elle était nécessaire. Étant donné qu'elle ne relève pas non plus d'une exception existante, les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en l'admettant en preuve. On n'a avancé aucun argument sérieux selon lequel il pouvait être remédié à l'erreur au moyen de la disposition réparatrice.

The trial judge erred in admitting the police evidence regarding B's out-of-court identification under a traditional exception to the hearsay rule. Under the "prior identification" exception, prior statements identifying or describing the accused are admissible where the identifying witness identifies the accused at trial, or where the identifying witness is unable to identify the accused at trial, but can testify that he or she previously gave an accurate description or made an accurate identification. These requirements are not satisfied in the circumstances of this case. Since B did not identify the accused in court, only the second branch of the exception could possibly be applicable. However, B did not testify that she could not remember whether the accused was the person whom she identified. She was not asked to compare the accused with her recollections about the person she saw on the night of the murders. Accordingly, the underlying circumstances of necessity required to trigger the second branch of the traditional exception did not exist. Moreover, the police evidence went far beyond the scope of the "prior identification" exception. The officers' testimony went beyond simply asserting that B had identified the accused, and provided almost the entirety of the narrative underlying the identification. The police testimony was equally inadmissible under the principled approach. The testimony was not necessary, since B was a witness at trial and could have provided first-hand evidence, had the Crown chosen to question her on the point. Furthermore, there are strong indications that B's identification was unreliable. The trial judge's cautionary instruction to the jury was insufficient to remedy the harm caused by the admission of the evidence.

The reasonable doubt instruction given in this case falls prey to many of the same difficulties outlined in *Lifchus*, and likely misled the jury as to the content of the criminal standard of proof. The key difficulty with this instruction is that it was not made clear to the jury that the Crown was required to do more than prove the accused's guilt on a balance of probabilities. The trial judge told the jury that they could convict on the basis of something less than absolute certainty of guilt, but did not explain, in essence, how much less. In addition, rather than telling the jury that the words "reasonable doubt" have a specific meaning in the legal context, the trial judge expressly instructed the jury that the words have no "special connotation" and "no magic meaning that is peculiar to the law". By asserting that absolute

Le juge du procès a commis une erreur en se fondant sur une exception traditionnelle à la règle du oui-dire pour admettre le témoignage des policiers relativement à l'identification extrajudiciaire par B. Aux termes de l'exception de l'«identification antérieure», les déclarations antérieures qui identifient ou décrivent l'accusé sont admissibles lorsque le témoin auteur de l'identification identifie l'accusé au procès ou lorsque le témoin auteur de l'identification est incapable d'identifier l'accusé au procès, mais peut affirmer qu'il a déjà fourni une description ou une identification exacte. Dans les circonstances de la présente affaire, il n'a pas été satisfait à ces exigences. Étant donné que B n'a pas identifié l'accusé en cour, seul le deuxième volet de l'exception aurait pu s'appliquer. Cependant B n'a pas témoigné qu'elle était incapable de se rappeler si l'accusé était la personne qu'elle avait identifiée. On ne lui a pas demandé de comparer l'accusé à la personne qu'elle se souvenait avoir aperçue la nuit des meurtres. Par conséquent, la situation sous-jacente de nécessité requise pour déclencher l'application du deuxième volet de l'exception traditionnelle n'existait pas. De plus, le témoignage des policiers a excédé de beaucoup la portée de l'exception de l'«identification antérieure». En témoignant, les policiers ne se sont pas contentés d'affirmer que B avait identifié l'accusé, et leur témoignage a constitué presque tout le récit sous-jacent à l'identification. Le témoignage des policiers était tout aussi inadmissible selon la méthode fondée sur des principes. Il n'était pas nécessaire puisque B a témoigné au procès et aurait pu fournir une preuve originale si le ministère public avait choisi de l'interroger en conséquence. Il y a également de solides indices que l'identification faite par B n'était pas fiable. La mise en garde que le juge du procès a faite au jury était insuffisante pour remédier au tort causé par l'admission de la preuve.

La directive sur le doute raisonnable qui a été donnée en l'espèce pose, dans une large mesure, les mêmes difficultés que celles exposées dans l'arrêt *Lifchus* et elle a probablement induit le jury en erreur quant au contenu de la norme de preuve applicable en matière criminelle. Le problème fondamental que pose cette directive est qu'on n'a pas indiqué clairement au jury que le ministère public était tenu de faire plus qu'établir la culpabilité de l'accusé selon la prépondérance des probabilités. Le juge du procès a dit au jury qu'il pourrait prononcer une déclaration de culpabilité en fonction d'une norme de preuve moindre que la certitude absolue de culpabilité, sans pour autant expliquer essentiellement jusqu'à quel point elle pourrait être inférieure à cette dernière norme. En outre, au lieu de dire au jury que les mots

certainty was not required, and then linking the standard of proof to the "ordinary everyday" meaning of the words "reasonable doubt", the trial judge could easily have been understood by the jury as asserting a probability standard as the applicable standard of proof. The trial judge did refer to the Crown's onus and to the presumption of innocence, and he stated that the accused should receive the benefit of any reasonable doubt. The error in the charge is that the jury was not told how a reasonable doubt is to be defined. As was emphasized repeatedly in *Lifchus* and again in *Bisson*, a jury must be instructed that the standard of proof in a criminal trial is higher than the probability standard used in making everyday decisions and in civil trials. In this case the jury was not told that something more than probability was required in order to convict, and nearly all of the instructions they were given weakened the content of the reasonable doubt standard in such a manner as to suggest that probability was indeed the requisite standard of proof. The reasonable likelihood that the jury applied the wrong standard of proof raises a realistic possibility that the accused's convictions constitute a miscarriage of justice.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): The following framework of analysis should be adopted for hearsay statements. First, it must be determined whether the statement is hearsay. Second, the trial judge should determine whether the hearsay statement falls within an established exception to the hearsay rule. Third, if the evidence does not fall within an established exception, the trial judge should determine whether it would still be admissible under the principled approach. Fourth, the trial judge maintains the limited residual discretion to exclude evidence where the risk of undue prejudice substantially exceeds the evidence's probative value. Finally, once the statements are found admissible, it is for the trier of fact to weigh the evidence and make a determination as to the ultimate reliability of the hearsay evidence at issue. The case-by-case application of the principled approach to statements falling within accepted exceptions to the rule against hearsay should not be countenanced. Individual cases may illuminate or illustrate the need to modify a particular traditional exception, but every piece of evidence that falls within a traditional exception should not be subjected to the prin-

«doute raisonnable» ont un sens particulier dans le contexte juridique, le juge du procès lui a expressément dit que ces mots n'avaient aucune «connotation particulière» ni «aucun sens magique propre au droit». Lorsque le juge du procès a affirmé que la certitude absolue n'était pas requise et qu'il a ensuite lié la norme de preuve au sens «ordinaire de tous les jours» de l'expression «doute raisonnable», le jury aurait pu facilement comprendre qu'il disait qu'une norme de probabilité était la norme de preuve applicable. Le juge du procès a mentionné l'obligation du ministère public et la présomption d'innocence, et il a dit que l'accusé devait bénéficier de tout doute raisonnable. L'erreur de l'exposé provient du fait que le jury n'a pas été informé de la définition à donner au doute raisonnable. Comme on l'a souligné à maintes reprises dans *Lifchus*, puis de nouveau dans *Bisson*, il faut dire au jury que la norme de preuve applicable dans un procès criminel est plus élevée que la norme de la prépondérance des probabilités qui est utilisée dans les décisions de tous les jours et dans les procès civils. En l'espèce, on n'a pas dit au jury qu'il fallait plus qu'une probabilité pour qu'il puisse prononcer une déclaration de culpabilité, et presque toutes les directives qui ont été données ont affaibli le contenu de la norme du doute raisonnable au point d'indiquer que la probabilité était effectivement la norme de preuve requise. La probabilité raisonnable que le jury ait appliqué la mauvaise norme de preuve soulève une possibilité réaliste que les déclarations de culpabilité de l'accusé constituent une erreur judiciaire.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): Il y a lieu d'adopter le cadre d'analyse suivant en ce qui concerne les déclarations relatées. Premièrement, il y a lieu de déterminer si la déclaration est du oui-dire. Deuxièmement, le juge du procès doit décider si la déclaration en question relève d'une exception reconnue à la règle du oui-dire. Troisièmement, si la preuve ne relève pas d'une exception reconnue, le juge du procès doit déterminer si la déclaration est tout de même admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Quatrièmement, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel limité d'écarter une preuve lorsque le risque d'effet préjudiciable induit l'emporte substantiellement sur la valeur probante de la preuve. Finalement, dès que les déclarations sont jugées admissibles, il appartient au juge des faits d'apprécier la preuve présentée et de se prononcer ultimement sur la fiabilité de la preuve par oui-dire en cause. L'application cas par cas de la méthode fondée sur des principes aux déclarations relevant des exceptions reconnues à la règle du oui-dire ne devrait pas être favorisée. Chaque cas peut faire ressortir ou mettre en lumière la nécessité

cipléd approach and the concomitant *voir dire* that it may entail.

While it is the duty of the courts to review common law rules, this duty carries with it a corresponding responsibility to proceed prudently. The usurpation of the traditional hearsay exceptions by the principled approach is not warranted under the current state of our law. Our jurisprudence has recognized the need to relax the hearsay rule to keep it in step with our changing society, specifically our greater appreciation of jurors' abilities. However, the existing common law exceptions should be retained. The principled necessity-reliability analysis, while appropriate where hearsay evidence does not fall within an established exception to the hearsay rule, has not replaced and should not supplant the traditional exceptions to the hearsay rule.

The traditional exceptions are built upon a determination that a threshold of reliability is met in particular instances of hearsay statements. Reliability under the principled approach is similarly restricted to a threshold inquiry. In re-evaluating a hearsay exception, the court must ask whether some reason exists to doubt that the rationale underlying the exception applies in certain circumstances. The scope of this inquiry is restricted; the court should not consider every possible permutation of indicators of reliability or unreliability. The only time a court should entertain a challenge to an existing exception is where there are facts, generally applicable to a class of persons, which weaken the theoretical justification for the exception. While in principle the trial judge's residual discretion to exclude admissible evidence where its prejudicial effect substantially outweighs its probative value could, in appropriate circumstances, apply to evidence falling within an exception to the hearsay rule, this point was not addressed in the Court of Appeal and was not argued before this Court.

Since the Crown sought to use C's statement to G as proof of the truth of its contents, it is hearsay. The statement falls squarely within the "present intentions" exception to the hearsay rule. An 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. A requirement that the statement must appear

de modifier une exception traditionnelle particulière, mais il n'y a pas lieu d'assujettir chaque élément de preuve qui relève d'une exception traditionnelle à la méthode fondée sur des principes et au *voir-dire* concomitant qu'elle peut nécessiter.

Bien qu'il incombe aux tribunaux de réviser les règles de common law, ce devoir comporte la responsabilité correspondante d'agir avec prudence. L'empiètement de la méthode fondée sur des principes sur les exceptions traditionnelles n'est pas justifié selon l'état actuel de notre droit. Notre jurisprudence a reconnu la nécessité d'assouplir la règle du *ouï-dire* pour l'harmoniser avec l'évolution de notre société, particulièrement avec la plus grande considération que nous accordons à la capacité des jurés. Cependant, les exceptions de common law existantes devraient être maintenues. L'analyse de la nécessité et de la fiabilité fondée sur des principes, bien qu'appropriée lorsque la preuve par *ouï-dire* ne relève pas d'une exception établie à la règle du *ouï-dire*, n'a pas remplacé et ne devrait pas supplanter les exceptions traditionnelles à la règle du *ouï-dire*.

Les exceptions traditionnelles reposent sur une décision qu'un seuil de fiabilité est atteint dans le cas de certaines déclarations. L'appréciation de la fiabilité au sens de la méthode fondée sur des principes se limite elle aussi à un examen du seuil de fiabilité. Au moment de réévaluer une exception à la règle du *ouï-dire*, la cour doit se demander s'il y a une raison de douter de l'application du raisonnement sous-jacent à l'exception dans certaines circonstances. La portée de cet examen est limitée; la cour ne devrait pas examiner chaque permutation possible des indices de fiabilité ou de non-fiabilité. Une cour ne devrait examiner la contestation d'une exception existante qu'en présence de faits, généralement applicables à une catégorie de personnes, qui minent la justification théorique de l'exception. Même si, en principe, le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'écarter une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante pouvait, dans des circonstances appropriées, s'appliquer à la preuve qui relève d'une exception à la règle du *ouï-dire*, ce point n'a pas été abordé en Cour d'appel ni débattu devant notre Cour.

Étant donné que le ministère public a tenté d'utiliser la déclaration de C à G comme preuve de la véracité de son contenu, il s'agit de *ouï-dire*. La déclaration relève nettement de l'exception des «intentions existantes» à la règle du *ouï-dire*. Une exception à la règle du *ouï-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. Il n'y a pas lieu d'ajouter une

to have been made in a natural manner and not under circumstances of suspicion should not be added. While statements of intention may be admissible despite the fact that they refer to a joint act, the "present intentions" exception may not be used to infer that a third party acted in accordance with the declarant's stated intention. The trial judge did not err in leaving C's statement of intention to the jury. 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. The Crown did not ask the jury to draw an impermissible inference, and the trial judge did not err in instructing the jury on this issue.

With respect to B's out-of-court identification, while the trial judge may have committed an error by allowing the police officers to testify as to the out-of-court identification, any harm that such evidence may have caused was effectively negated by the trial judge's instructions to the jury. The harm caused by the introduction of the evidence was minimal given other testimony that placed the accused at the gas station before the murders. B's statement that "he was probably driving the other car" could not have suggested that B identified the accused in the town where the murders took place, rather than at the gas station. Given the trial judge's admonition to the jury and the accused's admission of the marginal role that the identification evidence played, there is no reasonable possibility that the verdict would have been different if the alleged error had not been made.

While trial judges are now expected to follow the *Lifchus* model charge, failure to do so in cases tried before *Lifchus* does not constitute reversible error if the charge conveys to the jury the special meaning attached to reasonable doubt. Despite not having the benefit of this Court's decision in *Lifchus*, the trial judge included most of the suggested elements in his charge to the jury. The charge instructed the jurors that a reasonable doubt must not be an imaginary or frivolous doubt; that it is a doubt based upon reason and common sense; that it must be based on the evidence that the jurors heard in the courtroom; and that the Crown is not required to prove its case to absolute certainty. The trial judge's charge was not flawless, in that the trial judge erroneously stated that the words "reasonable doubt" are used in their everyday, ordinary sense and have no special legal meaning. The verdict ought not to be disturbed, however, because the charge, when read as a whole,

exigence selon laquelle la déclaration doit paraître avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses. Bien que les déclarations d'intention puissent être admissibles même si elles font allusion à un acte accompli conjointement, l'exception des «intentions existantes» ne saurait servir à déduire qu'un tiers a donné suite à l'intention explicite du déclarant. Le juge du procès n'a commis aucune erreur en soumettant la déclaration d'intention de C à l'appréciation du jury. 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. Le ministère public n'a pas demandé au jury de faire une déduction inacceptable et le juge du procès n'a commis aucune erreur dans ses directives au jury sur ce point.

Quant à l'identification extrajudiciaire faite par B, même s'il se peut que le juge du procès ait commis une erreur en permettant aux policiers de témoigner au sujet de l'identification extrajudiciaire, tout préjudice que cette preuve peut avoir causé a effectivement été éliminé par les directives du juge du procès au jury. Le préjudice causé par la présentation de cette preuve était minime compte tenu des autres témoignages selon lesquels l'accusé était à la station-service avant les meurtres. La déclaration de B selon laquelle l'accusé «conduisait probablement l'autre automobile» ne pouvait pas laisser entendre que B avait reconnu l'accusé dans la ville où les meurtres ont eu lieu, plutôt qu'à la station-service. Compte tenu de la mise en garde du juge du procès au jury et de la reconnaissance par l'accusé du rôle secondaire joué par la preuve d'identification, il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eut été différent si l'erreur alléguée n'avait pas été commise.

Bien que les juges du procès soient désormais censés suivre le modèle d'exposé de l'arrêt *Lifchus*, l'omission de le faire dans des affaires entendues avant l'arrêt *Lifchus* ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision, si l'exposé transmet au jury le sens particulier qui est prêté au doute raisonnable. Bien qu'il n'ait pas bénéficié de la décision de notre Cour dans l'affaire *Lifchus*, le juge du procès a inclus la plupart des éléments proposés dans son exposé au jury. L'exposé indiquait aux jurés qu'un doute raisonnable ne doit pas être imaginaire ou frivole, que c'est un doute fondé sur la raison et le bon sens, qu'il doit reposer sur la preuve que les jurés ont entendue dans la salle d'audience et que le ministère public n'est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue. L'exposé du juge du procès n'était pas sans lacunes du fait que le juge y a affirmé à tort que les mots «doute raisonnable» sont utilisés dans leur sens ordinaire de tous les jours et n'ont

makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply. The charge communicated clearly to the jury that they could not find the accused guilty on a balance of probabilities. Moreover, the charge made it clear to them that the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably linked to the presumption of innocence and that this burden never shifts to the accused. In light of the trial judge's compliance with the bulk of the principles enunciated in *Lifchus*, the charge was not automatically vitiated by the failure to include a specific item mentioned in *Lifchus* or by the inclusion of an improper item.

Per McLachlin C.J. and Bastarache J. (dissenting): L'Heureux-Dubé J.'s reasons on the issues of B's out-of-court identification and the charge to the jury on reasonable doubt were agreed with, as were her findings that the victim C's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later the night of the murder was admissible and that the trial judge's charge to the jury adequately warned them of the dangers associated with this evidence.

The following principles govern the admissibility of hearsay evidence: (1) Hearsay evidence is admissible if it falls under an exception to the hearsay rule; (2) The exceptions can be interpreted and reviewed as required to conform to the values of necessity and reliability that justify exceptions to the hearsay rule; (3) Where the evidence is admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may still refuse to admit the evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value; (4) Where evidence is not admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may admit it provided that necessity and reliability are established. C's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later that night is a statement of present intention. Statements of present intention presented for the truth of their contents (i.e., to permit inferences as to what the person in fact did) are admissible, provided they were not made in circumstances of suspicion. There were no circumstances of suspicion here that precluded the trial judge from admitting C's statement that he was doing an Autopac scam with the accused later that night. The statement should accordingly be admitted as evidence of what the deceased intended to do at the time he made the statement. While a statement of joint intention

pas de sens juridique particulier. Cependant, le verdict n'a pas à être cassé puisque l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas avoir mal compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquaient. L'exposé indiquait clairement au jury qu'il ne pouvait pas conclure à la culpabilité de l'accusé selon la prépondérance des probabilités. De plus, l'exposé a indiqué clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d'innocence et que ce fardeau ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé. Compte tenu du fait que le juge du procès a respecté la plupart des principes énoncés dans l'arrêt *Lifchus*, l'exposé n'était pas automatiquement invalidé par l'omission d'inclure un élément particulier mentionné dans l'arrêt *Lifchus* ou par l'inclusion d'un élément inapproprié.

Le juge en chef McLachlin et le juge Bastarache (dissidents): Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sur les questions de l'identification extrajudiciaire par B et sur l'exposé au jury sur le doute raisonnable sont acceptés, tout comme le sont ses conclusions voulant que la déclaration de la victime C, selon laquelle ce dernier avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard la nuit du meurtre, était admissible et que, dans son exposé au jury, le juge du procès a suffisamment mis en garde le jury contre les dangers liés à cet élément de preuve.

Les principes suivants régissent l'admissibilité de la preuve par ouï-dire: (1) la preuve par ouï-dire est admissible si elle relève d'une exception à la règle du ouï-dire; (2) les exceptions peuvent être interprétées et révisées au besoin afin d'en assurer la conformité aux valeurs de nécessité et de fiabilité qui justifient les exceptions à la règle du ouï-dire; (3) lorsque la preuve est admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut tout de même refuser de l'admettre si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante; (4) lorsque la preuve n'est pas admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut l'admettre pourvu que l'on en ait établi la nécessité et la fiabilité. La déclaration de C, selon laquelle il avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là, est une déclaration d'intention existante. Les déclarations d'intention existante présentées comme preuve de la véracité de leur contenu (c'est-à-dire pour permettre de faire des déductions quant à ce que la personne a réellement fait) sont admissibles pourvu qu'elles n'aient pas été faites dans des circonstances douteuses. Il n'y avait pas de circonstances douteuses en l'espèce qui empêchaient le juge du procès d'admettre la déclaration de C, selon laquelle il allait frauder l'Autopac avec l'accusé plus

cannot support an inference as to the state of mind of the third party, in some circumstances it can be fairly considered along with other evidence in deciding what the third party did. C's statement may thus be viewed as one piece of circumstantial evidence supporting the inference that the accused was with C later that night. It may be that where the only source of inference as to the third party's conduct is the statement of joint intention, it would be unsafe to permit the jury to rely on it for that purpose. When this occurs, the jury should be so directed. This was not such a case; the statement was merely one of a matrix of circumstances that the jury could consider in determining whether the accused met C later that night as C stated was their common intention. Accordingly, the trial judge was not required to tell the jury that they could not consider the statement on the question of what the accused in fact did. While a more complete warning as to the danger of drawing inferences on actual conduct from statements of joint intention would have been preferable, the trial judge's instruction to the jury that it was "for [them] to decide whether the evidence of [C's] statement about the scam goes as far as the Crown would have [them] believe" could have left the jury in no doubt that they must not facilely jump from C's statement to the conclusion that C and the accused actually met later that evening. The matter was fairly put to the jury and no new trial is required on this ground.

tard cette nuit-là. Par conséquent, il y a lieu d'admettre la déclaration comme preuve de ce que la personne décédée avait l'intention de faire au moment où elle a fait cette déclaration. Même si elle ne peut pas étayer une déduction relative à l'état d'esprit du tiers, dans certaines circonstances, la déclaration d'intention commune peut, à juste titre, être prise en considération conjointement avec d'autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait. La déclaration de C peut donc être considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui étaye la déduction que l'accusé s'est retrouvé avec C plus tard cette nuit-là. Il se peut que, si la déclaration d'intention commune est le seul élément à partir duquel des déductions concernant la conduite du tiers peuvent être faites, il soit risqué de permettre au jury de l'utiliser à cette fin. Le cas échéant, le jury devrait recevoir des directives en ce sens. Tel n'a pas été le cas en l'espèce; la déclaration ne portait que sur un ensemble de circonstances dont le jury pouvait tenir compte pour déterminer si l'accusé avait rencontré C plus tard cette nuit-là, comme ils avaient l'intention commune de le faire selon ce qu'a déclaré C. Le juge du procès n'était donc pas tenu de dire aux membres du jury qu'ils ne pourraient pas tenir compte de la déclaration pour déterminer ce que l'accusé a fait en réalité. Même s'il avait été préférable de faire une mise en garde plus complète au sujet du danger de se servir de déclarations d'intention commune pour faire des déductions concernant la conduite adoptée, la directive que le juge du procès a donnée aux membres du jury, selon laquelle il leur «appart[enait] de décider si la preuve de la déclaration de [C] au sujet de la fraude [allait] aussi loin que le ministère public vou[la]it [leur] faire croire», ne laissait planer dans leur esprit aucun doute qu'ils ne devaient pas s'empresse de conclure de la déclaration de C que ce dernier et l'accusé se sont effectivement rencontrés plus tard cette nuit-là. La question a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury et la tenue d'un nouveau procès n'est pas requise pour ce motif.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; **referred to:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. v. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *Giles v. United States*, 432 A.2d 739 (1981); *United States v. Brown*, 490 F.2d 758 (1973); *People v. Madson*, 638 P.2d 18 (1981); *Shepard v. United States*,

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt appliqué: *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; **arrêts mentionnés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. c. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *Giles c. United States*, 432 A.2d 739 (1981); *United States c. Brown*, 490 F.2d 758 (1973); *People c. Madson*, 638 P.2d 18 (1981); *Shepard*

290 U.S. 96 (1933); *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, rev'g (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Kelly* (1999), 213 N.B.R. (2d) 1; *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236; *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d) 154; *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *Wepruk* (*Guardian ad litem of*) *v. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273; *R. v. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533; *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. v. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263; *R. v. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196; *R. v. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. v. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. x; *M. (L.N.) v. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194; *Neufeld v. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150; *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. v. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. v. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678; *R. v. Carriere* (1986), 40 Man. R. (2d) 150; *R. v. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277; *R. v. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. v. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154; *Hildebrand v. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234; *R. v. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232; *R. v. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561; *R. v. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351; *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555; *Great West Uranium Mines Ltd. v. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307; *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1; *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *R. v. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555; *R. v. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th)

c. United States, 290 U.S. 96 (1933); *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, inf. (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Kelly* (1999), 213 R.N.-B. (2e) 1; *R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286; *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *Wepruk* (*Guardian ad litem of*) *c. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273; *R. c. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533; *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. c. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263; *R. c. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196; *R. c. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514; *R. c. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. x; *M. (L.N.) c. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194; *Neufeld c. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150; *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. c. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. c. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678; *R. c. Carriere* (1986), 40 Man. R. (2d) 150; *R. c. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277; *R. c. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. c. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154; *Hildebrand c. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234; *R. c. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232; *R. c. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561; *R. c. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351; *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555; *Great West Uranium Mines Ltd. c. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307; *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1; *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172; *R. c. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555; *R. c. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th)

221; *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Collins v. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215; *R. v. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139; *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *United States v. Pheaster*, 544 F.2d 353 (1976); *People v. Alcalde*, 148 P.2d 627 (1944); *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon, 145 U.S. 285 (1892); *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).
Evidence Act 1995 (Austl.), 1995, No. 2, ss. 59-75.
Federal Rules of Evidence, Rules 105, 801 et seq.

Authors Cited

Archibald, Bruce P. "The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?" (1999), 25 *Queen's L.J.* 1.
 Blok, Murray B. "The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, "Hearsay Today, Gone Tomorrow")" (1993), 51 *Advocate* 675.
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
 Carter, P. B. "Hearsay: Whether and Whither?" (1993), 109 *L.Q.R.* 573.
 Choo, Andrew L.-T. *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.
Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
 Delisle, R. J. "B. (K.G.) and Its Progeny" (1998), 14 C.R. (5th) 75.
 Delisle, R. J. "*R. v. Smith*: The Relevance of Hearsay" (1991), 2 C.R. (4th) 260.
 Ireland. Law Reform Commission. "The Rule Against Hearsay". In *Reports*, vol. 2. Dublin: The Commission, 1979, 105.
 Kiesel, Diane. "One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the *Hillmon* Doctrine" (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699.
 MacCrimmon, Marilyn T. "Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality" (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269.

221; *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Collins c. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215; *R. c. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139; *Home c. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750; *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892); *United States c. Pheaster*, 544 F.2d 353 (1976); *People c. Alcalde*, 148 P.2d 627 (1944); *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente)

Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon, 145 U.S. 285 (1892); *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Evidence Act 1995 (Aust.), 1995, No. 2, art. 59 à 75.
Federal Rules of Evidence, règles 105, 801 et suiv.

Doctrine citée

Archibald, Bruce P. «The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?» (1999), 25 *Queen's L.J.* 1.
 Blok, Murray B. «The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, "Hearsay Today, Gone Tomorrow")» (1993), 51 *Advocate* 675.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
 Carter, P. B. «Hearsay: Whether and Whither?» (1993), 109 *L.Q.R.* 573.
 Choo, Andrew L.-T. *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
Cross and Tapper on Evidence, 9th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1999.
Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
 Delisle, R. J. «B. (K.G.) and Its Progeny» (1998), 14 C.R. (5th) 75.
 Delisle, R. J. «*R. v. Smith*: The Relevance of Hearsay» (1991), 2 C.R. (4th) 260.
 Irlande. Law Reform Commission. «The Rule Against Hearsay». In *Reports*, vol. 2. Dublin: The Commission, 1979, 105.
 Kiesel, Diane. «One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the *Hillmon* Doctrine» (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699.
 MacCrimmon, Marilyn T. «Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality» (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269.

- Maguire, John MacArthur. "The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After" (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709.
- Marin, André. "How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications" (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.
- McCormick on Evidence*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.
- McCrea, Patricia McNeill. "Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — Implications for Preliminary Hearing Recantations" (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2000, release 24).
- Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Oleskiw, Diane. "Recent Developments in the Law of Hearsay" (1994), 1 *Crown's Newsletter* 37.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.
- Paciocco, David M. "The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration". In William Kaplan, Jeffrey Sack and Morley Gunderson, eds., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*. Toronto: Lancaster House, 1995, 123.
- Phipson on Evidence*, 12th ed. By John Huxley Buzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976 (supplemented to 1980).
- Phipson on Evidence*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Prithipaul, Ravi. "Observations on the Current Status of the Hearsay Rule" (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84.
- Rosenberg, Marc. "B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes" (1993), 19 C.R. (4th) 69.
- Rosenberg, Marc. "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules" (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421.
- Rowse, Derek. "Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?" (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. "Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*" (1998), 3 *Can. Crim. L. Rev.* 61.
- Stuesser, Lee. "R. v. B. (K.G.): Prior Inconsistent Statements as Truth" (1991), 5 C.R. (4th) 373.
- Then, Edward. "Dying Declarations Following *Khan* and *Smith*: Are They Necessarily Reliable?". In Maguire, John MacArthur. "The *Hillmon* Case — Thirty-Three Years After" (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709.
- Marin, André. "How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B.* Applications" (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.
- McCormick on Evidence*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.
- McCrea, Patricia McNeill. "Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — Implications for Preliminary Hearing Recantations" (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2000, release 24).
- Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Oleskiw, Diane. "Recent Developments in the Law of Hearsay" (1994), 1 *Crown's Newsletter* 37.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ministère du Procureur général, 1976.
- Paciocco, David M. "The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration". In William Kaplan, Jeffrey Sack and Morley Gunderson, eds., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*. Toronto: Lancaster House, 1995, 123.
- Phipson on Evidence*, 12th ed. By John Huxley Buzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1976 (supplemented to 1980).
- Phipson on Evidence*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Prithipaul, Ravi. "Observations on the Current Status of the Hearsay Rule" (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84.
- Rosenberg, Marc. "B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes" (1993), 19 C.R. (4th) 69.
- Rosenberg, Marc. "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules" (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421.
- Rowse, Derek. "Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?" (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294.
- Royaume-Uni. Law Commission. Consultation Paper No. 138. *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*. London: HMSO, 1995.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Stewart, Hamish. "Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*" (1998), 3 *Rev. can. D.P.* 61.

- National Criminal Law Program: Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 6.5.
- Thompson, D. A. Rollic. "The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woosle" (1995), 37 C.R. (4th) 282.
- United Kingdom. Law Commission. Consultation Paper No. 138. *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*. London: HMSO, 1995.
- Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown, 1983.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1976.
- Wood, Josiah. "Hearsay — Necessity and Reliability" (1997), 20 *Prov. Judges J.* 5.
- Younger, Irving. *An Irreverent Introduction to Hearsay*. Chicago: American Bar Association, Section of Litigation, 1977.
- Stuesser, Lee. «*R. v. B. (K.G.)*: Prior Inconsistent Statements as Truth» (1991), 5 C.R. (4th) 373.
- Then, Edward. «Dying Declarations Following *Khan* and *Smith*: Are They Necessarily Reliable?». In *National Criminal Law Program: Criminal Evidence*, vol. 1. Vancouver: Federation of Law Societies of Canada, 1994, section 6.5.
- Thompson, D. A. Rollic. «The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woosle» (1995), 37 C.R. (4th) 282.
- Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown, 1983.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1976.
- Wood, Josiah. «Hearsay — Necessity and Reliability» (1997), 20 *Journal des juges provinciaux* 5.
- Younger, Irving. *An Irreverent Introduction to Hearsay*. Chicago: American Bar Association, Section of Litigation, 1977.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1998), 123 C.C.C. (3d) 145, 123 Man. R. (2d) 292, 159 W.A.C. 292, [1998] M.J. No. 80 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on two counts of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

G. Greg Brodsky, Q.C., and Anthony H. Dalmyn, for the appellant.

Gregg Lawlor, for the respondent.

Bernard Laprade and Silvie Kovacevich, for the interveners the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Jamie C. Klukach*, for the interveners the Attorney General for Ontario.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1998), 123 C.C.C. (3d) 145, 123 Man. R. (2d) 292, 159 W.A.C. 292, [1998] M.J. No. 80 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

G. Greg Brodsky, c.r., et Anthony H. Dalmyn, pour l'appelant.

Gregg Lawlor, pour l'intimée.

Bernard Laprade et Silvie Kovacevich, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Jamie C. Klukach*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alexander Budlovsky and Marian K. Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — I agree with Justice L'Heureux-Dubé on the issues of Ms. Ball's out-of-court identification and the charge to the jury on reasonable doubt. I also agree that the victim Cook's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later the night of the murder was admissible and that the trial judge's charge to the jury adequately warned them of the dangers associated with this evidence. Accordingly, I would dismiss the appeal. However, I would deal with the hearsay issue relating to the victim's statement of intention somewhat differently than either of my colleagues.

In my view, the following principles govern the admissibility of hearsay evidence:

1. Hearsay evidence is admissible if it falls under an exception to the hearsay rule;
2. The exceptions can be interpreted and reviewed as required to conform to the values of necessity and reliability that justify exceptions to the hearsay rule;
3. Where the evidence is admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may still refuse to admit the evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value;
4. Where evidence is not admissible under an exception to the hearsay rule, the judge may admit it provided that necessity and reliability are established.

In short, the common law exceptions to the hearsay rule remain the law, as interpreted and updated to conform to the twin requirements of necessity and reliability. Additionally, evidence not falling within an exception may be admitted if

Alexander Budlovsky et Marian K. Brown, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et du juge Bastarache rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissidente) — Je partage l'avis de Madame le juge L'Heureux-Dubé sur les questions de l'identification extrajudiciaire par M^{me} Ball et de l'exposé au jury sur le doute raisonnable. Je conviens également que la déclaration de la victime Cook, selon laquelle ce dernier avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard la nuit du meurtre, était admissible et que, dans son exposé au jury, le juge du procès a suffisamment mis en garde le jury contre les dangers liés à cet élément de preuve. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Toutefois, j'aborde quelque peu différemment de mes collègues la question de ouï-dire concernant la déclaration d'intention de la victime.

Selon moi, les principes suivants régissent l'admissibilité de la preuve par ouï-dire:

1. La preuve par ouï-dire est admissible si elle relève d'une exception à la règle du ouï-dire;
2. Les exceptions peuvent être interprétées et révisées au besoin afin d'en assurer la conformité aux valeurs de nécessité et de fiabilité qui justifient les exceptions à la règle du ouï-dire;
3. Lorsque la preuve est admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut tout de même refuser de l'admettre si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante;
4. Lorsque la preuve n'est pas admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, le juge peut l'admettre pourvu que l'on en ait établi la nécessité et la fiabilité.

Bref, les exceptions de common law à la règle du ouï-dire restent applicables, telles qu'elles sont interprétées et mises à jour de manière à être conformes à la double exigence de nécessité et de fiabilité. En outre, la preuve qui ne relève pas d'une

the requirements of necessity and reliability are established. This retains the certainty and predictability associated with the common law exceptions to the hearsay rule and avoids the need to hold a *voir dire* when evidence falls within an established exception. At the same time, it permits the exceptions to evolve and evidence outside the exceptions to be admitted where necessity and circumstantial guarantees of reliability exist. As with all evidence, the trial judge has an overriding discretion to exclude the evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value.

exception peut être admise si les conditions de nécessité et de fiabilité sont remplies. Cela permet de maintenir la certitude et la prévisibilité liées aux exceptions de common law à la règle du ouï-dire, tout en dispensant de tenir un *voir-dire* lorsque la preuve relève d'une exception établie. Cela permet, du même coup, aux exceptions d'évoluer et à la preuve non visée par les exceptions d'être admise si c'est nécessaire et s'il existe des garanties circonstancielles de fiabilité. Comme il peut le faire à l'égard de tout élément de preuve, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante.

4 Applying these rules to this case, the first question is whether an established exception to the hearsay rule applies to the evidence at issue. The answer in this case is yes. The victim's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused later that night is a statement of present intention. Statements of present intention constitute a long-recognized exception to the rule against admitting hearsay evidence.

Si on applique ces règles à la présente affaire, la première question qui se pose est de savoir si une exception reconnue à la règle du ouï-dire s'applique à la preuve en cause. La réponse à cette question est affirmative en l'espèce. La déclaration de la victime, selon laquelle elle avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là, est une déclaration d'intention existante. Les déclarations d'intention existante constituent une exception reconnue depuis longtemps à la règle interdisant l'admission de la preuve par ouï-dire.

5 The next question concerns the ambit of the exception of statements of present intention. Here my colleagues differ. L'Heureux-Dubé J. holds that all statements of present intention are admissible. Iacobucci J., following Professor Wigmore's formulation of the exception, holds that statements of present intention are admissible, unless made in circumstances of suspicion. Canadian law has not yet settled this question.

L'autre question qui se pose concerne la portée de l'exception des déclarations d'intention existante. Mes collègues ont des opinions divergentes sur ce point. Madame le juge L'Heureux-Dubé conclut que toutes les déclarations d'intention existante sont admissibles. Le juge Iacobucci, qui adopte la formulation que le professeur Wigmore donne de l'exception, conclut que les déclarations d'intention existante sont admissibles, sauf si elles sont faites dans des circonstances douteuses. Le droit canadien n'a pas encore réglé cette question.

6 Interpreting the exception in light of the underlying requirements of necessity and reliability, I share Iacobucci J.'s view that statements of present intention presented for the truth of their contents (i.e., to permit inferences as to what the person in fact did) are admissible, provided they were not made in circumstances of suspicion. Contemporaneity is cited as providing a guarantee of trustworthiness for statements of present intention. In the

Interprétant l'exception à la lumière des exigences sous-jacentes de nécessité et de fiabilité, je partage l'avis du juge Iacobucci que les déclarations d'intention existante présentées comme preuve de la véracité de leur contenu (c'est-à-dire pour permettre de faire des déductions quant à ce que la personne a réellement fait) sont admissibles pourvu qu'elles n'aient pas été faites dans des circonstances douteuses. La contemporanéité est con-

normal course, the words are contemporaneous with a present intention to do that act. If a person as she heads out the door says, "I'm going to the store", there is every reason to believe that is what she intends to do. This flows from the fact that in the great majority of cases, people making such statements actually intend to do the indicated act. The statement of intention is admitted as a statement of mental condition: inferences that may be drawn as to whether the intended act occurred are another matter: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), at §1725, p. 139; R. J. Delisle: "*R. v. Smith: The Relevance of Hearsay*" (1991), 2 C.R. (4th) 260, at p. 264.

The reason statements of present intention are generally reliable indicators of the speaker's "present" or contemporaneous state of mind was captured by Gray J. in *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), at p. 299, quoting Beasley C.J. in *Hunter v. State*, 40 N.J.L.:

In the ordinary course of things, it was the usual information that a man about leaving home would communicate, for the convenience of his family, the information of his friends, or the regulation of his business. At the time it was given, such declarations could, in the nature of things, mean harm to no one; he who uttered them was bent on no expedition of mischief or wrong, and the attitude of affairs at the time entirely explodes the idea that such utterances were intended to serve any purpose but that for which they were obviously designed. . . . At the time the words were uttered . . . the reference to the companion who was to go with him was nothing more, as matters then stood, than an indication of an additional circumstance of his going.

Sometimes, however, statements of intention may not reflect the actual present intention of the speaker. The circumstances may suggest that the speaker had reason to lie about his or her intentions. In such cases, the circumstantial guarantee of trustworthiness that underlies the exception disappears. This is why Wigmore held that the excep-

sidérée comme fournissant une garantie de fiabilité des déclarations d'intention existante. Normalement, les mots sont prononcés lorsqu'il y a une intention existante d'accomplir l'acte en cause. Si une personne affirme «Je vais au magasin», en se dirigeant vers la porte, tout porte à croire que c'est ce qu'elle a l'intention de faire. Cela découle du fait que, dans la plupart des cas, les personnes qui font de telles déclarations ont vraiment l'intention d'accomplir l'acte dont elles parlent. La déclaration d'intention est admise en tant que déclaration d'état d'esprit: les déductions possibles quant à savoir si l'acte projeté a été accompli sont une autre question: *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), au § 1725, p. 139; R. J. Delisle, «*R. v. Smith: The Relevance of Hearsay*» (1991), 2 C.R. (4th) 260, à la p. 264.

La raison pour laquelle les déclarations d'intention existante sont généralement des indications fiables de l'état d'esprit «existant» ou contemporain de leur auteur a été exposée par le juge Gray dans *Mutual Life Insurance Co. c. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), à la p. 299, alors qu'il citait le juge en chef Beasley dans *Hunter c. State*, 40 N.J.L.:

[TRADUCTION] Il s'agissait normalement des renseignements habituels qu'un homme qui s'appête à quitter son domicile communiquerait pour rendre service à sa famille, pour informer ses amis ou pour gérer son entreprise. Au moment où elles ont été faites, ces déclarations ne pouvaient pas, dans l'ordre des choses, se vouloir préjudiciables à qui que ce soit; celui qui les a faites n'était pas résolu à accomplir un méfait ni à faire du tort, et le contexte qui régnait à l'époque écarte entièrement l'idée que ces déclarations étaient faites dans un but autre que celui auquel elles se rapportaient manifestement [. . .] Au moment où les paroles ont été prononcées [. . .] la mention du compagnon qui devait l'accompagner n'était alors rien de plus que l'indication d'un autre fait entourant son départ.

Cependant, il peut parfois arriver que des déclarations d'intention ne reflètent pas véritablement l'intention existante de leur auteur. Les circonstances peuvent indiquer que la personne qui s'exprimait avait des raisons de mentir au sujet de ses intentions. Dans de tels cas, la garantie circonstancielle de fiabilité qui sous-tend l'exception dispa-

tion did not apply where the circumstances cast suspicion on whether the statement of intention represented the speaker's actual intention. Where circumstances of suspicion exist, the presumption of reliability that normally underlies the exception is removed, and it would be inconsistent with the principles underlying the exceptions to the hearsay rule to admit the evidence. (Given the presumption of reliability underlying the exception, it falls to the person opposing the evidence to show circumstances of suspicion.) For this reason, I agree with Iacobucci J. that the statements of present intention are admissible, absent circumstances of suspicion.

raît. C'est pourquoi Wigmore a conclu que l'exception ne s'appliquait pas lorsque les circonstances soulevaient un doute quant à savoir si la déclaration d'intention reflétait la véritable intention de son auteur. En présence de circonstances douteuses, la présomption de fiabilité qui sous-tend normalement l'exception disparaît et admettre la preuve serait incompatible avec les principes sous-jacents des exceptions à la règle du oui-dire. (Compte tenu de la présomption de fiabilité qui sous-tend l'exception, il incombe à la personne qui s'oppose à l'admission de la preuve de démontrer l'existence de circonstances douteuses.) Pour ce motif, je partage l'avis du juge Iacobucci que les déclarations d'intention existante sont admissibles en l'absence de circonstances douteuses.

9

This brings us to the question of whether there were circumstances of suspicion here that precluded the trial judge from admitting the victim's statement that he was doing an Autopac scam with the accused later that night. The majority of the Court of Appeal held there were not. Iacobucci J., by contrast, finds there were. I find myself in agreement with the Court of Appeal. The victim Cook, who had another woman and two other people in his car, encountered his girlfriend at a service station. They conversed. He told her that he was going to do an Autopac scam with the accused later that night. They parted. The question is whether the circumstances of this encounter cast suspicion on whether the victim's statement represented his actual intention at the time he spoke. It is argued that the circumstances suggest that he may have made up the Autopac scam story to explain or offset the presence of another woman in his car. It is not clear to me how the statement that he intended to do an Autopac scam with the accused explains why another woman would be in the car with him. Nor is it clear how the statement countered the suggestion that the victim was romantically involved with the woman in the car. It begs the question, "If you are doing an Autopac scam with someone else later tonight, why are you with this woman?" If the victim had said he intended to do the scam with the woman, it might have attracted suspicion as to whether it repre-

Cela nous amène à la question de savoir s'il y avait des circonstances douteuses en l'espèce qui empêchaient le juge du procès d'admettre la déclaration de la victime, selon laquelle elle allait frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là. La Cour d'appel à la majorité a conclu à l'absence de telles circonstances. Par contre, le juge Iacobucci conclut le contraire. Je partage l'avis de la Cour d'appel. La victime Cook, qui avait fait monter une femme et deux autres personnes dans sa voiture, a rencontré son amie de cœur à une station-service. Ils ont discuté. Il lui a dit qu'il allait frauder l'Autopac avec l'accusé plus tard cette nuit-là. Ils se sont séparés. La question est de savoir si les circonstances de cette rencontre soulèvent un doute quant à savoir si, au moment où elle a été faite, la déclaration de la victime reflétait la véritable intention de cette dernière. On prétend qu'il se peut, d'après les circonstances, que Cook ait inventé l'histoire de la fraude de l'Autopac pour expliquer ou atténuer la présence d'une autre femme dans la voiture. Je ne vois pas comment la déclaration qu'il avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé explique pourquoi une autre femme se trouvait dans la voiture avec lui. Je ne vois pas non plus comment cette déclaration contredisait l'idée que la victime avait une relation amoureuse avec la femme se trouvant dans la voiture. Cela entraîne la question suivante: «Si tu es sur le point de frauder l'Autopac avec quelqu'un

sented his actual intentions. But that is not what occurred. Accordingly, I would admit the statement as evidence of what the deceased intended to do at the time he made the statement.

Iacobucci J. argues that the statement is not admissible for a second reason — because the statement involves the intention to do a joint act with a third person, the accused. In my view, this goes not to admissibility, but to the inferences which may be drawn from the statement. However, my colleague goes on to argue that no inference as to what the accused did can be drawn from the statement, and that the jury should have been so instructed.

It is common ground that the trial judge must give the jury appropriate instructions on how the jury may use hearsay evidence: *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 38. It is also beyond dispute that if failure to give such instructions renders the trial unfair, a new trial must be ordered.

Two issues arise: (1) Should the trial judge have told the jury they could not draw an inference from Cook's statement as to the accused's conduct? and (2) If not, should the trial judge have specifically warned the jury about the danger of making such an inference?

On the first issue, my colleagues suggest that a jury can never infer what a person other than the speaker did from a statement of joint intention. I would not state the matter so categorically. Certainly, such a statement cannot support an inference as to the state of mind of the third party. However, in some circumstances the statement of joint intention can be fairly considered along with other evidence in deciding what the third party did. The declarant's state of mind may be one piece of evidence amongst others for the jury to consider in determining what happened. Viewed thus, Cook's

d'autre plus tard cette nuit, que fais-tu avec cette femme?» Si la victime avait dit qu'elle avait l'intention de commettre la fraude avec cette femme, il y aurait pu y avoir des doutes quant à savoir si c'était là sa véritable intention. Mais ce n'est pas ce qui s'est produit. Par conséquent, je suis d'avis d'admettre la déclaration comme preuve de ce que la personne décédée avait l'intention de faire au moment où elle a fait cette déclaration.

Le juge Iacobucci prétend que la déclaration n'est pas admissible pour un deuxième motif — parce qu'elle indique l'intention d'accomplir un acte conjointement avec un tiers, l'accusé. J'estime que cela concerne non pas l'admissibilité, mais plutôt les déductions qui peuvent être faites de la déclaration. Cependant, mon collègue ajoute que la déclaration ne peut pas servir à déduire ce que l'accusé a fait, et que le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens.

Il est reconnu que le juge du procès doit donner aux membres du jury des directives appropriées sur les fins auxquelles ils peuvent utiliser la preuve par ouï-dire: *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 38. Il est également incontesté que, si l'omission de donner ces directives rend le procès inéquitable, un nouveau procès doit être ordonné.

Deux questions se posent: (1) Le juge du procès aurait-il dû dire aux membres du jury qu'ils ne pourraient pas se servir de la déclaration de Cook pour faire une déduction au sujet de la conduite de l'accusé? (2) Dans la négative, le juge du procès aurait-il dû mettre le jury expressément en garde contre le danger de faire une telle déduction?

En ce qui concerne la première question, mon collègue affirme qu'un jury ne peut jamais déduire, à partir d'une déclaration d'intention commune, ce qu'a fait une personne autre que le déclarant. Je ne serais pas aussi catégorique à ce propos. Une telle déclaration ne peut sûrement pas étayer une déduction relative à l'état d'esprit du tiers. Toutefois, dans certaines circonstances, la déclaration d'intention commune peut, à juste titre, être prise en considération conjointement avec d'autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait. L'état d'esprit du déclarant peut constituer

10

11

12

13

statement may be viewed as one piece of circumstantial evidence supporting the inference that Starr was with the deceased later that night. The cases to which we have been referred, other than some American cases, do not go so far as to say that statements of joint intention can never be used on the issue of what the third party did.

l'un des éléments de preuve que le jury peut prendre en considération pour déterminer ce qui s'est produit. À cet égard, la déclaration de Cook peut être considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui étaye la déduction que Starr s'est retrouvé avec la victime plus tard cette nuit-là. La jurisprudence qui nous a été mentionnée, autre que certaines décisions américaines, ne va pas jusqu'à préciser que les déclarations d'intention commune ne peuvent jamais servir à déterminer ce que le tiers a fait.

14 This said, it may be that where the only source of inference as to the third party's conduct is the statement of joint intention, it would be unsafe to permit the jury to rely on it for that purpose. When this occurs, the jury should be so directed. In my opinion, this was not such a case; the statement was merely one of a matrix of circumstances that the jury could consider in determining whether the accused met Cook later that night as Cook stated was their common intention. Accordingly, I conclude that the trial judge was not required to tell the jury that they could not consider the statement on the question of what the accused in fact did.

Cela dit, il se peut que, si la déclaration d'intention commune est le seul élément à partir duquel des déductions concernant la conduite du tiers peuvent être faites, il soit risqué de permettre au jury de l'utiliser à cette fin. Le cas échéant, le jury devrait recevoir des directives en ce sens. À mon avis, tel n'est pas le cas en l'espèce; la déclaration ne portait que sur un ensemble de circonstances dont le jury pouvait tenir compte pour déterminer si l'accusé avait rencontré Cook plus tard cette nuit-là, comme ils avaient l'intention commune de le faire selon ce qu'a déclaré Cook. Je conclus donc que le juge du procès n'était pas tenu de dire aux membres du jury qu'ils ne pourraient pas tenir compte de la déclaration pour déterminer ce que l'accusé a fait en réalité.

15 The second issue is whether the trial judge in any event should have specifically warned the jury about the danger of using the statement of joint intention as evidence on the issue of what the accused did. To answer this question, we must return to what the trial judge said. The Crown had suggested that the statement of joint intention supported an inference that the accused proposed the scam to the victim as a way to get the victim in an isolated place. After this, the trial judge told the jury that it was "for [them] to decide whether the evidence of Cook's statement about the scam goes as far as the Crown would have [them] believe".

La deuxième question est de savoir si, de toute manière, le juge du procès aurait dû mettre en garde expressément le jury au sujet du danger d'utiliser la déclaration d'intention commune comme preuve de ce que l'accusé a fait. Pour répondre à cette question, il nous faut revenir à ce que le juge du procès a dit. Le ministère public avait prétendu que la déclaration d'intention commune étayait une déduction que l'accusé avait proposé la fraude à la victime dans le but de l'attirer dans un endroit retiré. À la suite de cela, le juge du procès a dit aux jurés qu'il leur [TRADUCTION] «appart[enait] de décider si la preuve de la déclaration de Cook au sujet de la fraude [allait] aussi loin que le ministère public vou[la]it [leur] faire croire».

16 An express instruction about the danger involved in drawing inferences from one person's statement of present intention to what another per-

Il est généralement souhaitable de donner une directive expresse au sujet du danger de se servir de la déclaration d'intention existante d'une per-

son did is generally desirable. However, the issue on appeal is whether the trial judge's instruction in fact conveyed to the jury the need to be careful and not to jump facilely from Cook's statement that he was doing an Autopac scam with the accused that night to the conclusion that the accused in fact met Cook at the proposed site of the scam. I am satisfied that the trial judge's direction accomplished this. The trial judge told the jury that they could use the statement for a hearsay purpose, i.e., in deciding what the accused did. He went on to suggest that they might not wish to draw this inference, notwithstanding the Crown's invitation. The jury thus knew the inference was for them and them alone and that it was one they must carefully consider. While a more complete warning as to the danger of drawing inferences on actual conduct from statements of joint intention would have been preferable, I am satisfied that the trial judge's instruction in this case could have left the jury in no doubt that they must not facilely jump from Cook's statement to the conclusion that Cook and the accused actually met later that evening. The matter was fairly put to the jury and no new trial is required on this ground. On this view, either no error was committed, or if it was, it does not constitute reversible error.

I conclude that the victim Cook's statement that he intended to do an Autopac scam with the accused was admissible as evidence of the victim's present intention, and that the trial judge's instructions sufficed in the circumstances to obviate the danger of impermissible inferences.

In the result, I agree with L'Heureux-Dubé J. that the appeal should be dismissed.

sonne pour faire des déductions concernant ce qu'une autre personne a fait. Cependant, la question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si la directive du juge du procès a, en réalité, incité le jury à faire montre de prudence et à ne pas s'empresse de conclure de la déclaration de Cook, selon laquelle il allait frauder l'Autopac avec l'accusé cette nuit-là, que ce dernier a effectivement rencontré Cook à l'endroit projeté pour commettre la fraude. Je suis convaincue que la directive du juge du procès a eu cet effet. Le juge du procès a dit aux membres du jury qu'ils pourraient se servir de la déclaration à des fins de ouï-dire, c'est-à-dire pour décider ce que l'accusé a fait. Il a ensuite affirmé qu'il se pourrait qu'ils ne veuillent pas faire cette déduction, en dépit de l'invitation du ministère public à le faire. Le jury savait donc qu'il lui appartenait, à lui seul, de faire cette déduction et qu'il lui fallait soigneusement envisager de le faire. Même s'il avait été préférable de faire une mise en garde plus complète au sujet du danger de se servir de déclarations d'intention commune pour faire des déductions concernant la conduite adoptée, je suis persuadée que le juge du procès en l'espèce aurait pu donner une directive qui n'aurait laissé planer dans l'esprit des membres du jury aucun doute qu'ils ne devaient pas s'empresse de conclure de la déclaration de Cook que ce dernier et l'accusé s'étaient effectivement rencontrés plus tard cette nuit-là. La question a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury et la tenue d'un nouveau procès n'est pas requise pour ce motif. À cet égard, aucune erreur n'a été commise ou, si une erreur a été commise, elle ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision.

Je conclus que la déclaration de la victime Cook, selon laquelle il avait l'intention de frauder l'Autopac avec l'accusé, était admissible comme preuve de son intention existante et que, dans les circonstances, les directives du juge du procès suffisaient pour empêcher que des déductions inadmissibles ne soient faites.

En conséquence, je partage l'avis du juge L'Heureux-Dubé qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

- 19 The appellant was convicted at trial before a judge and jury on two counts of first degree murder. He was convicted of killing Bernard (Bo) Cook and Darlene Weselowski by shooting them by the side of a provincial highway on the outskirts of Winnipeg in the early morning hours of August 21, 1994. The Manitoba Court of Appeal ((1998), 123 C.C.C. (3d) 145) upheld the verdict, dismissing the grounds of appeal raised before us. While this case originally came to us as of right, the Court ordered a re-hearing of the appeal and invited submissions on the scope of the present intentions exception to the hearsay rule and on the application of the "principled approach" as set out in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and subsequent cases to the traditional exceptions to the hearsay rule. This case also requires us to explicate and apply the principles regarding a charge to the jury on reasonable doubt as set out by this Court in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

- 20 I have had the benefit of reviewing the reasons of Iacobucci J. and I am unable to agree with his analysis of the issues. While we are both in agreement that the principled approach applies to all hearsay statements, we have very different conceptions as to what this entails.

- 21 Our difference of opinion can be reduced to two crucial points. First, whereas Iacobucci J. would hold that the principled approach must "prevail" over the traditional exceptions to the hearsay rule, I would not endorse such an approach because I believe that it invites challenges to every piece of evidence that falls under a traditional exception. I would hold that the traditional exceptions endure, subject to their categorical re-examination under the principled approach should the issue arise in a proper case. Second, beneath this first disagree-

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

I. Introduction

À son procès devant un juge et un jury, l'appelant a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré, soit d'avoir tué Bernard (Bo) Cook et Darlene Weselowski en les abattant sur l'accotement d'une route provinciale aux abords de Winnipeg, aux petites heures du matin, le 21 août 1994. La Cour d'appel du Manitoba ((1998), 123 C.C.C. (3d) 145) a maintenu le verdict et rejeté les moyens d'appel qui sont maintenant soulevés devant nous. Bien que le présent pourvoi ait été formé de plein droit au départ, notre Cour a ordonné une nouvelle audition et a invité les parties à lui soumettre des arguments sur la portée de l'exception des intentions existantes à la règle du oui-dire et sur l'application de la «méthode fondée sur des principes», énoncée dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et d'autres arrêts subséquents, aux exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire. La présente affaire nous oblige, en outre, à expliciter et à appliquer les principes relatifs à l'exposé au jury sur le doute raisonnable, que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

J'ai pris connaissance des motifs du juge Iacobucci et je ne puis souscrire à son analyse des questions en litige. Bien que nous convenions tous deux que la méthode fondée sur des principes s'applique à tout oui-dire, nous avons des conceptions très différentes de ce que cela implique.

Notre divergence d'opinions porte essentiellement sur deux points cruciaux. En premier lieu, alors que le juge Iacobucci est d'avis que la méthode fondée sur des principes doit «l'emporter» sur les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire, je ne saurais être d'accord parce que j'estime qu'il invite à contester tout élément de preuve qui relève d'une exception traditionnelle. Selon moi, les exceptions traditionnelles continuent de s'appliquer, sous réserve de leur réexamen par catégorie selon la méthode fondée sur des prin-

ment lie two very different conceptions of what the threshold reliability analysis under the principled approach entails. As demonstrated by his analysis of the hearsay statements in this case, Iacobucci J. would require the trial judge to determine the credibility of the hearsay declarant at the threshold stage. I believe that such determinations encroach on the trier of fact's determination of ultimate reliability. Moreover, I believe that the traditional exceptions already incorporate a finding of threshold reliability and the trial judge need not engage in the type of reliability determination favoured by Iacobucci J. on a "threshold" inquiry of evidence that falls within a traditional exception to the hearsay rule.

The end result of Iacobucci J.'s approach is an open invitation to challenge previously admissible hearsay evidence. I do not believe that this approach flows from our previous decisions in *Khan, supra*, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915. These cases were not about the exceptions to the hearsay rule but about expanding the scope of admissible evidence beyond the boundaries of the traditional categories. They accepted the traditional exceptions as a given but sought other means to admit reliable and necessary evidence through the adoption of a "principled approach" to hearsay. I fear that to adopt the course charted by Iacobucci J. would sacrifice the experience, certainty and predictability of centuries of jurisprudence in the name of a quest for purported intellectual coherence that is untested by the forges of our courtrooms.

On the issue of the jury charge on reasonable doubt, the *Lifchus* standard provides guidelines for trial judges rather than an iron-clad roster of proscriptions and prohibitions. I do not read *Lifchus* as providing that the inclusion or exclusion of certain phrases automatically vitiates a jury charge. Instead, I read *Lifchus* as mandating that a charge

cipes dans les cas appropriés où la question se pose. En deuxième lieu, ce premier désaccord résulte de deux conceptions très différentes de ce qu'implique l'analyse du seuil de fiabilité en vertu de la méthode fondée sur des principes. Comme le démontre son analyse des déclarations en l'espèce, le juge Iacobucci obligerait le juge du procès à décider de la crédibilité de l'auteur de la déclaration extrajudiciaire à l'étape de l'analyse du seuil de fiabilité. Je crois qu'une telle détermination à cette étape empiète sur la détermination ultime de fiabilité qui relève du juge des faits. En outre, les exceptions traditionnelles comportent déjà une conclusion quant à l'existence d'un seuil de fiabilité et le juge du procès n'a pas à se lancer dans le type de détermination de fiabilité, préconisé par le juge Iacobucci, lors de l'examen du seuil de fiabilité d'une preuve qui relève d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire.

En définitive, l'approche préconisée par mon collègue constitue une invitation générale à contester une preuve par ouï-dire auparavant admissible. Je ne crois pas que cette approche découle de nos arrêts antérieurs *Khan*, précité, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Ces arrêts concernaient non pas les exceptions à la règle du ouï-dire, mais l'élargissement de la portée de la preuve admissible au-delà des limites des catégories traditionnelles. On y considérait les exceptions traditionnelles comme un fait acquis, mais on y cherchait d'autres moyens d'admettre une preuve fiable et nécessaire par l'application au ouï-dire d'une «méthode fondée sur des principes». Je crains que s'engager dans la voie tracée par le juge Iacobucci ne revienne à sacrifier l'expérience, la certitude et la prévisibilité jurisprudentielles acquises au cours des siècles pour se lancer à la recherche d'une cohérence intellectuelle apparente que nos tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion de tester.

Quant à la question de l'exposé au jury sur le doute raisonnable, la norme de l'arrêt *Lifchus* donne au juge du procès des lignes directrices plutôt qu'une liste stricte de proscriptions et d'interdictions. Selon moi, l'arrêt *Lifchus* ne signifie pas que l'inclusion ou l'exclusion de certaines expressions doive automatiquement invalider un exposé

22

23

be examined in its entirety to determine whether the jury properly understood the concept of proof beyond a reasonable doubt. I am of the opinion that the jury charge in this case properly communicated this concept to the jury.

- 24 My colleague Iacobucci J. has adequately set forth the factual background and judicial history of this case. In dealing with the individual grounds for appeal, I will elaborate when necessary.

II. Analysis

A. *The Admissibility of Cook's Statement*

(1) Introduction and Summary

- 25 Approximately one hour before he was murdered, Bernard (Bo) Cook spoke with Jodie Giesbrecht and told her that he had to "go and do an Autopac scam with Robert" (the appellant). The trial judge admitted Ms. Giesbrecht's testimony as to what Mr. Cook told her the night he and Darlene Weselowski were murdered. The appellant challenges the admission of this statement on the grounds that it is inadmissible hearsay.

- 26 Iacobucci J. and I disagree regarding the admission of this statement as an exception to the rule against hearsay for declarations of "state of mind" or "present intentions" as recognized by this Court in *Smith, supra*. For ease of reference, I will refer to this exception as the "present intentions" exception as that term best encapsulates the type of statement at issue before us. Several points of disagreement arise in the course of our analysis of this statement. The first is the scope of this exception; the second is the proper use to which the statement can be put by the jury.

- 27 The third level of disagreement involves the question of how to analyze the hearsay statement. Should it be examined under the traditional exceptions to the hearsay rule or under the new principled approach developed by this Court in *Khan* and subsequent cases? This question in turn requires us to determine the present status of the

au jury. Je considère plutôt qu'il commande d'examiner l'exposé dans son ensemble afin de déterminer si le jury a bien compris la notion de preuve hors de tout doute raisonnable. J'estime que l'exposé du juge dans la présente affaire a permis au jury de bien comprendre cette notion.

Mon collègue le juge Iacobucci a exposé les faits de même que l'historique des procédures judiciaires en l'espèce. J'ajouterai des précisions, au besoin, en examinant chacun des moyens d'appel.

II. Analyse

A. *Admissibilité de la déclaration de Cook*

(1) Introduction et résumé

Environ une heure avant d'être assassiné, Bernard (Bo) Cook s'est entretenu avec Jodie Giesbrecht et lui a dit qu'il devait [TRADUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert» (l'appellant). Le juge du procès a admis le témoignage de M^{me} Giesbrecht relativement à ce que M. Cook lui a dit la nuit où ce dernier et Darlene Weselowski ont été assassinés. L'appellant conteste l'admission de cette déclaration au motif qu'il s'agit de ouï-dire inadmissible.

Le juge Iacobucci et moi sommes en désaccord en ce qui a trait à l'admission de cette déclaration à titre d'exception à la règle du ouï-dire concernant les déclarations d'«intentions existantes» ou d'«état d'esprit», que notre Cour a reconnue dans l'arrêt *Smith*, précité. Par souci de commodité, je vais référer à l'exception des «intentions existantes» puisque cette expression traduit bien le type de déclaration en cause devant nous. Plusieurs points de désaccord ressortent de notre analyse de cette déclaration. Le premier concerne la portée de cette exception, et le deuxième, l'utilisation que le jury peut faire de la déclaration.

Le troisième point de désaccord a trait à la façon d'analyser la déclaration en question. Devrait-elle être examinée sous l'angle des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire ou selon la nouvelle approche fondée sur des principes que notre Cour a conçue dans l'arrêt *Khan* et d'autres arrêts subséquents? Cette question oblige, à son tour, à

traditional exceptions in light of and in relationship to the principled approach.

I wish to articulate clearly my position on the state of hearsay law after *Khan* and its progeny. First, I do not believe that *Khan* "prevails" over the traditional exceptions to the hearsay rule. The effect of Iacobucci J.'s analysis is to reduce these exceptions to mere reference points that provide little more than a convenient launching pad for the application of the principled approach to previously accepted exceptions to the hearsay rule. Second, I would not follow Iacobucci J.'s suggested approach because in my mind it impermissibly shifts responsibility from the trier of fact onto the judge. I believe that this framework directly contradicts the underlying essence of the principled approach and the thrust of hearsay reform in the common law world over the last 30 years. An overly strict view of hearsay is inconsistent with our desire to provide the trier of fact with more, rather than less, evidence. I of course recognize that some restrictions on the admissibility of evidence are nonetheless necessary, for both judges and juries.

I would adopt the following framework of analysis for hearsay statements. First, it must be determined whether the statement is hearsay. Second, the trial judge should determine whether the hearsay statement falls within an established exception to the hearsay rule. If it does, the evidence is admissible. Third, if the evidence does not fall within an established exception, the trial judge should determine whether it would still be admissible under the principled approach. Fourth, the trial judge maintains the limited residual discretion to exclude evidence where the risk of undue prejudice substantially exceeds the evidence's probative value. Finally, once the statements are found admissible, it is for the trier of fact to weigh the evidence and make a determination as to the ultimate reliability of the hearsay evidence at issue.

déterminer la situation actuelle des exceptions traditionnelles eu égard et par rapport à la méthode fondée sur des principes.

Je tiens à exposer clairement mon point de vue sur l'état du droit en matière de ouï-dire à la suite de l'arrêt *Khan* et des arrêts qui en ont découlé. En premier lieu, je ne crois pas que l'arrêt *Khan* «l'emporte» sur les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. L'analyse du juge Iacobucci a pour effet de convertir ces exceptions en de simples points de repère qui servent tout au plus de point de départ commode à l'application de la méthode fondée sur des principes aux exceptions auparavant reconnues à la règle du ouï-dire. En deuxième lieu, je ne puis suivre la méthode proposée par le juge Iacobucci parce que, à mon avis, elle transfère de manière inacceptable la responsabilité du juge des faits au juge du droit. Ce cadre d'analyse contredit directement, à mon avis, l'essence même de la méthode fondée sur des principes ainsi que l'orientation générale de la réforme de la règle du ouï-dire que la common law a connue au cours des 30 dernières années. Une perception trop stricte du ouï-dire est incompatible avec notre volonté de fournir au juge des faits plus que moins d'éléments de preuve. Je reconnais évidemment que certaines restrictions relatives à l'admissibilité de la preuve sont néanmoins nécessaires pour les juges comme pour le jury.

J'adopterais le cadre d'analyse suivant en ce qui concerne les déclarations qui ressortent du ouï-dire. Premièrement, il y a lieu de déterminer si la déclaration est du ouï-dire. Deuxièmement, le juge du procès doit décider si la déclaration en question relève d'une exception reconnue à la règle du ouï-dire. Si oui, elle est admissible. Troisièmement, si la preuve ne relève pas d'une exception reconnue, le juge du procès doit déterminer si la déclaration est tout de même admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Quatrièmement, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel limité d'écarter une preuve lorsque le risque d'effet préjudiciable induit l'emporte substantiellement sur la valeur probante de la preuve. Finalement, dès que les déclarations sont jugées admissibles, il appartient au juge des faits

The Chief Justice essentially adopts this framework in para. 2 of her reasons.

d'apprécier la preuve présentée et de se prononcer ultimement sur la fiabilité de la preuve par ouï-dire en cause. Le Juge en chef adopte essentiellement ce cadre d'analyse au deuxième paragraphe de ses motifs.

30 In addition, I would allow for the re-evaluation, in a proper case, of a traditional exception under the principled approach. That is to say, I believe that the principled approach may be applied to reconsider the reliability and necessity of the class of statements that are included in a categorical exception to the rule against hearsay. I would not countenance the case-by-case application of the principled approach to statements falling within accepted exceptions to the rule against hearsay. Individual cases may illuminate or illustrate the need to modify a particular traditional exception, but every piece of evidence that falls within a traditional exception should not be subjected to the principled approach and the concomitant *voir dire* that it may entail. To do so would unnecessarily complicate the trial process and sacrifice experience, certainty and predictability in the name of the vague and uncertain mantra of "principle".

(2) Hearsay Reform

31 The rule against hearsay developed at the same time as the modern form of trial and is associated with a deep-seated distrust of the jury system: *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 510. It is premised on a belief that the jury will erroneously assess the probative value of evidence and the retention of the rule reflects continued suspicions about jury deliberations: J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 176. The rule against hearsay is "founded on a lack of faith in the capacity of the trier of fact properly to evaluate evidence of a statement": *Smith, supra*, at p. 935. The modern trend to reform the rules of evidence in general and the hearsay rules in particular constitutes a sharp break from this distrust of the jury. As the Law Reform Commission of Canada explained in its 1975 *Report on Evidence*, at p. 5:

Je permettrais en outre, dans les cas appropriés, la réévaluation d'une exception traditionnelle en fonction de la méthode fondée sur des principes. Autrement dit, je crois que la méthode fondée sur des principes peut servir à réexaminer la fiabilité et la nécessité de déclarations visées par une catégorie d'exceptions à la règle du ouï-dire. Je ne favoriserais pas l'application cas par cas de la méthode fondée sur des principes aux déclarations relevant des exceptions reconnues à la règle du ouï-dire. Chaque cas peut faire ressortir ou mettre en lumière la nécessité de modifier une exception traditionnelle particulière, mais il n'y a pas lieu d'assujettir chaque élément de preuve qui relève d'une exception traditionnelle à la méthode fondée sur des principes et au voir-dire concomitant qu'elle peut nécessiter. Cela aurait pour effet de compliquer inutilement le procès et de sacrifier l'expérience, la certitude et la prévisibilité au nom du mantra vague et incertain des «principes».

(2) La réforme de la règle du ouï-dire

La règle du ouï-dire s'est développée en même temps que la forme moderne du procès, et elle est liée à une profonde méfiance à l'égard du système de jury: *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 510. Elle repose sur la conviction que le jury fera une appréciation erronée de la valeur probante de la preuve, et son maintien reflète la persistance de soupçons au sujet des délibérations du jury: J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 176. La règle qui interdit le ouï-dire 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»: *Smith*, précité, à la p. 935. La tendance moderne à réformer les règles de preuve en général et les règles du ouï-dire en particulier constitue un net rejet de cette méfiance à l'égard du jury. Ainsi que l'a expliqué la Commission de réforme du droit du Canada, aux pp. 5 et 6 de son *Rapport sur la preuve* publié en 1975:

... at least 95% of criminal cases in Canada are now tried by a judge alone, so there is no need for all the precautions about what is to be allowed in evidence now. Judges are experienced in weighing evidence and, in any event, they have to learn of disputed evidence to determine whether it is admissible or not. Even when there is a jury, the situation is profoundly different from the past. Jurors today are far more sophisticated and better educated than in the past. [Emphasis added.]

We have recognized these changes, commenting in *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 487, that "the recent trend in courts has been to remove barriers to the truth-seeking process". This Court has taken a flexible approach to the rules of evidence, "reflect[ing] a keen sensibility to the need to receive evidence which has real probative force in the absence of overriding countervailing considerations": *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 623. In the specific context of hearsay evidence, Lamer C.J. speaking for a unanimous Court in *Smith*, *supra*, at p. 932, explained that "[t]he 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." Our motivation in reforming the rules of evidence has been "a genuine attempt to bring the relevant and probative evidence before the trier of fact in order to foster the search for truth": *Levogiannis*, *supra*, at p. 487. These principles must guide all of our evidentiary reform endeavours.

Our reform of the hearsay rules began in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, when we refused to follow the House of Lords' position that the hearsay rule was frozen in time subject to reform only through the initiative of Parliament: see *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001. In *Ares*, at p. 624, we adopted the minority position of Lord Donovan in *Myers* 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." What is at issue in this appeal is whether *Khan* and its

... au moins 95 p. 100 des affaires criminelles étant instruites par un juge seul, cette attitude d'extrême circonspection vis-à-vis de la réception d'une preuve n'a plus sa raison d'être. Les juges ont l'habitude d'évaluer la preuve; de toute façon, ils doivent d'abord prendre connaissance de l'élément de preuve litigieux avant de se prononcer sur son admissibilité. Les choses ont changé même dans le cas d'un procès avec jury. De nos jours, les jurés sont beaucoup plus raffinés et plus instruits que dans le passé. [Je souligne.]

Nous avons reconnu ces changements en faisant remarquer, dans l'arrêt *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 487, que «des tribunaux tendent de plus en plus à écarter les obstacles à la découverte de la vérité». Notre Cour a adopté, à l'égard des règles de preuve, une attitude plus souple qui indique qu'elle est «particulièrement sensibl[e] à la nécessité de recevoir une preuve d'une valeur probante réelle en l'absence d'autres considérations dominantes»: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 623. Dans le contexte particulier de la preuve par ouï-dire, le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, a expliqué que «[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.» Notre motivation à réformer les règles de preuve a été de «véritablement tent[er] de faire en sorte que les éléments de preuve pertinents et probants soient présentés au juge des faits et ce, afin de favoriser la recherche de la vérité»: *Levogiannis*, précité, à la p. 487. Ces principes doivent guider tous nos efforts de réforme en matière de preuve.

Notre réforme des règles du ouï-dire a débuté avec l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, où nous avons refusé d'adopter le point de vue de la Chambre des lords selon lequel la règle du ouï-dire était figée dans le temps, sous réserve de réformes qui ne pouvaient émaner que du législateur: voir *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001. Dans *Ares*, à la p. 624, nous avons adopté le point de vue de lord Donovan, dissident dans l'arrêt *Myers*, selon lequel [TRADUCTION] «[c]e sont les juges qui façonnent la *common law* et il est toujours de leur compétence de l'adapter à

progeny have followed Lord Donovan's imperative to "adapt" the common law from time to time or whether this Court has embarked upon an entirely different course and revolutionized the law of hearsay in this country.

l'occasion de manière qu'elle serve l'intérêt de ceux qu'elle lie.» Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si l'arrêt *Khan*, précité, et les arrêts qui en découlent ont donné suite à l'invitation de lord Donovan d'«adapter» à l'occasion la common law, ou si notre Cour s'est engagée dans une voie entièrement différente et a révolutionné le droit de la preuve par ouï-dire au pays.

33 In *Khan*, *supra*, McLachlin J. (as she then was), writing for a unanimous Court, held that hearsay evidence of a child's statement on crimes committed against the child should be received, provided that the guarantees of necessity and reliability are met. The effect and reach of *Khan* were unclear to many with some commentators opining that the decision was analogous to *Ares*, *supra*, in creating a new categorical exception to the hearsay rule. See, e.g., D. Rowsell, "Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?" (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294, at p. 295. However, this interpretation of *Khan* was expressly disavowed by this Court in *Smith*, *supra*.

Dans l'arrêt *Khan*, précité, Madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué, au nom de la Cour à l'unanimité, qu'il y a lieu de recevoir à titre de preuve par ouï-dire une déclaration d'une enfant au sujet de crimes dont elle a été victime, pourvu que les garanties de nécessité et de fiabilité soient respectées. Pour plusieurs, l'effet et la portée de l'arrêt *Khan* n'étaient pas clairs, certains commentateurs allant jusqu'à exprimer l'avis que cet arrêt était analogue à l'arrêt *Ares*, précité, du fait qu'il créait une nouvelle catégorie d'exceptions à la règle du ouï-dire. Voir par exemple D. Rowsell, «Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?» (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294, à la p. 295. Cette interprétation de l'arrêt *Khan* a toutefois été expressément rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Smith*, précité.

34 In *Smith*, at p. 932, Lamer C.J., speaking also for a unanimous Court, stated that "*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". At p. 930, he had said:

Dans *Smith*, à la p. 932, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour à l'unanimité, que «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 ouï-dire et ses exceptions». À la page 930, il avait dit:

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.

Les commentateurs de la common law en matière de preuve comprenaient donc, au début du siècle, que la règle du ouï-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.

Later at p. 932, Lamer C.J. characterized *Khan* as signalling 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 categorical exceptions" and moving towards "an approach governed by the

Plus loin, à la p. 932, le juge en chef Lamer a signalé que l'arrêt *Khan* s'écarterait «d'une conception de la preuve par ouï-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 représentait une

principles which underlie the rule and its exceptions alike". Finally, at p. 933, Lamer C.J. stated that *Khan* "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."

The next year, in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, this Court held that prior inconsistent statements may be admitted for the truth of their contents if they are necessary and reliable. The Court established an elaborate *voir dire* requirement which has spawned much commentary on how to show reliability and necessity. See R. J. Delisle, "B. (K.G.) and Its Progeny" (1998), 14 C.R. (5th) 75, at p. 75; P. M. McCrea, "Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*" (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199, at p. 208; D. A. R. Thompson, "The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle" (1995), 37 C.R. (4th) 282, at p. 284; J. Wood, "Hearsay — Necessity and Reliability" (1997), 20 *Prov. Judges J.* 5; A. Marin, "How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B. Applications*" (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.

The attempts at explanation made in *Smith* and *B. (K.G.)* left open the question of where the traditional exceptions stood in the aftermath of *Khan* and its progeny. Courts and commentators remained uncertain over the application of the principled approach to the traditional categories.

(3) Relationship Between the Principled Approach and the Hearsay Exceptions

Iacobucci J. takes the position that the traditional hearsay exceptions should not automatically be applied without consideration of the principled approach. He states that in the event of a conflict

évolution vers «une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions». Enfin, à la p. 933, le juge en chef Lamer a affirmé que l'arrêt *Khan* «annon[çait] 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.»

L'année suivante, dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, notre Cour a statué que des déclarations antérieures incompatibles peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu si elles sont nécessaires et fiables. Notre Cour a exigé un *voir-dire* élaboré, ce qui a engendré une foule de commentaires sur la façon d'établir la fiabilité et la nécessité. Voir R. J. Delisle, «B. (K.G.) and Its Progeny» (1998), 14 C.R. (5th) 75, à la p. 75; P. M. McCrea, «Judicial Law-Making: The Development of the Principled Exception to the Hearsay Rule — *Implications for Preliminary Hearing Recantations*» (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 199, à la p. 208; D. A. R. Thompson, «The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle» (1995), 37 C.R. (4th) 282, à la p. 284; J. Wood, «Hearsay — Necessity and Reliability» (1997), 20 *Journal des juges provinciaux* 5; A. Marin, «How to Assess Reliability in *Khan* and *K.G.B. Applications*» (1996), 38 *Crim. L.Q.* 353.

Les tentatives d'explications dans les arrêts *Smith* et *B. (K.G.)* n'ont pas réglé la question des exceptions traditionnelles et de leur rôle à la suite de l'arrêt *Khan* et des arrêts qui en ont découlé. Les tribunaux et les commentateurs sont demeurés dans l'incertitude quant à l'application aux catégories traditionnelles de la méthode fondée sur des principes.

(3) La relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions à la règle du ouï-dire

Le juge Iacobucci est d'avis qu'il ne faut pas appliquer automatiquement les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire sans examiner la méthode fondée sur des principes. Il affirme que,

35

36

37

between the principled approach and the existing exceptions, "it is the principled approach that must prevail" (para. 155). I do not quarrel with this idea but I do take issue with what Iacobucci J. asserts that this entails. At bottom, I read Iacobucci J.'s approach as diminishing the role of the traditional exceptions in the hearsay analysis. I do not believe that such an approach is warranted either by our jurisprudence or by the underlying rationale of the principled approach.

en cas de conflit entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions existantes, «c'est la méthode fondée sur des principes qui doit l'emporter» (par. 155). Je n'ai rien contre cette idée, mais je suis en désaccord avec ce qu'elle entraîne selon le juge Iacobucci. En dernière analyse, je considère que l'approche du juge Iacobucci réduit le rôle des exceptions traditionnelles dans l'analyse du oui-dire. Je crois qu'une telle méthode n'est justifiée ni par notre jurisprudence ni par le raisonnement qui sous-tend la méthode fondée sur des principes.

38 It is possible to identify five different interpretations of *Khan* and its progeny: (1) *Khan* created a particular new exception to the rule against hearsay for child testimony; (2) *Khan* provides the basis for creating new categorical exceptions for necessary and reliable evidence; (3) *Khan* created a residual exception for necessary and reliable evidence, leaving the traditional exceptions intact; (4) *Khan* not only permits the admission of evidence which does not fall within the existing exceptions but allows courts to revisit a traditional exception to determine whether it can still be justified on the basis of necessity and reliability; (5) *Khan* abolishes the traditional exceptions and supplants them with the principled approach of necessity and reliability which are applied on a case-by-case basis. I will examine each possibility in turn.

Il est possible d'identifier cinq interprétations différentes de l'arrêt *Khan* et des arrêts qui en découlent: (1) l'arrêt *Khan* a créé une nouvelle exception particulière à la règle du oui-dire dans le cas du témoignage d'un enfant; (2) l'arrêt *Khan* justifie la création de nouvelles catégories d'exceptions applicables aux éléments de preuve nécessaires et fiables; (3) l'arrêt *Khan* a créé une exception résiduelle applicable à la preuve nécessaire et fiable tout en conservant intactes les exceptions traditionnelles; (4) l'arrêt *Khan* permet non seulement d'admettre la preuve qui ne relève pas des exceptions existantes, mais encore il donne aux tribunaux la latitude de réexaminer une exception traditionnelle pour déterminer si elle est toujours justifiable pour des raisons de nécessité et de fiabilité; (5) l'arrêt *Khan* abolit les exceptions traditionnelles et les remplace par l'approche fondée sur des principes, soit nécessité et fiabilité, qui sont appliqués cas par cas. Je vais examiner chacune de ces possibilités à tour de rôle.

39 The first interpretation of *Khan* can be dealt with quickly. The reading of *Khan* that argued that it created a narrow exception for children's testimony was expressly disavowed by this Court in *Smith*, *supra*, at p. 932, and *B. (K.G.)*, *supra*, at p. 798.

On peut disposer rapidement de la première interprétation de l'arrêt *Khan*. L'opinion selon laquelle l'arrêt *Khan* a créé une exception limitée dans le cas du témoignage d'un enfant a été expressément rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, et dans l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, à la p. 798.

40 The second interpretation of *Khan* views "necessity" and "reliability" as the basis for creating new categorical exceptions. See Thompson, *supra*, at p. 284: "Despite the language of 'principled flexibility', two of the three cases so far have led to the creation of new *categorical* exceptions: child abuse hearsay in *Khan* and some prior inconsistent

Selon la deuxième interprétation de l'arrêt *Khan*, la «nécessité» et la «fiabilité» justifient la création de nouvelles catégories d'exceptions. Voir Thompson, *loc. cit.*, à la p. 284: [TRADUCTION] «Malgré le vocabulaire de «souplesse fondée sur des principes», deux des trois décisions ont jusqu'à maintenant entraîné la création de nouvelles

statements in *K.G.B.*" (emphasis in original). In *B. (K.G.)*, at p. 798, we similarly expressly repudiated this possibility: "the decisions in *Khan* and *Smith* established that Canadian courts will no longer carve out categorical 'exceptions'".

The third interpretation of *Khan* sees it as creating a new residual exception for "necessary" and "reliable" evidence that does not fall within the traditional categories. This was first expressed by M. T. MacCrimmon in "Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality" (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269, at p. 322, where she stated that *Khan* "created a residual exception to the hearsay rule similar to that in the Federal Rules of Evidence". This interpretation is also adopted by Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 191. By far, this is the most widely accepted interpretation of *Khan*. See McCrea, *supra*, at p. 208; R. Prithipaul, "Observations on the Current Status of the Hearsay Rule" (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84, at p. 92; Thompson, *supra*, at p. 284; D. Oleskiw, "Recent Developments in the Law of Hearsay" (1994), 1 *Crown's Newsletter* 37, at p. 38; M. B. Blok, "The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, 'Hearsay Today, Gone Tomorrow')" (1993), 51 *Advocate* 675, at p. 685; H. Stewart, "Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*" (1998), 3 *Can. Crim. L. Rev.* 61, at p. 64; L. Stuesser, "*R. v. B. (K.G.)*: Prior Inconsistent Statements as Truth" (1991), 5 C.R. (5th) 373, at p. 378.

The fourth possibility is that *Khan* permits the re-evaluation of the traditional exceptions on a categorical basis. This was suggested by Marc Rosenberg, before his appointment to the bench, in the article "*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes" (1993), 19 C.R. (4th) 69, at p. 71, where he said, "[m]oreover, I think that not only is it possible to admit evidence which

catégories d'exceptions: le oui-dire en matière de mauvais traitement d'enfants dans l'arrêt *Khan* et certaines déclarations antérieures incompatibles dans l'arrêt *K.G.B.*" (en italique dans l'original). Dans l'arrêt *B. (K.G.)*, à la p. 798, nous avons de la même façon expressément écarté cette possibilité: «les arrêts *Khan* et *Smith* ont établi que les tribunaux canadiens n'établiront plus de catégories d'«exceptions»».

La troisième interprétation de l'arrêt *Khan* y voit une nouvelle exception résiduelle applicable à la preuve «nécessaire» et «fiable» qui ne relève pas des catégories traditionnelles. Cette interprétation a été formulée pour la première fois par M. T. MacCrimmon dans «Developments in the Law of Evidence: The 1990-91 Term — Social Science, Law Reform and Equality» (1992), 3 *Supreme Court L.R.* (2d) 269, à la p. 322, où elle a écrit que l'arrêt *Khan* [TRADUCTION] «a créé une exception résiduelle à la règle du oui-dire, qui ressemble à celle qu'on trouve dans les *Federal Rules of Evidence*». Cette interprétation est aussi adoptée par Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 191. C'est de loin l'interprétation de l'arrêt *Khan* la plus largement acceptée. Voir McCrea, *loc. cit.*, à la p. 208; R. Prithipaul, «Observations on the Current Status of the Hearsay Rule» (1997), 39 *Crim. L.Q.* 84, à la p. 92; Thompson, *loc. cit.*, à la p. 284; D. Oleskiw, «Recent Developments in the Law of Hearsay» (1994), 1 *Crown's Newsletter* 37, à la p. 38; M. B. Blok, «The Changed Law of Hearsay Evidence (Or, 'Hearsay Today, Gone Tomorrow')» (1993), 51 *Advocate* 675, à la p. 685; H. Stewart, «Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*» (1998), 3 *Rev. can. D.P.* 61, à la p. 64; L. Stuesser, «*R. v. B. (K.G.)*: Prior Inconsistent Statements as Truth» (1991), 5 C.R. (5th) 373, à la p. 378.

La quatrième possibilité est que l'arrêt *Khan* permet la réévaluation par catégorie des exceptions traditionnelles. C'est ce qu'avait proposé Marc Rosenberg avant d'être nommé juge, dans l'article intitulé «*B. (K.G.)* — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes» (1993), 19 C.R. (4th) 69, à la p. 71, où il a dit: [TRADUCTION] «[e]n outre, je pense que non seulement il est possible d'admettre

41

42

does not fall within the existing exceptions but it must also be open to the courts to revisit any established exception to determine whether that exception can still be justified on the basis of necessity and reliability.” For an application of this approach see Rowsell, *supra*, at pp. 304-8 (re-examining dying declarations and spontaneous declarations in light of *Khan*). Rosenberg explains the basis for his assertion as follows (at pp. 80-81):

... the reason which justifies an existing exception may in time be found to be wanting. The exceptions were created as the courts from time to time applied common sense and experience, but ideas which seemed reasonable in the 19th century may appear questionable in the late 20th century.

I would accept this approach as dictated by the tenets embodied in the principled approach. Yet, as I will explain below, I have a radically different conception than Iacobucci J. of what this entails.

43 The final possibility is that *Khan* and its progeny abolish the traditional exceptions and replace them with a case-by-case determination of reliability and necessity. That the passages previously quoted from *Smith*, *supra*, may provide this impression is explained by Professor Schiff in *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), vol. 1, at p. 660:

Upon even a careful reading of *Smith*, the court might appear to abolish the existing hearsay exceptions, leaving in their place the judge's authority to admit any item of hearsay evidence shown to be “necessary” and “reliable” in the particular circumstances. The existing exceptions are nonetheless alive and well. . . .

In Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 193, the authors state that “[t]here is no suggestion in the cases that the court was countenancing the exclusion of hearsay which would be otherwise admitted through one of the recognized exceptions.” Furthermore, in *B. (K.G.)*, *supra*,

une preuve qui ne relève pas des exceptions existantes, mais encore qu'il doit être loisible aux tribunaux de réexaminer toute exception établie pour déterminer si elle est toujours justifiable pour des raisons de nécessité et de fiabilité.» Pour une application de ce point de vue, voir Rowsell, *loc. cit.*, aux pp. 304 à 308 (qui a réexaminé les déclarations de mourants et les déclarations spontanées à la lumière de l'arrêt *Khan*). Rosenberg explique ainsi le fondement de son affirmation (aux pp. 80 et 81):

[TRADUCTION] ... la raison qui justifie l'existence d'une exception peut, à la longue, être jugée insuffisante. Les exceptions ont été créées au fur et à mesure que les tribunaux recouraient au bon sens et à l'expérience acquise, mais des idées qui semblaient raisonnables au XIX^e siècle peuvent paraître discutables à la fin du XX^e siècle.

J'accepte cette méthode comme étant dictée par les préceptes contenus dans la méthode fondée sur des principes. Cependant, comme je l'expliquerai plus loin, ma conception de ce que cela implique est complètement différente de celle du juge Iacobucci.

La dernière possibilité est que l'arrêt *Khan* et les arrêts qui en découlent abolissent les exceptions traditionnelles pour les remplacer par une détermination cas par cas de la fiabilité et de la nécessité. Dans *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), vol. 1, à la p. 660, le professeur Schiff explique ainsi le fait que les passages susmentionnés de l'arrêt *Smith*, précité, puissent donner cette impression:

[TRADUCTION] Si on lit attentivement l'arrêt *Smith*, la cour peut sembler abolir les exceptions existantes à la règle du oui-dire et leur substituer le pouvoir du juge d'admettre tout élément de preuve par oui-dire qui s'avère «nécessaire» et «fiable» dans les circonstances particulières de l'affaire. Il n'en demeure pas moins que les exceptions existantes se portent bien. . . .

Dans Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 193, les auteurs affirment que [TRADUCTION] «[l]a jurisprudence ne laisse aucunement entendre que la cour approuvait l'exclusion d'une preuve par oui-dire qui serait par ailleurs admise en vertu de l'une des exceptions reconnues.» De plus, dans

Lamer C.J. speaking for a majority of the Court, stated (at p. 798): "While the decisions in *Khan* and *Smith* established that Canadian courts will no longer carve out categorical 'exceptions', the new approach shares the same principled basis as the existing exceptions." I take this statement as affirming the continued existence of the traditional exceptions while laying the groundwork for the application of the principled approach to new developments. See *McCrea, supra*, at p. 208. Moreover, we have admitted evidence based solely on the traditional exceptions in cases subsequent to *Khan*: see *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, at para. 28. In that case, with no discussion of the principled approach, we stated: "An admission against interest made by the accused is admissible as a recognized exception to the hearsay rule, provided that its probative value outweighs its prejudicial effect."

I am able to find only a single author who proposes sweeping aside the existing exceptions in the name of the principled approach. However, that author is hardly complimentary in his assessment of this approach. In "The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration", in W. Kaplan, J. Sack and M. Gunderson, eds., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*, 123, Professor D. M. Paciocco states (at p. 139):

In summary, the Supreme Court of Canada has rejected the traditional approach to identifying admissible hearsay. It has replaced it with an *ad hoc* or case-by-case assessment in which the admission of hearsay evidence is determined as a matter of judicial discretion, according to the general principles of "necessity" and "reliability."

Most of the other commentators assert that the traditional categories have not been replaced by the principled approach. See *McCrea, supra*, at p. 208 (stating that "in *B. (K.G.)*, decided shortly after *Smith*, the Court clarified that the established hearsay exceptions remained very much intact"); Thompson, *supra*, at p. 284 ("*Smith* does not sweep away the existing exceptions") and at p. 291

B. (K.G.), précité, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour à la majorité (à la p. 798): «Certes, les arrêts *Khan* et *Smith* ont établi que les tribunaux canadiens n'établiront plus de catégories d'«exceptions», mais la nouvelle analyse repose sur les mêmes principes que les exceptions existantes.» Selon moi, cet énoncé confirme le maintien des exceptions traditionnelles tout en préparant le terrain pour l'application de la méthode fondée sur des principes à de nouvelles situations. Voir *McCrea, loc. cit.*, à la p. 208. De plus, nous avons admis des éléments de preuve en vertu uniquement des exceptions traditionnelles dans des affaires subséquentes à l'arrêt *Khan*: voir *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, au par. 28. Dans cette affaire, sans analyser la méthode fondée sur des principes, nous avons affirmé: «Un aveu fait par l'accusé contre ses intérêts est admissible en vertu d'une exception reconnue à la règle du ouï-dire, dans la mesure où sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable.»

Je n'ai pu trouver qu'un seul auteur qui propose d'écarter les exceptions existantes au nom de la méthode fondée sur des principes. Toutefois, cet auteur n'est guère élogieux dans l'évaluation qu'il fait de cette méthode. Dans «The Supreme Court of Canada and Hearsay: The Relevance for Arbitration», dans W. Kaplan, J. Sack et M. Gunderson, dir., *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*, 123, le professeur D. M. Paciocco écrit (à la p. 139):

[TRADUCTION] En résumé, la Cour suprême du Canada a rejeté la méthode traditionnelle employée pour identifier la preuve par ouï-dire admissible. Elle l'a remplacée par une évaluation spéciale ou cas par cas, dans laquelle l'admissibilité de la preuve par ouï-dire est déterminée en fonction d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire, selon les principes généraux de la «nécessité» et de la «fiabilité».

La plupart des autres commentateurs affirment que les catégories traditionnelles n'ont pas été remplacées par la méthode fondée sur des principes. Voir *McCrea, loc. cit.*, à la p. 208 (qui écrit que [TRADUCTION] «dans l'arrêt *B. (K.G.)*, rendu peu de temps après l'arrêt *Smith*, la Cour a précisé que les exceptions reconnues à la règle du ouï-dire demeuraient à peu près intactes»); Thompson, *loc. cit.*, à

("It is hard to believe that the real intent of *Smith* was to wipe out the whole structure of hearsay exceptions, constructed over the years by the common law."); P. B. Carter, "Hearsay: Whether and Whither?" (1993), 109 *L.Q.R.* 573, at p. 579 ("*R. v. Smith* should be seen as supplementing and developing, rather than as totally replacing, the traditional framework of the common law"); Stewart, *supra*, at p. 64 ("Before reaching the principled approach, the Court must be satisfied that the statement is not admissible under any existing exception to the rule against hearsay."); A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), at p. 169.

la p. 284 ([TRADUCTION] «L'arrêt *Smith* n'écarte pas les exceptions existantes») et à la p. 291 ([TRADUCTION] «Il est difficile de croire que le but véritable de l'arrêt *Smith* était d'anéantir tout le système des exceptions à la règle du ouï-dire, établi au fil des ans par la common law.»); P. B. Carter, «Hearsay: Whether and Whither?» (1993), 109 *L.Q.R.* 573, à la p. 579 ([TRADUCTION] «l'arrêt *R. c. Smith* devrait être perçu comme complétant et expliquant le cadre traditionnel de la common law plutôt que comme le remplaçant totalement»); Stewart, *loc. cit.*, à la p. 64 ([TRADUCTION] «Avant de recourir à la méthode fondée sur des principes, la cour doit être convaincue que la déclaration n'est pas admissible en vertu d'une exception existante à la règle du ouï-dire.»); A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), à la p. 169.

45 It is the duty of the courts to review common law rules and as recognized by the Law Reform Commission of Canada in its *Report on Evidence*, *supra*, at p. 69, the hearsay rule is the most characteristic rule of our system of judge-made rules of evidence. However, the duty to review the common law carries with it a corresponding responsibility to proceed prudently. This Court has limited changes in the common law to those which are "slow and incremental" rather than "major and far-reaching": *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760, *per* McLachlin J. This Court must restrict reforms to only "those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society": *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670, *per* Iacobucci J. The adoption of the principled approach in *Khan* was based on these calculations and, similarly, any extension of it must be evaluated in terms of the above considerations.

Il incombe aux tribunaux de réviser les règles de common law et, comme l'a reconnu la Commission de réforme du droit du Canada dans son *Rapport sur la preuve*, *op. cit.*, à la p. 78, la règle du ouï-dire est la plus caractéristique de notre système de règles de preuve jurisprudentielles. Toutefois, le devoir de réviser la common law comporte la responsabilité correspondante d'agir avec prudence. Notre Cour a limité les modifications de la common law à celles qui se font «lentement et progressivement» plutôt qu'à celles qui modifient «sensiblement et profondément»: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à la p. 760, le juge McLachlin. Notre Cour doit limiter les réformes aux seuls «changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société»: *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 670, le juge Iacobucci. L'adoption de l'approche fondée sur des principes dans l'arrêt *Khan* se basait sur ces dicta et, partant, toute application de cette approche doit être évaluée en fonction des considérations susmentionnées.

46 I do not see the usurpation of the traditional exceptions by the principled approach as warranted under the current state of our law. After studying the issue for several years, the Law Reform Commission of Canada in its 1975 *Report on Evidence* concluded (at p. 5): "Many of the existing rules are

Selon moi, l'empiètement de la méthode fondée sur des principes sur les exceptions traditionnelles n'est pas justifié selon l'état actuel de notre droit. Après avoir étudié cette question pendant plusieurs années, la Commission de réforme du droit du Canada a conclu, à la p. 6 de son *Rapport sur la*

sound and well-tested, and have the advantage of being familiar to the profession. We would retain these." Similarly, the Ontario Law Reform Commission in its 1976 *Report on the Law of Evidence* concluded (at p. 15): "In our view, the general exclusionary rule now in effect should be retained, together with the existing common law exceptions. The hearsay rule should, however, be relaxed by way of further, codified, exceptions." Our jurisprudence has recognized the need to relax the hearsay rule to keep it in step with our changing society, specifically our greater appreciation of jurors' abilities. However, I am not convinced that changes have occurred that are so substantial as to vitiate the general conclusions of these commissions which of course studied these issues in far greater detail than we can.

I find it persuasive that other common law jurisdictions that have studied the question have reached similar conclusions, retaining the traditional exceptions while relaxing the standards for admissibility under the hearsay rule. See, e.g., United Kingdom Law Commission, Consultation Paper No. 138, *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics* (1995), at pp. 145-59; Law Reform Commission of Ireland, "The Rule Against Hearsay", in *Reports* (1979), vol. 2, 105, at pp. 201-9; *Evidence Act 1995*, 1995, No. 2, ss. 59-75 (Australia); *Federal Rules of Evidence*, Rules 801 et seq. (United States).

The reforms that Iacobucci J. proposes will have "major and far-reaching" effects on the common law and the trial process and therefore should be avoided: see *Watkins*, supra, at p. 760. Within Iacobucci J.'s approach, evidence that falls under a traditional exception would be doubly challenged. First, while according to Iacobucci J. evidence falling within a traditional exception is presumptively

preuve publié en 1975: «Beaucoup de règles existantes sont sages et ont subi l'épreuve du temps, en plus d'être bien connues de la profession juridique, ce qui n'est pas un mince avantage. Il n'est donc pas question de les éliminer.» La Commission de réforme du droit de l'Ontario a elle aussi conclu, à la p. 15 de son *Report on the Law of Evidence* publié en 1976: [TRADUCTION] «À notre avis, la règle d'exclusion générale présentement en vigueur devrait être maintenue, avec les exceptions de common law existantes. La règle du ouï-dire devrait toutefois être assouplie par de nouvelles exceptions codifiées.» Notre jurisprudence a reconnu la nécessité d'assouplir la règle du ouï-dire pour l'harmoniser avec l'évolution de notre société, particulièrement avec la plus grande considération que nous accordons à la capacité des jurés. Je ne suis toutefois pas convaincue qu'il y a eu des changements importants au point d'infirmer les conclusions générales de ces commissions qui ont évidemment étudié ces questions beaucoup plus en profondeur que nous sommes en mesure de le faire.

Le fait que d'autres ressorts de common law qui ont examiné la question soient arrivés à des conclusions similaires, à savoir maintenir les exceptions traditionnelles tout en assouplissant les normes d'admissibilité en vertu de la règle du ouï-dire, m'apparaît persuasif. Voir, par exemple, United Kingdom Law Commission, Consultation Paper No. 138, *Criminal Law — Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics* (1995), aux pp. 145 à 159; Law Reform Commission of Ireland, «The Rule Against Hearsay», dans *Reports* (1979), vol. 2, 105, aux pp. 201 à 209; *Evidence Act 1995*, 1995, n° 2, art. 59 à 75 (Australie); *Federal Rules of Evidence*, règles 801 et suiv. (États-Unis).

Les réformes proposées par le juge Iacobucci auront pour effet de modifier «sensiblement et profondément» la common law et le procès, et il y a donc lieu de les éviter: voir *Watkins*, précité, à la p. 760. Selon l'approche préconisée par le juge Iacobucci, la preuve qui relève d'une exception traditionnelle serait doublement contestée. En premier lieu, même si, selon le juge Iacobucci, la

admissible (para. 212), it is open to revisit the exceptions themselves to re-interpret them in a manner consistent with the requirements of necessity and reliability (para. 213). Second, Iacobucci J. asserts that "[i]n some rare cases, it may also be possible under the particular circumstances of a case for evidence clearly falling within an otherwise valid exception nonetheless not to meet the principled approach's requirement of necessity and reliability" (para. 214). I fear that this invitation will create further uncertainty in the law as lawyers being lawyers will be quick to claim that their case is the "rare" one of which Iacobucci J. speaks. Iacobucci J. does not specify how trial judges are to deal with these rare cases, stating that they will determine the procedure "whether by *voir dire* or otherwise" (para. 214), but I think it is safe to assume that trial judges will turn to the procedure familiar to them and mandated by our previous jurisprudence: the *voir dire* (see *B. (K.G.)*, *supra*).

preuve visée par une exception traditionnelle est présumée admissible (au par. 212), il sera possible de réexaminer les exceptions elles-mêmes pour les interpréter d'une manière conforme aux exigences de nécessité et de fiabilité (au par. 213). En deuxième lieu, le juge Iacobucci affirme qu'«[i]l se peut également que, dans de rares cas, des circonstances particulières fassent en sorte qu'une preuve manifestement visée par une exception par ailleurs valide ne satisfasse toutefois pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode fondée sur des principes» (par. 214). Je crains que cette invitation ne crée davantage d'incertitude dans le droit étant donné que les avocats ne manqueront sûrement pas de faire valoir que leur cas est l'un des «rares cas» dont parle le juge Iacobucci. Bien que ce dernier ne précise pas comment les juges du procès devront traiter ces rares cas et qu'il affirme simplement qu'ils établiront la procédure «par *voir-dire* ou autrement» (par. 214), je crois qu'on peut présumer que le juge du procès recourra à la procédure qui lui est familière et qui est prescrite par notre jurisprudence: le *voir-dire* (voir *B. (K.G.)*, *précité*).

49 In any event, *voir dire* or not, this approach would require an in-depth re-evaluation of the admissibility of evidence already found to fall within an exception to the hearsay rule. The *voir dire* is merely the most formal mode of conducting this inquiry. With or without a *voir dire*, the double analysis mandated in every case of hearsay evidence on this approach would inevitably and unnecessarily complicate and lengthen trials.

De toute façon, *voir-dire* ou pas, cette méthode exige une réévaluation en profondeur de l'admissibilité d'une preuve déjà jugée comme relevant d'une exception à la règle du ouï-dire. Le *voir-dire* n'est que la façon la plus formelle de procéder à cet examen. Avec ou sans *voir-dire*, la double analyse prescrite par cette approche dans chaque cas où il y a une preuve par ouï-dire compliquerait et allongerait inévitablement et inutilement le procès.

50 It is generally acknowledged that the principled approach will result in lengthening trials as litigation over the admissibility of evidence becomes more common. See Schiff, *supra*, at p. 661; Thompson, *supra*, at p. 295; Prithipaul, *supra*, at p. 92; Blok, *supra*, at p. 685. See also Rosenberg, "B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes", *supra*, at p. 75. In adopting the principled approach to hearsay evidence not falling within an established exception, we have chosen this course in the name of the search for truth and because of confidence that juries will be able to

Il est généralement reconnu que la méthode fondée sur des principes aura pour effet d'allonger les procès alors que les litiges portant sur l'admissibilité de la preuve deviennent plus courants. Voir Schiff, *op. cit.*, à la p. 661; Thompson, *loc. cit.*, à la p. 295; Prithipaul, *loc. cit.*, à la p. 92; Blok, *loc. cit.*, à la p. 685. Voir aussi Rosenberg, «B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes», *loc. cit.*, à la p. 75. En adoptant l'approche fondée sur des principes pour aborder la preuve par ouï-dire qui ne relève pas d'une exception reconnue, nous avons choisi cette voie par souci de

accurately weigh the quality of the evidence before them. However,

[t]aking away all of the rules and replacing them with necessity and reliability makes the role of the trial judge that much more difficult. . . . Trial judges simply do not have the luxury to spend hours, let alone days, pondering the reliability of a particular piece of evidence, an issue normally reserved to the fact-finding phase of the trial. What is required is a set of rules which can be applied to most situations. [Emphasis added.]

(M. Rosenberg, "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules" (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421, at p. 487.)

I would conclude that the principled necessity-reliability analysis, while appropriate where hearsay evidence does not fall within an established exception to the hearsay rule, has not replaced and should not supplant the traditional exceptions to the hearsay rule. I am not persuaded by Iacobucci J.'s attempt to split the difference and hold that the principled approach applies to the evidence that falls within a traditional exception but that a *voir dire* may only sometimes be necessary. Either the principled approach applies to the traditional exceptions or it does not. If it does, then a *voir dire* is required to consider the admissibility of such evidence. See *B. (K.G.)*, *supra*. See also Thompson, *supra*, at p. 295 ("A *voir dire* is required, sometimes a complicated one under the residual exception."). If the traditional exceptions endure, as I believe they should, then no *voir dire* is required.

The source of the disagreement between my colleague Iacobucci J. and me can be traced to variant understandings of threshold reliability inquiry under the principled approach. The traditional exceptions are built upon a determination that a

recherche de la vérité et en raison de notre confiance dans la capacité du jury d'évaluer exactement la qualité de la preuve qui leur est présentée. Toutefois,

[TRANSDUCTION] [I]'élimination de toutes les règles pour les remplacer par des critères de nécessité et de fiabilité complique d'autant plus la tâche du juge du procès. [. . .] Le juge du procès ne peut simplement pas se permettre de consacrer des heures, voire des jours, à méditer sur la fiabilité d'un élément de preuve particulier, question normalement réservée à la phase de constatation des faits du procès. Ce qu'il faut, c'est un ensemble de règles qui peuvent s'appliquer à la plupart des situations. [Je souligne.]

(M. Rosenberg, «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules» (1994), 5 *Supreme Court L.R.* (2d) 421, à la p. 487.)

Je conclus que l'analyse de la nécessité et de la fiabilité fondée sur des principes, bien qu'appropriée lorsque la preuve par ouï-dire ne relève pas d'une exception établie à la règle du ouï-dire, n'a pas remplacé et ne devrait pas supplanter les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. La tentative du juge Iacobucci de couper la poire en deux et de conclure que la méthode fondée sur des principes s'applique à la preuve qui relève d'une exception traditionnelle, mais qu'un *voir-dire* n'est peut-être nécessaire que dans certains cas ne me convainc pas. Ou bien la méthode fondée sur des principes s'applique aux exceptions traditionnelles, ou bien elle ne s'y applique pas. Si elle s'y applique, il faut tenir un *voir-dire* pour examiner si une telle preuve est admissible. Voir *B. (K.G.)*, précité. Voir également Thompson, *loc. cit.*, à la p. 295 ([TRANSDUCTION] «Il est nécessaire de tenir un *voir-dire*, parfois un *voir-dire* compliqué en vertu de l'exception résiduelle.»). Si les exceptions traditionnelles continuent de s'appliquer, ce qui devrait être le cas selon moi, aucun *voir-dire* n'est alors nécessaire.

Le désaccord entre mon collègue le juge Iacobucci et moi tient à des conceptions différentes de l'examen du seuil de fiabilité qui doit être effectué en vertu de la méthode fondée sur des principes. Les exceptions traditionnelles reposent sur

51

52

threshold of reliability is met in particular instances of hearsay statements. Reliability under the principled approach is similarly restricted to a threshold inquiry: *B. (K.G.)*, *supra*, at p. 787. In *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, this Court explained the nature of the reliability analysis (at para. 75):

The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The function of the trial judge is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement. More specifically, the judge must identify the specific hearsay dangers raised by the statement, and then determine whether the facts surrounding the utterance of the statement offer sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for those dangers. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact.

une décision qu'un seuil de fiabilité est atteint dans le cas de certaines déclarations. L'appréciation de la fiabilité au sens de la méthode fondée sur des principes se limite elle aussi à un examen du seuil de fiabilité: *B. (K.G.)*, précité, à la p. 787. Dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, notre Cour a expliqué la nature de l'analyse de la fiabilité (au par. 75):

Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. La tâche du juge du procès se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d'indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration. Plus particulièrement, le juge doit cerner les dangers spécifiques du ouï-dire auxquels donne lieu la déclaration et déterminer ensuite si les faits entourant cette déclaration offrent suffisamment de garanties circonstancielle de fiabilité pour contrebalancer ces dangers. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder.

53. Although it may appear that the above pronouncement conflicts with certain statements made in *Khan*, *supra*, and *Smith*, *supra*, it is possible to reconcile the approaches taken in all of these cases. In *Khan*, although McLachlin J. spoke in terms of the complainant not having a reason to lie, in essence, the recognition there was that children of such a tender age do not have a reason to lie about sexual subjects. Moreover, it is almost impossible for a child of such a tender age to have knowledge about the functioning of male anatomy in that way, rendering statements made by people in that class inherently reliable. Similarly, in *Smith*, one can see how people who are in need of assistance generally, as a class of people, have no reason to lie when they say that they need help. It is certainly true that these facts were present in the individual cases in *Khan* and *Smith*, but the rule would be applicable to a larger class of persons.

Même si l'énoncé susmentionné peut sembler contredire certaines déclarations faites dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités, il est possible de concilier les approches adoptées dans chacun de ces arrêts. Dans l'arrêt *Khan*, même si Madame le juge McLachlin parlait de plaignant qui n'avait aucune raison de mentir, il y a été essentiellement reconnu que des enfants aussi jeunes n'ont aucune raison de mentir au sujet de questions sexuelles. De plus, il est pratiquement impossible qu'un enfant aussi jeune ait une telle connaissance du fonctionnement de l'anatomie masculine, ce qui rend intrinsèquement fiables les déclarations faites par des personnes de cette catégorie. De même, dans l'arrêt *Smith*, on peut voir pourquoi les gens qui ont généralement besoin d'aide, en tant que catégorie de personnes, n'ont aucune raison de mentir lorsqu'ils disent qu'ils ont besoin d'aide. Il est certainement vrai que ces faits étaient présents dans chacune des affaires *Khan* et *Smith*, mais la règle s'appliquerait à une catégorie plus vaste de personnes.

54. Threshold reliability exists where there is a circumstantial guarantee of trustworthiness. It does not mean that the hearsay is true or even likely to be true, but rather it asks whether the circum-

Un seuil de fiabilité est atteint lorsqu'il existe une garantie circonstancielle de fiabilité. Cela ne signifie pas que le ouï-dire est véridique ou même susceptible de l'être, mais cela pose plutôt la ques-

stances are such that there is sufficient reliability for the hearsay to be properly assessed by the jury. The traditional hearsay exceptions are based on a determination of threshold reliability: *Smith, supra*, at pp. 929-30. These exceptions have historically been founded on truisms common to classes of people or common to circumstances applicable to all people. There is no reason why that should not continue to be the case.

I acknowledge that some of the existing exceptions may require fine tuning. It may be that society has changed in such a manner that the rationale for the exception no longer applies. And, there may be circumstances which could arise in an individual case which challenge the inherent reliability that underpins a hearsay exception. However, the court must differentiate between individual circumstances that go to the weight of the evidence (such as motive to lie or other extraneous circumstances unique to the individual) and circumstances that are properly considered at the threshold stage.

In re-evaluating a hearsay exception, the court must ask whether some reason exists to doubt that the rationale underlying the exception applies in certain circumstances. The scope of this inquiry is restricted; the court should not consider every possible permutation of indicators of reliability or unreliability. To do so would result in the excision of the categories and abolition of their utility. Rather, the questions should always be: Is there something wrong with the exception itself? Should the exception be inapplicable in some circumstances?

The only time when a court should entertain a challenge to an existing exception is where there are facts, generally applicable to a class of persons, which weaken the theoretical justification for the exception. If facts arise which demonstrate that within an exception, we no longer think that statements made by a particular class of persons are inherently reliable, then to a certain extent, the rationale for the exception has been displaced and the exception must be modified to exclude people in such circumstances. For example, it may be that

tion de savoir si les circonstances sont telles qu'il existe un niveau de fiabilité suffisant pour que le jury puisse apprécier adéquatement le ouï-dire. Les catégories traditionnelles de ouï-dire sont fondées sur une détermination du seuil de fiabilité: *Smith*, précité, aux pp. 929 et 930. Ces exceptions reposent sur des truismes communs à des catégories de personnes ou à des circonstances applicables à tous. Rien ne justifie qu'il n'en soit plus ainsi.

Je reconnais que certaines exceptions existantes peuvent avoir besoin d'être ajustées. Il se peut que la société ait évolué au point que l'exception n'a plus sa raison d'être. Il se peut aussi que des circonstances susceptibles de se présenter dans un cas particulier compromettent la fiabilité inhérente qui sous-tend une exception à la règle du ouï-dire. La cour doit cependant différencier les circonstances particulières ayant une incidence sur le poids de la preuve (comme un motif de mentir ou d'autres circonstances étrangères propres à une personne) des circonstances qui doivent être examinées à l'étape de l'analyse du seuil de fiabilité.

Au moment de réévaluer une exception à la règle du ouï-dire, la cour doit se demander s'il y a une raison de douter de l'application du raisonnement sous-jacent à l'exception dans certaines circonstances. La portée de cet examen est limitée; la cour ne devrait pas examiner chaque permutation possible des indices de fiabilité ou de non-fiabilité. Si elle le faisait, cela entraînerait la suppression des catégories qui deviendraient ainsi inutiles. Il faut plutôt continuer de poser les questions suivantes: L'exception elle-même pose-t-elle problème? L'exception devrait-elle être inapplicable dans certaines circonstances?

Une cour ne devrait examiner la contestation d'une exception existante qu'en présence de faits, généralement applicables à une catégorie de personnes, qui minent la justification théorique de l'exception. S'il y existe des faits qui démontrent que, dans le cas d'une exception, nous ne croyons plus que les déclarations d'une catégorie particulière de personnes soient intrinsèquement fiables, alors l'exception perd jusqu'à un certain point sa raison d'être et doit être modifiée de façon à exclure les gens qui se trouvent dans cette situa-

55

56

57

a court may wish to reconsider the dying declaration under certain circumstances such as when a dying person is under the influence of powerful drugs. Another exemption that may benefit from re-examination is the business records exception where the records are written by persons who are not disinterested parties. Both of these examples reflect particular circumstances under which reliability may be questioned for all people in such a situation. I believe that this approach will force the courts to reconsider the exceptions only where a problem exists with the theoretical foundation of the exception. Furthermore, having the courts remember the reasons for the rule will prove very beneficial. The problem with the exceptions was that they were thought to be "ossified judicially created categories" (*Smith, supra*, at p. 930), but this approach will foster a renewed understanding of the rationales underlying these categories.

tion. Par exemple, il se peut qu'une cour veuille réexaminer la déclaration d'un mourant dans le cas notamment où le mourant l'a faite alors qu'il était sous l'effet d'un médicament puissant. Une autre exception susceptible de bénéficier d'un réexamen est celle des dossiers d'entreprise établis par des personnes qui ne sont pas désintéressées. Ces deux exemples reflètent des circonstances particulières dans lesquelles la fiabilité de toutes les personnes en cause peut être mise en doute. Je crois que cette approche ne forcera les tribunaux à réexaminer une exception que si le fondement théorique de cette exception pose un problème. De plus, le fait d'obliger les tribunaux à se rappeler les raisons de la règle se révélera fort bénéfique. Le problème que posaient les exceptions émanait du fait qu'elles étaient considérées comme des «catégories sclérosées conçues par les tribunaux» (*Smith, précité*, à la p. 930), mais cette approche favorisera une meilleure compréhension des raisons qui sous-tendent ces catégories.

58 In sum, if one wishes to displace an exception, which is based on concepts of necessity and reliability, one will have to displace either necessity or the reliability upon which the exception is based. This can only be done where the circumstances would be generally applicable to a class of persons or in a particular circumstance faced by all persons.

Somme toute, pour pouvoir écarter une exception fondée sur les concepts de nécessité et de fiabilité, il faudra écarter la nécessité ou la fiabilité sur laquelle repose cette exception. Cela ne peut se faire que si les circonstances sont généralement applicables à une catégorie de personnes ou, dans un cas particulier, à tous.

59 In principle, the trial judge's residual discretion to exclude admissible evidence where its prejudicial effect substantially outweighs its probative value (*Seaboyer, supra*, at p. 611) could, in appropriate circumstances, apply to evidence falling within an exception to the hearsay rule: see, e.g., *Hawkins, supra*, at para. 85. This point was not addressed in the Court of Appeal and was not argued before this Court and therefore I see no need to undertake an analysis of the issue.

En principe, le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'écarter une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante (*Seaboyer, précité*, à la p. 611) pourrait, dans des circonstances appropriées, s'appliquer à la preuve qui relève d'une exception à la règle du ouï-dire: voir, par exemple, l'arrêt *Hawkins, précité*, au par. 85. Ce point n'a pas été abordé en Cour d'appel ni débattu devant notre Cour et je ne vois donc pas la nécessité d'entreprendre une analyse de cette question.

60 I would summarize my position in the following terms which I believe are largely consistent with the approach taken by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193, and *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514. First, *Khan* and its progeny permit hearsay evi-

Je résumerais ma position dans les termes suivants, qui, à mon avis, sont largement compatibles avec l'approche adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans les arrêts *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193, et *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514. D'abord, quoique l'arrêt

dence to be admitted in new situations where necessary and where indicia of reliability are present, but did not abolish the traditional exceptions. Second, the traditional exceptions are largely consistent with the necessity-reliability criteria and so do not generally require revision. Finally, the traditional exceptions may be modified or supplemented as appropriate to conform to the principled approach (on this last point, see Rosenberg, "B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes", *supra*, at p. 71). Trial judges should continue to apply the traditional exceptions to the hearsay rule.

(4) Admissibility of Cook's Statement of Intention

(a) *Is the Statement Hearsay?*

No disagreement exists that the Crown sought to use Cook's statement to Giesbrecht that he had to "go and do an Autopac scam with Robert" as proof of the truth of its contents. Accordingly, as Iacobucci J. explains in para. 165, it is hearsay.

(b) *The "Present Intentions" Exception to the Hearsay Rule*

The next question is whether the statement falls within a recognized exception to the rule against hearsay. All three judges in the Court of Appeal recognized that the statement fell squarely within the "present intentions" exception recognized by this Court in *Smith*, *supra*, at p. 925. Twaddle J.A., dissenting, would have excluded the statement not because it exceeded the confines of the "present intentions" exception but because he believed that the principled approach should be applied in this case. I disagree both with Iacobucci J.'s description of the "present intentions" exception and with his modification of the exception to comply with the principled approach. Furthermore, I do not

Khan et les arrêts qui en découlent permettent d'admettre une preuve par ouï-dire dans de nouvelles situations où cela est nécessaire et où il existe des indices de fiabilité, ils n'ont pas aboli les exceptions traditionnelles. Ensuite, les exceptions traditionnelles sont largement compatibles avec les critères de nécessité et de fiabilité, de sorte qu'elles n'ont généralement pas besoin d'être révisées. Enfin, les exceptions traditionnelles peuvent être modifiées ou complétées au besoin afin d'assurer la conformité avec la méthode fondée sur des principes (sur ce dernier point, voir Rosenberg, «B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes», *loc. cit.*, à la p. 71). Les juges du procès devraient continuer d'appliquer les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

(4) Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook

a) *La déclaration est-elle du ouï-dire?*

Tous s'accordent pour dire que le ministère public a tenté d'utiliser la déclaration de Cook à Giesbrecht, qu'il devait [TRADUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert», comme preuve de la véracité de son contenu. Par conséquent, comme l'explique le juge Iacobucci au par. 165, il s'agit de ouï-dire.

b) *L'exception des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire*

La question est maintenant de savoir si la déclaration relève d'une exception reconnue à la règle du ouï-dire. Les juges de la Cour d'appel ont tous trois retenu que la déclaration relevait nettement de l'exception des «intentions existantes» reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 925. Le juge Twaddle, dissident, aurait écarté la déclaration non pas parce qu'elle excédait les confines de l'exception des «intentions existantes», mais parce qu'il croyait que la méthode fondée sur des principes devait être appliquée en l'espèce. Je ne souscris ni à la description que donne le juge Iacobucci de l'exception des «intentions existantes», ni à sa modification de l'exception en vue de respecter la méthode fondée sur des principes. Je ne suis pas d'accord non plus avec sa qualifica-

agree with his characterization of the so-called "joint act" rule under this exception.

tion de la règle dite de l'«acte accompli conjointement» dans le contexte de cette exception.

63

This Court recently examined the "present intentions" exception in detail in *Smith, supra*, where we recognized that an "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" (p. 925). Drawing on Wigmore, Iacobucci J. would add the requirement that the statement "must appear to have been made in a natural manner and not under circumstances of suspicion" (para. 168). Let me be quite clear that this second requirement is a new addition to the common law exception. In the course of reviewing nearly eighty years of jurisprudence of the present intentions exception in this country, I have been able to unearth but a single reference to the Wigmore requirement of "circumstantial guarantee of trustworthiness": see *R. v. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527 (B.C.C.A.), at p. 534. In *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.), at p. 338, Doherty J. (as he then was), while not mentioning Wigmore did however note in passing that "[i]t also appears that there is some circumstantial guarantee of trustworthiness attaching to these utterances as there is no suggestion that the deceased had reason to misrepresent her state of mind when she made these various statements to her sister and other close associates." Neither of these cases provides any explanation, elaboration or application of the "circumstantial guarantee of trustworthiness" component. The clear weight of authority in this country examining the "present intentions" exception lacks any mention of this component: see, e.g., *Smith, supra*, *R. v. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (Ont. C.A.) (*per* Martin J.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1985] 1 S.C.R. x; *M. (L.N.) v. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194 (S.C.); *Neufeld v. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150 (Q.B.); *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (Man. C.A.); *R. v. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. v. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678 (C.A.); *R. v. Carriere* (1986), 40 Man. R. (2d) 150 (C.A.); *R. v. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277 (S.C.); *R. v.*

Notre Cour a récemment analysé en détail l'exception des «intentions existantes» dans l'arrêt *Smith*, précité, où elle a reconnu qu'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» (p. 925). S'appuyant sur Wigmore, le juge Iacobucci ajouterait l'exigence selon laquelle la déclaration [TRADUCTION] «doit paraître avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses» (par. 168). J'aimerais préciser que cette deuxième exigence est un nouvel ajout à l'exception qui relève de la common law. Passant en revue quelque quatre-vingts années de jurisprudence canadienne relative à l'exception des intentions existantes, je n'ai pu déceler qu'un seul renvoi à l'exigence de Wigmore qu'il y ait «garantie circonstancielle de fiabilité»: voir *R. c. McKenzie* (1986), 32 C.C.C. (3d) 527 (C.A.C.-B.), à la p. 534. Dans *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C. Ont.), à la p. 338, le juge Doherty (maintenant juge de la Cour d'appel) a fait remarquer en passant, sans toutefois mentionner Wigmore, [TRADUCTION] «[qu']ne certaine garantie circonstancielle de fiabilité semble se rattacher à ces déclarations vu que rien n'indique que la personne décédée avait des raisons de cacher son état d'esprit réel lorsqu'elle a fait ces diverses déclarations à sa sœur et à ses autres proches associés.» Aucune de ces décisions ne fournit une explication, des détails ou une application de l'élément «garantie circonstancielle de fiabilité». La grande majorité des décisions canadiennes dans lesquelles a été examinée l'exception des «intentions existantes» ne mentionne pas cet élément: voir, par exemple, *Smith*, précité; *R. c. Moore* (1984), 15 C.C.C. (3d) 541 (C.A. Ont.) (le juge Martin), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1985] 1 R.C.S. x; *M. (L.N.) c. Green* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 194 (C.S.); *Neufeld c. Child and Family Services of Winnipeg* (1993), 89 Man. R. (2d) 150 (B.R.); *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Man.); *R. c. McLeod* (1991), 6 B.C.A.C. 223; *R. c. Miller* (1991), 5 O.R. (3d) 678 (C.A.); *R. c. Carriere*

Flemming (1980), 43 N.S.R. (2d) 249 (Co. Ct.); *R. v. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154 (Ont. C.A.); *Hildebrand v. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234 (S.C.); *R. v. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232 (Sask. C.A.); *R. v. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561 (S.C.A.D.); *R. v. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351 (C.A.); *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555 (B.C.S.C.); *Great West Uranium Mines Ltd. v. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307 (Sask. C.A.); *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1 (P.C.); *R. v. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (Sask. C.A.); *R. v. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555 (Alta. S.C.A.D.); *R. v. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th) 221 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1 (Nfld. C.A.); *Collins v. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215 (Nfld. U.F.C.); *R. v. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139 (B.C.C.A.); *Home v. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (Ont. H.C.), at pp. 754-55. Nor does the leading treatise in this country on evidence discuss the addition proposed by Iacobucci J.: see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at §§ 6.225-6.242. I do not see this addition as either necessary or desirable.

By interpreting "circumstances of suspicion" in a broad fashion (see paras. 177-79), Iacobucci J.'s approach neutralizes the utility of the exceptions which provide predictability and a certain degree of swiftness in our trial process. By requiring the negation of the possibility that the declarant was untruthful, Iacobucci J. creates an extremely high threshold for the introduction of previously acceptable hearsay evidence. The possibility of untruthfulness is inherent in every statement. Ascertaining truth is the fundamental task for the trier of fact, not for the trier of law determining threshold reliability.

In addition, by adding the requirement that a statement of intention not be made under circumstances of suspicion so as to conform with the principled approach, Iacobucci J. reveals the essential problem with his proposed mode of hearsay analysis. For if each exception is to incorporate a

(1986), 40 Man. R. (2d) 150 (C.A.); *R. c. Baron von Lindberg* (1977), 66 B.C.L.R. 277 (C.S.); *R. c. Fleming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249 (C. cté); *R. c. Jackson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 154 (C.A. Ont.); *Hildebrand c. Butler* (1979), 11 B.C.L.R. 234 (C.S.); *R. c. Strongquill* (1978), 43 C.C.C. (2d) 232 (C.A. Sask.); *R. c. Baltzer* (1974), 10 N.S.R. (2d) 561 (C.S., Div. app.); *R. c. Bencardino* (1973), 2 O.R. (2d) 351 (C.A.); *Re Grant Estate*, [1971] 1 W.W.R. 555 (C.S.C.-B.); *Great West Uranium Mines Ltd. c. Rock Hill Uranium Ltd.*, [1955] 4 D.L.R. 307 (C.A. Sask.); *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, [1952] 3 D.L.R. 1 (C.P.); *R. c. Wysochan* (1930), 54 C.C.C. 172 (C.A. Sask.); *R. c. Covlin*, [1923] 3 W.W.R. 555 (C.S. Alb., Div. app.); *R. c. Ferry* (1992), 18 C.R. (4th) 221 (C. Ont. (Div. gén.)); *Re J.B.* (1998), 166 Nfld. & P.E.I.R. 1 (C.A.T.-N.); *Collins c. Collins* (1993), 114 Nfld. & P.E.I.R. 215 (C.U.F.T.-N.); *R. c. Mafi* (1998), 21 C.R. (5th) 139 (C.A.C.-B.); *Home c. Corbeil*, [1955] 4 D.L.R. 750 (H.C. Ont.), aux pp. 754 et 755. Le principal traité sur la preuve dans notre pays n'aborde pas non plus l'ajout proposé par le juge Iacobucci: voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, aux §§ 6.225 à 6.242. Je considère que cet ajout n'est ni nécessaire ni souhaitable.

En donnant une interprétation large aux «circonstances douteuses» (voir les par. 177 à 179), le juge Iacobucci enlève toute utilité aux exceptions pour ce qui est d'assurer la prévisibilité et une certaine célérité dans nos procès. En exigeant que l'on écarte la possibilité que le déclarant ait menti, le juge Iacobucci impose un critère extrêmement exigeant pour la présentation d'une preuve par ouï-dire auparavant admissible. La possibilité que l'on ait menti est inhérente à chaque déclaration. La découverte de la vérité incombe essentiellement au juge des faits et non pas au juge du droit qui établit le seuil de fiabilité.

De plus, en ajoutant l'exigence qu'une déclaration d'intention ne soit pas faite dans des circonstances douteuses de manière à ce qu'elle respecte la méthode fondée sur des principes, le juge Iacobucci révèle le problème essentiel que soulève le mode d'analyse du ouï-dire qu'il propose. En

necessity and reliability component in examining each individual statement that comes under the exception, then the end result is the eradication of the exceptions themselves. I appreciate that under the approach proposed by Iacobucci J., the exceptions are supposed to continue to serve a useful role as, *inter alia*, "practical manifestations of the principled approach in concrete and meaningful form" (para. 205). However, once a trial judge is required to examine every hearsay statement in terms of reliability and necessity, I do not think that there is much left of the exceptions.

effet, les exceptions elles-mêmes finiront par disparaître s'il faut, dans chaque cas, analyser la nécessité et la fiabilité de chacune des déclarations visées par l'exception. Si je comprends bien, selon la méthode proposée par le juge Iacobucci, les exceptions sont censées conserver leur utilité à titre, notamment, de «manifestations pratiques sous forme concrète et utile de la méthode fondée sur des principes» (par. 205). Cependant, dès qu'un juge du procès est tenu d'examiner la fiabilité et la nécessité de chaque déclaration relatée, je ne pense pas qu'il reste grand-chose des exceptions.

66 Earlier, I explained my preferred mode of rationalizing the traditional exceptions with the principled approach. I will not repeat it except to say that I believe that the categories as a whole may be revisited and refined in light of the principled approach, but they are not supplanted by it. I see no reason to depart from the existing definition of this exception as outlined by Lamer C.J. in *Smith*, *supra*, and Martin J.A. in *Moore*, *supra*.

J'ai expliqué plus haut la méthode que je privilégie pour rationaliser les exceptions traditionnelles en fonction de la méthode fondée sur des principes. Je ne la répéterai pas, sauf pour dire que je crois que les catégories dans leur ensemble peuvent être réexaminées et précisées en fonction de la méthode fondée sur des principes, sans toutefois être remplacées par cette méthode. Je ne vois aucune raison de m'éloigner de la définition existante de cette exception formulée par le juge en chef Lamer dans *Smith*, précité, et par le juge Martin dans *Moore*, précité.

(c) *The "Joint Act" Rule and the "Present Intentions" Exception*

c) *La règle de l'«acte accompli conjointement» et l'exception des «intentions existantes»*

67 It is common cause that the "present intentions" exception may not be used to infer that a third party acted in accordance with the declarant's stated intention. Doherty J. explained the permissible chain of inferences in *P. (R.)*, *supra*, at p. 343:

Il est généralement reconnu que l'exception des «intentions existantes» ne saurait servir à déduire qu'un tiers a donné suite à l'intention explicite de l'auteur de la déclaration. Le juge Doherty a expliqué la chaîne des déductions permises dans la décision *P. (R.)*, précitée, à la p. 343:

Evidence of the deceased's state of mind may, in turn, be relevant as circumstantial evidence that the deceased subsequently acted in accordance with that avowed state of mind. When a deceased says, "I will go to Ottawa tomorrow", the statement affords direct evidence of the state of mind — an intention to go to Ottawa tomorrow — and circumstantial evidence that the deceased in fact went to Ottawa on that day. If either the state of mind, or the fact to be inferred from the existence of the state of mind is relevant, the evidence is receivable subject to objections based on undue prejudice.

[TRADUCTION] La preuve de l'état d'esprit de la personne décédée peut, à son tour, être pertinente à titre de preuve circonstancielle que la personne décédée a par la suite agi conformément à cet état d'esprit exprimé. Lorsque la personne décédée a dit «J'irai à Ottawa demain», la déclaration fournit une preuve directe de l'état d'esprit — l'intention d'aller à Ottawa demain — et une preuve circonstancielle que la personne décédée est effectivement allée à Ottawa ce jour-là. Si l'état d'esprit ou le fait qui peut en être déduit est pertinent, la preuve est recevable sous réserve d'objections fondées sur un préjudice indu.

Later at p. 344, Doherty J. wrote: "The evidence is not, however, admissible . . . 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." Lamer C.J. adopted this statement of the joint act exception in *Smith*, *supra*, at pp. 926-27.

This exception simply recognizes basic principles of logic. As Professor R. J. Delisle explains in "*R. v. Smith: The Relevance of Hearsay*" (1991), 2 C.R. (4th) 260, at p. 264:

The statement of the declarant's then state of mind should be received as evidence of that state of mind. . . . The next step in the chain — whether an inference should be drawn that the deceased acted in accordance with that state of mind, by himself, or jointly with another — presents a problem, not of hearsay, but of relevance and prejudicial value.

Doherty J. properly recognized this in *P. (R.)*, *supra*, at pp. 346-49.

Statements of intention may be admissible despite the fact that they refer to a joint act: see the leading cases of *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), at p. 296; *United States v. Pheaster*, 544 F.2d 353 (9th Cir. 1976), at pp. 374-80; *People v. Alcalde*, 148 P.2d 627 (Cal. 1944), at pp. 631-33. *Alcalde* presented a situation similar to the one before us: the deceased declarant had said that she "was going out with Frank" that evening. The California Supreme Court, over the dissent of Traynor J., held that the statement was admissible to show the decedent's intent that evening. Generally, this sort of evidence is admissible as an indication of the declarant's intention at the time he or she spoke. The inferences to be drawn from the evidence are for the jury, properly cautioned.

Plus loin, à la p. 344, le juge Doherty écrit: [TRADUCTION] «Toutefois, la preuve n'est pas admissible [...] 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.» Le juge en chef Lamer a adopté cet énoncé de l'exception de l'acte accompli conjointement dans l'arrêt *Smith*, précité, aux pp. 926 et 927.

Cette exception ne fait que reconnaître des principes logiques de base. Comme l'explique le professeur R. J. Delisle dans «*R. v. Smith: The Relevance of Hearsay*» (1991), 2 C.R. (4th) 260, à la p. 264:

[TRADUCTION] La déclaration exprimant l'état d'esprit de son auteur à l'époque où il l'a faite devrait être admise comme preuve de cet état d'esprit. [...] La prochaine étape — à savoir s'il y a lieu de déduire que la personne décédée a donné suite à cet état d'esprit, seule ou avec d'autres — pose un problème non pas de ouï-dire, mais de pertinence et d'effet préjudiciable.

Le juge Doherty a reconnu cela à bon droit dans la décision *P. (R.)*, précitée, aux pp. 346 à 349.

Les déclarations d'intention peuvent être admissibles même si elles font allusion à un acte accompli conjointement: voir les arrêts de principe *Mutual Life Insurance Co. v. Hillmon*, 145 U.S. 285 (1892), à la p. 296; *United States v. Pheaster*, 544 F.2d 353 (9th Cir. 1976), aux pp. 374 à 380; *People v. Alcalde*, 148 P.2d 627 (Cal. 1944), aux pp. 631 à 633. Dans *Alcalde*, la situation était analogue à celle dont nous sommes saisis: la victime ayant fait la déclaration avait dit qu'elle [TRADUCTION] «sortait avec Frank» ce soir-là. Malgré la dissidence du juge Traynor, la Cour suprême de la Californie a statué que cette déclaration était admissible pour démontrer l'intention de la victime ce soir-là. En général, ce genre de preuve est admissible à titre d'indication de l'intention qu'avait l'auteur de la déclaration au moment où il s'est exprimé. Il appartient au jury, après une mise en garde appropriée, d'utiliser la preuve pour faire les déductions qui s'imposent.

68

69

(d) *Use of Cook's Statement*

70

I do not believe that the trial judge erred in leaving Cook's statement of intention to the jury. "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" (*Smith*, *supra*, at p. 937). The trial judge told the jury that "[t]he Crown says that Ms. Giesbrecht's evidence is the second thread of evidence to link the accused, Robert Starr, with the deaths of Cook and Weselowski. Again, it is for you to decide whether the evidence of Cook's statement about the scam goes as far as the Crown would have you believe" (emphasis added). I do not believe that this instruction invited the jury to draw an impermissible inference against the appellant. In examining what the Crown "would have [the jury] believe", the Crown, referring to another statement not at issue here, explained "evidence of intention" as "What was the deceased thinking about just before his death?". The Crown continued:

The difference between the statement of intention by Mr. Cook to Young and the statement of intention by Mr. Cook to Giesbrecht is that Cook carried the Giesbrecht intention out, didn't he? He ended up in a car, say the prosecution, driving down a ditch, smashing it up outside of the Turski home. He travelled all that way. He had to have; he was found dead there, and the car that was smashed against the pole was the car that Starr had been in, in the Mohawk garage. So that expression of intention appears to have been carried out. . . .

I believe that the Crown was entitled to ask the jury to draw an inference that Cook in fact acted in accordance with his stated intention, even if that stated intention involved a joint act: see *P. (R.)*, *supra*. In this situation, circumstances of joint intention may be considered along with the other evidence in determining what the third party did. Thus, I do not believe that the Crown asked the jury to draw an impermissible inference nor do I

d) *Utilisation de la déclaration de Cook*

Je ne crois pas que le juge du procès ait commis une erreur en soumettant la déclaration d'intention de Cook à l'appréciation du jury. «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» (*Smith*, précité, à la p. 937). Le juge du procès a dit au jury que [TRADUCTION] «[L]e ministère public affirme que le témoignage de M^{me} Giesbrecht est le deuxième élément de preuve qui relie l'accusé Robert Starr au décès de Cook et à celui de Weselowski. Là encore, il vous appartient de décider si la preuve de la déclaration de Cook au sujet de la fraude va aussi loin que le ministère public voudrait vous le faire croire» (je souligne). Je ne crois pas que cette directive invitait le jury à faire une déduction inacceptable au détriment de l'appelant. En examinant ce qu'il aurait voulu «faire croire» au jury, le ministère public a expliqué, au sujet d'une autre déclaration qui n'est pas en cause en l'espèce, que la «preuve de l'intention» consiste à se demander: [TRADUCTION] «Que pensait la victime juste avant de mourir?» Il a ajouté:

[TRADUCTION] La différence entre la déclaration d'intention que M. Cook a faite à Young et celle qu'il a faite à Giesbrecht est que Cook a donné suite à l'intention qu'il avait exprimée à Giesbrecht, n'est-ce pas? Il s'est retrouvé, affirme la poursuite, dans une automobile qu'il a conduite dans un fossé et bousillée à l'extérieur de la maison des Turski. Il a parcouru toute cette distance. Il devait l'avoir fait; il a été trouvé mort à cet endroit et la voiture qui a heurté le poteau était celle dans laquelle Starr avait pris place au garage Mohawk. Il semble donc avoir donné suite à cette expression d'intention. . . .

Je crois que le ministère public avait le droit de demander au jury de déduire que Cook a effectivement donné suite à son intention explicite, même si cette intention explicite visait un acte accompli conjointement: voir *P. (R.)*, précité. Dans ce cas, des circonstances d'intention commune peuvent être prises en considération avec les autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait. Selon moi, le ministère public n'a pas demandé au jury de faire une déduction inacceptable et je ne crois pas non plus que le juge du procès

believe that the trial judge erred in instructing the jury on this issue.

Accordingly, I would dismiss this ground of the appeal.

B. The Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification

On this issue, I agree with Monnin J.A.'s decision in the Court of Appeal that the trial judge may have committed an error by allowing the police officers to testify as to Ms. Ball's out-of-court identification of the appellant, but that any harm that such evidence may have caused was effectively negated by the trial judge's instructions to the jury. Therefore, I do not find it necessary to analyze this evidence under the "prior identification" exception or under the principled approach as my colleague Iacobucci J. does. I am convinced that the harm caused by the introduction of the evidence was minimal given other testimony that placed the appellant at the Mohawk gas station before the murders. Any harm that may have been caused by the impugned evidence was nullified by the trial judge's instruction to the jury.

In the days immediately following the murders, RCMP Constables Madden and MacLeod visited the home of Cheryl and Daniel Ball, interviewing them on four occasions on three different days. Ms. Ball testified at trial that on the second visit, two days after the murder, the police showed her some photographs. She testified that her memory of seeing the photos was hazy and that she did not think she had recognized anyone in the photos. Regarding the RCMP's third visit on the same day as the second, Ms. Ball testified that she thought she had pointed to one of the three photographs shown to her and said that the person in the photo "looks kind of familiar". Ms. Ball met with the police a week later, but at trial she did not recall having said anything to them about any of the photos on that occasion. Ms. Ball did not testify at trial as to why the person in the photo shown to her on the second visit looked familiar or where she had seen the person. She was not asked whether

ait commis une erreur dans ses directives au jury sur ce point.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball

Sur ce point, je partage la décision du juge Monnin de la Cour d'appel qu'il se peut que le juge du procès ait commis une erreur en permettant aux policiers de témoigner au sujet de l'identification extrajudiciaire de l'appellant par Cheryl Ball, mais que tout préjudice que cette preuve peut avoir causé a effectivement été éliminé par les directives du juge du procès au jury. Par conséquent, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'analyser cette preuve en vertu de l'exception de l'«identification antérieure» ou de la méthode fondée sur des principes, comme le fait mon collègue le juge Iacobucci. Je suis persuadée que le préjudice causé par la présentation de cette preuve était minime compte tenu des autres témoignages selon lesquels l'appellant était à la station-service Mohawk avant les meurtres. Tout préjudice qui peut avoir été causé par la preuve attaquée a été éliminé par les directives du juge du procès au jury.

Au cours des jours qui ont suivi immédiatement les meurtres, les agents Madden et MacLeod de la GRC se sont rendus au domicile de Cheryl et Daniel Ball pour les interroger à quatre reprises en trois jours. Madame Ball a témoigné au procès que, lors de la deuxième visite, deux jours après les meurtres, les policiers lui ont montré des photographies. Elle a déclaré qu'elle se souvenait vaguement avoir vu les photos et qu'elle ne croyait pas avoir reconnu qui que ce soit sur celles-ci. En ce qui concerne la troisième visite de la GRC, qui a eu lieu le même jour que la deuxième, M^{me} Ball a témoigné qu'elle croyait avoir indiqué une des trois photographies qui lui avaient été montrées et avoir affirmé que la personne figurant sur cette photo [TRADUCTION] «[lui disait] quelque chose». Madame Ball a rencontré les policiers une semaine plus tard, mais elle ne se souvenait pas au procès de leur avoir dit quoi que ce soit au sujet des photos à cette occasion. Madame Ball n'a pas

71

72

73

she had seen the appellant on the night of the murder and she did not testify that she had done so. In fact, she did not mention the appellant in her testimony or identify him in court.

expliqué, au procès, pourquoi la personne figurant sur la photo qui lui avait été montrée lors de la deuxième visite lui disait quelque chose, ni où elle avait vu cette personne. On ne lui a pas demandé si elle avait vu l'appelant la nuit des meurtres et elle n'a pas témoigné qu'elle l'avait vu. En fait, elle n'a pas mentionné l'appelant dans son témoignage et ne l'a pas identifié en cour.

74 Constable Madden testified that on the second visit to her home, Ms. Ball told him and Constable MacLeod that she had seen a man talking to Cook at the Mohawk gas station. Constable Madden testified that Ms. Ball described the man she had seen as white, with glasses and short hair in a ponytail. She mentioned nothing about a goatee. Constable Madden testified that, at the time of the murders, the appellant had long hair that was not in a ponytail, was not wearing glasses, and had a goatee. To Constable Madden's knowledge, the appellant had never worn glasses. Constable Madden testified that Ms. Ball indicated that the man in Photo No. 3 looked like the man whom she had seen at the Mohawk gas station talking to Cook and who was "probably driving the other car". Photo No. 3 was a black and white photocopy of a photo of the appellant in which he had a moustache, no goatee, long hair, and no glasses.

L'agent Madden a témoigné que, lors de la deuxième visite au domicile de M^{me} Ball, celle-ci lui avait déclaré, en présence de l'agent MacLeod, avoir vu un homme parler à Cook à la station-service Mohawk. Il a témoigné que l'homme décrit par M^{me} Ball était blanc, portait des lunettes et avait les cheveux courts attachés en queue de cheval. Elle n'a pas parlé d'une barbiche. L'agent Madden a témoigné qu'à l'époque des meurtres l'appelant avait les cheveux longs et non attachés en queue de cheval, qu'il ne portait pas de lunettes et qu'il avait une barbiche. À sa connaissance, l'appelant n'avait jamais porté de lunettes. L'agent Madden a affirmé que M^{me} Ball avait indiqué que l'homme figurant sur la troisième photo ressemblait à l'homme qu'elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk et qui [TRADUCTION] «conduisait probablement l'autre automobile». La troisième photo était une photocopie en noir et blanc d'une photo de l'appelant qui avait les cheveux longs et une moustache mais pas de barbiche, et ne portait pas de lunettes.

75 Constable Madden further testified that when he and Constable MacLeod returned to the Ball residence one week later, Ms. Ball picked out the same photograph of the appellant that she had identified on the previous occasion, from amongst a set of eight photographs. None of the other photos had been included among the three shown to her the week before. Ms. Ball was not asked whether her previous selection of the same photo influenced her selection of it one week later.

L'agent Madden a en outre témoigné que lorsque lui et l'agent MacLeod sont retournés à la résidence des Ball une semaine plus tard, M^{me} Ball a choisi la même photographie de l'appelant qu'elle avait indiquée précédemment, parmi une série de huit photographies. Aucune des autres photos ne figurait parmi les trois qui lui avaient été montrées la semaine précédente. On n'a pas demandé à M^{me} Ball si le choix de photo qu'elle avait fait antérieurement avait influencé son choix une semaine plus tard.

76 The dissent in the Court of Appeal and Iacobucci J. in his reasons assert that Constable Madden's testimony of Ms. Ball's out-of-court identification was important because it placed the appellant in St. Norbert, whereas without Ms.

Dans les motifs dissidents rédigés en Cour d'appel et dans les motifs du juge Iacobucci, on affirme que le témoignage de l'agent Madden au sujet de l'identification extrajudiciaire par M^{me} Ball était important parce qu'il situait l'appelant à

Ball's identification the appellant was last seen "halfway across the city from where the crime occurred". Both Twaddle J.A. and Iacobucci J. are of the opinion that this piece of evidence might have been the "last straw", allowing the Crown to meet its onus. With respect, I cannot agree.

Constable Madden testified that Ms. Ball had stated that the appellant "was the one that she saw at the Mohawk Station and that he was probably driving the other car" (emphasis added). According to Twaddle J.A. and Iacobucci J., this second half of the sentence may suggest that Ms. Ball identified the appellant in St. Norbert where the murders took place, rather than at the Mohawk gas station. I do not believe that the evidence supports such an interpretation. After Constable Madden made the above statement in his testimony, the trial judge asked for a clarification:

THE COURT: I'm sorry, Mr. Dangerfield would you have Constable Madden repeat the words that Mrs. Ball said. "He is the one I saw at the Mohawk" is that what you said?

THE WITNESS: She felt that he was the one at the Mohawk Station.

THE COURT: Yes.

THE WITNESS: And she described him.

THE COURT: Yes.

THE WITNESS: And felt he was the one there that had been talking to Bo Cook and that had been driving the car.

A few questions later, on direct examination, Constable Madden again returned to the specifics of Ms. Ball's identification of the appellant:

Q All right. You put this before Mrs. Ball. What did she say on that occasion?

A Without any hesitation at all, she pointed at photo number 5.

Q Did she say anything?

A And said: That was the one at the Mohawk.

St. Norbert, tandis que, si on fait abstraction de l'identification par M^{me} Ball, l'appelant a été aperçu pour la dernière fois [TRADUCTION] «à mi-chemin entre le lieu du crime et l'autre bout de la ville». Les juges Twaddle et Iacobucci estiment tous les deux qu'il se pourrait que cet élément de preuve ait été ce qui en fin de compte avait permis au ministère public de s'acquitter de son obligation. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis.

L'agent Madden a témoigné que M^{me} Ball avait dit que l'appelant [TRADUCTION] «était la personne qu'elle avait aperçue à la station-service Mohawk et qu'il conduisait probablement l'autre automobile» (je souligne). Selon les juges Twaddle et Iacobucci, cette deuxième moitié de phrase peut laisser entendre que M^{me} Ball a reconnu l'appelant à St. Norbert où les meurtres ont eu lieu, plutôt qu'à la station-service Mohawk. Je ne crois pas que la preuve étaye cette interprétation. Après que l'agent Madden eut fait la déclaration susmentionnée dans son témoignage, le juge du procès a demandé des éclaircissements:

[TRADUCTION]

LA COUR: Excusez-moi, M^c Dangerfield, pourriez-vous demander à l'agent Madden de répéter ce que M^{me} Ball a dit. «C'est lui que j'ai aperçu à la station-service Mohawk», est-ce bien ce que vous avez dit?

LE TÉMOIN: Elle avait l'impression que c'était lui qui était à la station-service Mohawk.

LA COUR: Oui.

LE TÉMOIN: Et elle l'a décrit.

LA COUR: Oui.

LE TÉMOIN: Et elle avait l'impression que c'était lui qui avait parlé à Bo Cook et qui avait conduit l'automobile.

Plus tard, au cours de l'interrogatoire principal, l'agent Madden a donné d'autres détails au sujet de l'identification de l'appelant par M^{me} Ball:

[TRADUCTION]

Q D'accord. Vous avez montré cela à M^{me} Ball. Qu'a-t-elle dit à ce moment-là?

R Sans hésiter, elle a indiqué la cinquième photo.

Q A-t-elle dit quelque chose?

R Et elle a dit: C'était celui qui était à la station-service Mohawk.

The appellant's trial counsel clearly understood Constable Madden to be testifying that Ms. Ball identified the appellant as seeing him at the Mohawk gas station. On cross-examination, counsel for the appellant asked the following regarding Ms. Ball's out-of-court identification:

Q So did you say to Mrs. Ball, you also saw the picture from the first time, are you sure that the fellow you saw at the Mohawk is photograph 5 and you're not just repeating what you say on August 23rd?

A No, we did not.

The cross-examination on this point continued:

Q And even when she picked somebody out, she wasn't sure that was the person. She was telling you this person looks like?

A She says: I believe this is the one at the Mohawk.

Q Did you ask her if she was positive?

A She gave a description. I did not ask her if you are absolutely positive. She said: I think that's the one at the Mohawk.

Q When she gave you the description of the person at the Mohawk, did she tell you that that person had a goatee?

A No, sir.

Q She told you that she thought the person in the photograph was wearing glasses — pardon me — the person at the Mohawk was wearing glasses?

A She said she [*sic*] was white, light coloured hair.

In the course of Constable Madden's testimony, he did not make a single reference to St. Norbert; neither did Crown counsel nor counsel for the appellant. Furthermore, Constable MacLeod's testimony similarly lacks any reference to St. Norbert:

L'avocat de l'appelant au procès a clairement compris que l'agent Madden témoignait que M^{me} Ball avait identifié l'appelant comme étant la personne qu'elle avait aperçue à la station-service Mohawk. Au cours du contre-interrogatoire, l'avocat de l'appelant a posé la question suivante au sujet de l'identification extrajudiciaire par M^{me} Ball:

[TRADUCTION]

Q Alors avez-vous dit à M^{me} Ball, vous avez aussi vu la photo la première fois, êtes-vous certaine que la personne que vous avez aperçue à la station-service Mohawk est sur la cinquième photographie et vous ne faites pas que répéter ce que vous avez dit le 23 août?

R Non, nous n'avons pas dit cela.

Le contre-interrogatoire sur ce point s'est poursuivi ainsi:

[TRADUCTION]

Q Et même lorsqu'elle a choisi quelqu'un, elle n'était pas sûre que c'était cette personne. Elle vous a dit à qui ressemblait cette personne?

R Elle a dit: Je crois que c'est la personne qui était à la station-service Mohawk.

Q Lui avez-vous demandé si elle en était certaine?

R Elle a donné une description. Je ne lui ai pas demandé si elle était absolument certaine. Elle a dit: Je crois que c'est la personne qui était à la station-service Mohawk.

Q Lorsqu'elle vous a décrit la personne qui était à la station-service Mohawk, vous a-t-elle dit que cette personne avait une barbe?

R Non, monsieur.

Q Elle vous a dit qu'elle pensait que la personne sur la photographie portait des lunettes — pardonnez-moi — la personne qui était à la station-service Mohawk portait des lunettes?

R Elle a dit qu'elle était de race blanche, avec des cheveux clairs.

Au cours de son témoignage, l'agent Madden n'a pas mentionné une seule fois St. Norbert, pas plus que ne l'a fait le substitut du procureur général ou l'avocat de l'appelant. L'agent MacLeod n'a pas mentionné, lui non plus, St. Norbert dans son témoignage:

Q And what did Mrs. Ball say, if anything, on seeing them this time?

A She pointed to one photograph and she identified that person as being at the Mohawk Station on the night that they were there.

Q I see. Is that all she said about him that you recall?

A She said it was him, it was the same guy.

Q I see. She mentioned the name Cook in this connection?

A Yes, she mentioned that this person had been talking to Bernard Cook.

In light of the above testimony, I cannot agree with my colleague Iacobucci J.'s assertion that there were two distinct elements to Constable Madden's testimony: namely, being at the Mohawk station and "probably" being in the other car in St. Norbert. Nor do I accept his assertion in para. 228 that the jury could have "easily" taken the reference to the "other car" to refer "not to . . . the Mohawk station, but to the second car seen in St. Norbert when the Balls last saw Cook and Weselowski alive". In light of the above testimony, I find it stretches credulity to assert that the jury could have taken Constable Madden's testimony to refer to Ms. Ball placing the appellant in St. Norbert. Moreover, I do not see how these seven obscure words — "he was probably driving the other car" — subsequently clarified on no less than eight occasions, could have constituted the "last straw" that allowed the Crown to meet its onus. Additionally, Ms. Ball's own limited testimony directly contradicts the inference that Constable Madden was referring to Ms. Ball seeing the appellant in St. Norbert. Ms. Ball testified in court that when she was dropped off in St. Norbert she saw a small car next to the car in which she had been riding but that she could not see if anyone was in the car. In a discussion outside the presence of the jury, the court reiterated that Ms. Ball had just testified that she did not see anyone in the car that was alongside the car in which she had been a passenger. Given that Ms. Ball testified clearly that she did not see the driver of the car in St. Norbert, I do not see how the jury could have drawn a con-

[TRADUCTION]

Q Et qu'est-ce que M^{me} Ball a dit, à supposer qu'elle ait dit quelque chose, lorsqu'elle les a vues cette fois?

R Elle a indiqué une photographie et a dit que la personne qui y figurait était à la station-service Mohawk la nuit où ils y étaient.

Q Je vois. Est-ce là tout ce qu'elle a dit à son sujet d'après vous?

R Elle a dit que c'était lui, que c'était le même gars.

Q Je vois. Elle a mentionné le nom de Cook à cet égard?

R Oui, elle a mentionné que cette personne avait parlé à Bernard Cook.

Compte tenu du témoignage susmentionné, je ne puis souscrire à l'affirmation de mon collègue le juge Iacobucci que le témoignage de l'agent Madden comportait deux éléments distincts, à savoir, se trouver à la station-service Mohawk et «probablement» dans l'autre automobile à St. Norbert. Je ne puis non plus souscrire à son affirmation, au par. 228, que le jury aurait pu «facilement» considérer que la mention de l'«autre automobile» concernait «non pas [...] la station-service Mohawk, mais la deuxième automobile aperçue à St. Norbert quand les Ball ont vu pour la dernière fois Cook et Weselowski vivants». À la lumière du témoignage susmentionné, je pense qu'il est exagéré d'affirmer que le jury aurait pu déduire du témoignage de l'agent Madden que M^{me} Ball situait l'appelant à St. Norbert. De plus, je ne vois pas comment ces six mots obscurs — «il conduisait probablement l'autre automobile» —, qui ont subséquemment été clarifiés à au moins huit reprises, auraient pu constituer ce qui en fin de compte avait permis au ministère public de s'acquitter de son obligation. En outre, le témoignage limité de M^{me} Ball contredit directement la déduction que l'agent Madden renvoyait au fait que M^{me} Ball avait aperçu l'appelant à St. Norbert. Madame Ball a témoigné au procès que lorsqu'elle est descendue de la voiture à St. Norbert, elle a aperçu une petite automobile près de celle qui l'avait ramenée, mais qu'elle n'a pas pu voir si quelqu'un y prenait place. Dans un échange en l'absence du jury, la cour a répété que M^{me} Ball venait de témoigner qu'elle n'avait aperçu personne dans l'automobile

trary inference from Constable Madden's testimony.

qui se trouvait à côté de celle dont elle était descendue. Puisque M^{me} Ball a clairement témoigné qu'elle n'avait pas vu le conducteur de l'automobile à St. Norbert, je ne vois pas comment le jury aurait pu déduire le contraire du témoignage de l'agent Madden.

79

Furthermore, no harm was done by Constable Madden's testimony because Jodie Giesbrecht's testimony also placed the appellant at the Mohawk station and also saw the appellant sitting in a car at the station. Moreover, any conceivable prejudice that might have been suffered by the appellant was cured by the trial judge's cautionary instruction to the jury. On this issue, he instructed the jury as follows:

I think it is of some significance that Cheryl Ball was not asked if the reason she could identify the individual in photo number 5 of Exhibit 11 was because she had seen a photo, that is, photo number 3 in Exhibit 10, a week before. I think it is significant that photo number 3 in Exhibit 10 is the only one, the only photograph of the three people in Exhibit 10 repeated in Exhibit 11. It is significant, I think, that she was not told that the description she gave of the man she saw talking to Cook did not in fact fit the description of the man in photograph number 3 of Exhibit 10. It is significant, I think, as well that, in court, she did not mention Starr by name and that she was not asked to identify nor did she identify the accused, Starr, in the dock as being the man she saw at the Mohawk station. I would tell you, then, that the identification evidence of Mrs. Ball is, to say the least, extremely frail, and I would express the opinion that it does not link the accused, Starr, to the deaths of either Weselowski or Cook. However, it is for you to decide the value of her evidence.

Even the appellant's own counsel characterized the introduction of the constables' testimony as much ado about not very much. Rather than characterize this evidence as the "last straw" as Twaddle J.A. did in the Court of Appeal, the appellant's counsel conceded that the case did not rise and fall with the constables' testimony.

De plus, aucun préjudice n'a été causé par le témoignage de l'agent Madden puisque, dans son témoignage, Jodie Giesbrecht a elle aussi situé l'appelant à la station-service Mohawk et déclaré y avoir aperçu l'appelant dans une automobile. En outre, tout préjudice théorique que l'appelant aurait pu subir a été corrigé par la mise en garde du juge du procès au jury. À ce sujet, il a dit au jury:

[TRADUCTION] Je pense qu'il est révélateur dans une certaine mesure qu'on n'ait pas demandé à Cheryl Ball si la raison pour laquelle elle pouvait identifier la personne sur la photo numéro 5 de la pièce 11 était qu'elle avait vu une photo, c'est-à-dire la photo numéro 3 de la pièce 10, la semaine précédente. Je pense qu'il est significatif que la photo numéro 3 de la pièce 10 soit la seule, la seule photographie des trois personnes dans la pièce 10 que l'on retrouve également dans la pièce 11. Il est significatif, je pense, qu'on ne lui ait pas dit que la description qu'elle a donnée de l'homme qu'elle avait vu parler à Cook ne correspondait pas, en fait, à la description de l'homme figurant sur la photographie numéro 3 de la pièce 10. Je pense également qu'il est révélateur qu'en cour elle n'ait pas désigné Starr par son nom, qu'on ne lui ait pas demandé d'identifier l'accusé Starr au banc des accusés et qu'elle ne l'ait pas identifié comme étant l'homme qu'elle avait aperçu à la station-service Mohawk. Je vous dirais donc que la preuve d'identification de M^{me} Ball est, le moins qu'on puisse dire, extrêmement fragile, et j'exprimerai l'opinion qu'elle ne relie l'accusé Starr ni au décès de Weselowski ni à celui de Cook. Cependant, il vous appartient de juger de la valeur de son témoignage.

Même l'avocat de l'appelant a qualifié de tempête dans un verre d'eau la présentation du témoignage des agents. Au lieu de considérer cette preuve comme étant ce qui en fin de compte a fait la différence, comme l'avait fait le juge Twaddle de la Cour d'appel, l'avocat de l'appelant a reconnu que l'issue de l'affaire ne dépendait pas du témoignage des agents.

In sum, given the trial judge's admonition to the jury and the appellant's admission of the marginal role that the identification evidence played, I cannot say that there is a reasonable possibility that the verdict would have been different if the alleged error had not been made. I would dismiss this ground of the appellant's appeal.

C. *The Adequacy of the Instruction to the Jury on Reasonable Doubt*

(1) *The Decisions in Lifchus and Bisson*

As Iacobucci J. ably describes, our recent decisions in *Lifchus*, *supra*, and *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306, provide the framework for a review of a trial judge's charge to the jury on reasonable doubt. I wish to emphasize the following points regarding these decisions.

In *Lifchus*, at para. 22, this Court held that the expression "beyond a reasonable doubt" must be explained to a jury. In four different manners, Cory J. articulated guidelines for how trial judges should go about explaining this concept to a jury. First, he discussed what should be avoided (at paras. 23-26). Second, Cory J. explained what should be included in the definition of reasonable doubt (at paras. 27-35). Third, Cory J. provided a summary of what the definition "should and should not contain" (at paras. 36 and 37). Iacobucci J. reproduces this list of principles in paras. 231 and 232 of his reasons. Finally, Cory J. offered a suggested charge for trial judges to use in explaining the concept of reasonable doubt to a jury (at para. 39).

Several matters are noteworthy about Cory J.'s reasons in *Lifchus* as set out above. First, in grappling with the issue of whether reasonable doubt must be explained to a jury, Cory J. acknowledged the confusing nature of this term and implicitly recognized the challenge facing trial judges in articulating it to a jury.

Somme toute, compte tenu de la mise en garde du juge du procès au jury et de la reconnaissance par l'appellant du rôle secondaire joué par la preuve d'identification, je ne saurais dire qu'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eut été différent si l'erreur alléguée n'avait pas été commise. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel de l'appellant.

C. *Le caractère suffisant de la directive au jury sur le doute raisonnable*

(1) *Les arrêts Lifchus et Bisson*

Comme le décrit fort bien le juge Iacobucci, nos arrêts récents *Lifchus*, précité, et *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306, établissent un cadre d'analyse de l'exposé du juge du procès au jury sur le doute raisonnable. Je tiens à souligner les points suivants en ce qui a trait à ces arrêts.

Dans *Lifchus*, au par. 22, notre Cour a statué que l'expression «hors de tout doute raisonnable» doit être expliquée au jury. Le juge Cory a formulé, de quatre manières différentes, des lignes directrices sur la façon dont le juge du procès devrait s'y prendre pour expliquer ce concept à un jury. En premier lieu, il a analysé ce qui devrait être évité (aux par. 23 à 26). En deuxième lieu, le juge Cory a expliqué ce que devrait comporter la définition du doute raisonnable (aux par. 27 à 35). En troisième lieu, il a fait un résumé de ce que la définition «devrait et ne devrait pas contenir» (aux par. 36 et 37). Le juge Iacobucci reproduit cette liste de principes aux par. 231 et 232 de ses motifs. Enfin, le juge Cory a proposé un modèle d'exposé que pourraient suivre les juges du procès appelés à expliquer le concept du doute raisonnable à un jury (au par. 39).

Plusieurs points méritent d'être relevés au sujet des motifs susmentionnés du juge Cory dans l'arrêt *Lifchus*. Premièrement, en débattant la question de savoir si le doute raisonnable doit être expliqué à un jury, le juge Cory a remarqué combien cette expression est déroutante et il a reconnu implicitement le défi que doit relever le juge du procès appelé à l'expliquer au jury.

80

81

82

83

84 Second, I believe it is notable that in articulating how the expression "reasonable doubt" should be explained to the jury, Cory J. generally employed the words "should" and "should not" rather than the imperative "must" and "must not": *Lifchus*, *supra*, at paras. 23, 26, 28, 29, 31, 33, 35, 36 and 37. I cannot believe that Cory J. intended to use "should" and "must" interchangeably so as to make his list of items that "should be avoided" equivalent to a list of items that are prohibited and the inclusion of which automatically constitutes reversible error. I find support for this position in Cory J.'s statement that the equation of the term "moral certainty" with "reasonable doubt" in a trial judge's charge to the jury "although not necessarily fatal to a charge on reasonable doubt, should be avoided" (para. 25 (emphasis added)).

85 Third, Cory J. stated expressly that "[a]ny form of instruction that complied with the applicable principles and avoided the pitfalls referred to would be satisfactory" (para. 40). He did not view his suggested charge as a "magic incantation that needs to be repeated word for word" (para. 40).

86 Fourth, and most importantly, Cory J. expressly stated that "an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error" (para. 41). He reiterated this Court's statement in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 758, that the verdict ought not be disturbed "if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply". Cory J. explained that "[o]n the other hand, if the charge as a whole gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, then as a general rule the verdict will have to be set aside and a new trial directed" (para. 41).

87 Two further annotations to *Lifchus* are necessary. *Lifchus*, at para. 27, emphasized the need for the trial judge to link the standard of proof beyond a reasonable doubt to

Deuxièmement, il faut souligner que, pour décrire comment l'expression «doute raisonnable» devrait être expliquée au jury, le juge Cory a généralement employé les mots «devrait» et «ne devrait pas» au lieu des mots «doit» et «ne doit pas»: *Lifchus*, précité, aux par. 23, 26, 28, 29, 31, 33, 35, 36 et 37. Il m'est difficile de croire que le juge Cory a entendu employer les mots «devrait» et «doit» indifféremment de façon à assimiler sa liste de ce qui «devrai[t] être évit[é]» à une liste de ce qui est interdit et dont l'inclusion constitue automatiquement une erreur donnant ouverture à révision. Mon point de vue à ce sujet est étayé par l'affirmation du juge Cory que le fait d'assimiler la «certitude morale» au «doute raisonnable» dans l'exposé du juge du procès au jury, bien qu'il «ne soit pas nécessairement fata[l] à la validité d'un exposé sur le doute raisonnable [...] devrait être évit[é]» (par. 25 (je souligne)).

Troisièmement, le juge Cory a précisé que «[t]oute autre forme de directives qui respecterait les principes applicables et éviterait les écueils mentionnés précédemment conviendrait» (par. 40). Il ne percevait pas l'exposé qu'il proposait comme «une formule magique qui doit être reprise mot pour mot» (par. 40).

Quatrièmement, et qui plus est, le juge Cory a expressément dit qu'«il est possible qu'une erreur dans les directives sur la norme de preuve ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision» (par. 41). Il a réitéré l'énoncé de notre Cour dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758, selon lequel le verdict n'a pas à être changé «si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent». Le juge Cory a expliqué que «[p]ar contre, si l'exposé, considéré dans son ensemble, soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable, alors, en règle générale, le verdict doit être annulé et un nouveau procès doit être ordonné» (par. 41).

Deux autres remarques s'imposent concernant l'arrêt *Lifchus*. Dans cet arrêt, au par. 27, on a souligné la nécessité que le juge du procès lie la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable

that basic premise which is fundamental to all criminal trials: the presumption of innocence. The two concepts are forever as closely linked as Romeo with Juliet or Oberon with Titania and they must be presented together as a unit . . . Jurors must be reminded that the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused committed the crime rests with the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused.

In addition, Cory J. stated that jurors "must be advised that the Crown is not required to prove its case to an absolute certainty since such an unrealistically high standard could seldom be achieved" (para. 31).

Bisson, *supra*, applied the *Lifchus* principles to the problems that arise when examples are given to illustrate the phrase "beyond a reasonable doubt". In *Bisson*, the trial judge's charge ran afoul of *Lifchus* because it contained numerous misstatements. First, the charge stated that a reasonable doubt consists of [TRANSLATION] "a degree of certainty which you use every day, in your important activities, whether at work, at home or in your leisure activities. It is a degree of certainty which you employ, which you have used since you reached the age of reason, without perhaps having dissected it as we are doing at present" (para. 3). Under *Lifchus*, at paras. 23-24, such a statement was clearly wrong. Second, this misstatement was compounded rather than cured by looking at the charge as a whole: *Bisson*, at para. 9. The charge proceeded to provide an example of the steps taken in order to determine the level of oil in an automobile (at paras. 3 and 4). The charge then reiterated its earlier error, stating, [TRANSLATION] "the degree of certainty that is required before concluding that someone is guilty of something, is exactly the same degree of certainty, certainty beyond a reasonable doubt, as the degree of certainty you use in important activities in your life. Reasonable doubt is no more than that, it is no less than that" (para. 4).

Cory J. discussed the problems that examples may create, noting that the example used seemed to suggest to jurors that they can apply the same

au principe fondamental de tous les procès pénaux: la présomption d'innocence. Ces deux concepts sont pour toujours intimement liés l'un à l'autre, comme Roméo et Juliette ou Oberon et Titania, et ils doivent être présentés comme formant un tout. [...] Il faut rappeler aux jurés que le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu'il ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé.

Le juge Cory a ajouté qu'«il faut [...] informer [les jurés] que le ministère public n'est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue, étant donné qu'une norme aussi déraisonnablement élevée pourrait rarement être respectée» (par. 31).

Dans l'arrêt *Bisson*, précité, les principes de l'arrêt *Lifchus* ont été appliqués aux problèmes qui se posent lorsque des exemples sont proposés pour illustrer l'expression «hors de tout doute raisonnable». Dans l'affaire *Bisson*, l'exposé du juge du procès allait à l'encontre de l'arrêt *Lifchus* parce qu'il comportait de nombreuses inexactitudes. Premièrement, on y affirmait qu'un doute raisonnable «est un degré de certitude que vous utilisez chaque jour, dans vos activités importantes, que ce soit au travail, à la maison ou dans vos loisirs. C'est un degré de certitude que vous employez, que vous avez utilisé depuis que vous avez l'âge de raison, sans peut-être en avoir fait la dissection comme on le fait présentement» (par. 3). Selon l'arrêt *Lifchus*, aux par. 23 et 24, un tel énoncé était clairement erroné. Deuxièmement, cette inexactitude était aggravée plutôt que corrigée lorsqu'on examinait l'exposé dans son ensemble: *Bisson*, au par. 9. On y donnait un exemple des étapes à suivre pour vérifier le niveau d'huile d'une automobile (aux par. 3 et 4). On y répétait l'erreur qui y avait déjà été commise, en affirmant: «le degré de certitude que l'on exige avant de conclure que quelqu'un est coupable de quelque chose, c'est exactement le même degré de certitude, la certitude hors de tout doute raisonnable que le degré de certitude que vous utilisez dans les activités importantes de votre vie. Le doute raisonnable c'est pas plus que ça, c'est pas moins que ça» (par. 4).

Le juge Cory a analysé les problèmes que des exemples peuvent créer, soulignant que l'exemple utilisé laisse entendre aux jurés que, pour statuer

88

89

standard they would use in everyday, routine decisions to the determination of guilt beyond a reasonable doubt (at para. 7). The trial judge in *Bisson* erred in providing an example because it invited the jurors to apply a standard of proof significantly lower than the standard to which the prosecution must be held in a criminal case (at para. 8). Cory J. then noted that an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error if the charge when read as a whole does not give rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof (at para. 9). Looking at the instructions in their entirety, the Court concluded that a reasonable likelihood existed that the jury misapprehended the correct standard of proof (at para. 10).

sur la culpabilité hors de tout doute raisonnable, ils peuvent appliquer la même norme que celle qu'ils utiliseraient pour prendre des décisions dans la vie de tous les jours (au par. 7). Dans l'affaire *Bisson*, le juge du procès a commis une erreur en donnant un exemple, du fait qu'on y invitait les jurés à appliquer une norme de preuve sensiblement moins élevée que la norme que la poursuite est tenue d'appliquer en matière criminelle (au par. 8). Le juge Cory a ensuite fait remarquer qu'une erreur dans les directives sur la norme de preuve pouvait ne pas constituer une erreur donnant ouverture à révision si l'exposé, considéré dans son ensemble, ne soulève aucune probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable (au par. 9). Après avoir examiné les directives dans leur ensemble, la Cour a conclu qu'il existait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable (au par. 10).

- 90 I believe that these are the relevant principles to apply in considering the propriety of a charge to the jury on proof beyond a reasonable doubt.

(2) The Adequacy of the Reasonable Doubt Charge in This Case

- 91 In determining the adequacy of the reasonable doubt charge in this case, I find the reasons of Sharpe J.A. in the recent case of *R. v. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182 (C.A.), particularly helpful because the charge in that case was strikingly similar to the one at issue before us. I would adopt Sharpe J.A.'s holding, at p. 194, that "[w]hile trial judges are now expected to follow the *Lifchus* model charge, failure to do so in cases tried before *Lifchus*, *supra*, does not constitute reversible error if the charge conveys to the jury the special meaning attached to reasonable doubt".

Je crois que ce sont là les principes qui doivent être appliqués lorsqu'il s'agit d'examiner la justesse d'un exposé au jury sur la preuve hors de tout doute raisonnable.

(2) Le caractère suffisant de l'exposé sur le doute raisonnable en l'espèce

Pour déterminer le caractère suffisant de l'exposé sur le doute raisonnable en l'espèce, je considère que les motifs du juge Sharpe dans l'arrêt récent *R. c. Tombran* (2000), 47 O.R. (3d) 182 (C.A.), sont particulièrement utiles parce que l'exposé qui avait été fait dans cette affaire ressemblait remarquablement à celui dont nous avons été saisis en l'espèce. Je souscris à la conclusion du juge Sharpe, à la p. 194, que [TRADUCTION] «[b]ien que les juges du procès soient désormais censés suivre le modèle d'exposé de l'arrêt *Lifchus*, l'omission de le faire dans des affaires entendues avant l'arrêt *Lifchus*, précité, ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision, si l'exposé transmet au jury le sens particulier qui est prêté au doute raisonnable».

- 92 Despite not having the benefit of this Court's decision in *Lifchus*, the trial judge included most of the suggested elements in his charge to the jury.

Bien qu'il n'ait pas bénéficié de la décision de notre Cour dans l'affaire *Lifchus*, le juge du procès a inclus la plupart des éléments proposés dans son

I agree with the conclusion of the Court of Appeal that the charge met the key requirements of *Lifchus* and that the flaws in the charge do not vitiate it. For reference, I will set out the impugned portion of the charge below:

It is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the burden of proof on the Crown is only to prove the guilt of the accused beyond reasonable doubt. What, then, is proof beyond a reasonable doubt?

The words "reasonable doubt" are used in their everyday, ordinary sense and not as a legal term having some special connotation. The words have no magic meaning that is peculiar to the law. A reasonable doubt is an honest, fair doubt, based upon reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous one resting on speculation or guess rather than upon the evidence you heard in this courtroom.

So you can see, the words "reasonable doubt" are ordinary words we use in our everyday language. So if you can say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has met the onus upon it. If you cannot say those words — if you cannot say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has not met the onus on it, and the accused is entitled to have your doubt resolved in his favour.

It is clear from the above selection that, like in *Tombran*, *supra*, the trial judge succeeded, without the benefit of our decision in *Lifchus*, in complying with most of its guidelines. This portion of the charge instructed the jurors that a reasonable doubt must not be an imaginary or frivolous doubt (*Lifchus*, at para. 31); that it is a doubt based upon reason and common sense (*Lifchus*, at para. 30); that it must be based on the evidence that the jurors heard in the courtroom (*Lifchus*, at para. 30); and that the Crown is not required to prove its case to absolute certainty (*Lifchus*, at para. 31). This portion of the charge did not equate proof beyond a reasonable doubt to proof to a moral certainty (*Lifchus*, at paras. 25 and 37); nor did it instruct jurors that they might convict if they were "sure" that the accused was guilty (*Lifchus*, at para. 37);

exposé au jury. Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel que l'exposé satisfaisait aux exigences fondamentales de l'arrêt *Lifchus* et que ses lacunes ne l'invalident pas. Pour en faciliter la consultation, je reproduis la partie contestée de l'exposé qui a été fait:

[TRADUCTION] Il est rarement possible d'établir quelque chose avec une certitude absolue, de sorte que le ministère public n'a qu'à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. En quoi consiste donc la preuve hors de tout doute raisonnable?

L'expression «doute raisonnable» est utilisée dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas en tant qu'expression juridique ayant une connotation particulière. Cette expression n'a aucun sens magique propre au droit. Un doute raisonnable est un doute sincère et légitime qui est fondé sur la raison et le bon sens. C'est un doute réel et non pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions plutôt que sur les témoignages que vous avez entendus dans cette salle d'audience.

Vous pouvez ainsi constater que les mots «doute raisonnable» sont des mots ordinaires que nous utilisons dans la vie de tous les jours. Donc, si vous pouvez dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait. Si vous ne pouvez pas prononcer ces mots — si vous ne pouvez pas dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait et tout doute doit être tranché en faveur de l'accusé.

Il ressort clairement de l'extrait qui précède que, comme cela avait été le cas dans l'affaire *Tombran*, précité, le juge du procès a réussi, sans avoir eu le bénéfice de notre arrêt *Lifchus*, à en respecter la plupart des lignes directrices. Cette partie de l'exposé indiquait aux jurés qu'un doute raisonnable ne doit pas être imaginaire ou frivole (*Lifchus*, au par. 31), que c'est un doute fondé sur la raison et le bon sens (*Lifchus*, au par. 30), qu'il doit reposer sur la preuve que les jurés ont entendue dans la salle d'audience (*Lifchus*, au par. 30), et que le ministère public n'est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue (*Lifchus*, au par. 31). Cette partie de l'exposé n'a pas assimilé la preuve hors de tout doute raisonnable à une preuve correspondant à la certitude morale (*Lifchus*, aux par. 25 et 37), pas plus qu'elle n'a

nor did it invite jurors to apply the same standard of proof that they apply to important decisions in their own lives (*Lifchus*, at para. 37; *Bisson*, *supra*). Elsewhere in his charge, the trial judge exhorted the jury to put any feelings of prejudice or sympathy out of their minds (*Lifchus*, at paras. 31 and 36).

indiqué aux jurés qu'ils pourraient déclarer l'accusé coupable s'ils étaient «sûrs» de sa culpabilité (*Lifchus*, au par. 37) ou invité les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu'ils utilisent pour prendre des décisions importantes dans leur propre vie (*Lifchus*, au par. 37; *Bisson*, précité). Ailleurs dans son exposé, le juge du procès a incité les jurés à se libérer l'esprit de tout préjugé ou de toute sympathie (*Lifchus*, aux par. 31 et 36).

94 The trial judge's charge, however, was not flawless. Specifically, we must examine the effect of the trial judge's misstatement that the words "reasonable doubt" are used in their everyday, ordinary sense and have no special legal meaning. It is asserted that this flaw in the charge, together with the failure of the trial judge to state expressly that the Crown was required to do more than prove the appellant's guilt on a balance of probabilities, constitutes reversible error. With respect, I cannot agree.

L'exposé du juge du procès n'était toutefois pas sans lacunes. Plus précisément, il nous faut examiner l'effet de l'assertion inexacte du juge du procès que les mots «doute raisonnable» sont utilisés dans leur sens ordinaire de tous les jours et n'ont pas de sens juridique particulier. On affirme que cette lacune dans l'exposé, conjuguée à l'omission du juge du procès de préciser que le ministère public était tenu de faire plus qu'établir la culpabilité de l'appelant selon la prépondérance des probabilités, constitue une erreur donnant ouverture à révision. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

95 The verdict ought not to be disturbed because the charge, "when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply": *W. (D.)*, *supra*, at p. 758; *Lifchus*, at para. 41. While the judge told the jury that the words "reasonable doubt" had no special meaning, this was a harmless error because he proceeded to give them all the legal information they required. The jury knew the accused was presumed innocent, they knew the standard of proof was very high — a standard just below absolute certainty — and they knew that they could not convict on a balance of probabilities. Cory J.'s objection to the "no special meaning" instruction in *Lifchus* was founded on the danger that the jury might judge on the basis of their everyday affairs: see *Bisson*, *supra*. This danger was obviated in this case by the trial judge's instruction. Therefore, the charge as a whole does not give rise to the reasonable

Le verdict n'a pas à être cassé puisque l'exposé, «considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas avoir mal compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent»: *W. (D.)*, précité, à la p. 758; *Lifchus*, au par. 41. Même si le juge du procès a dit aux jurés que les mots «doute raisonnable» n'ont aucun sens particulier, il s'agit d'une erreur inoffensive puisqu'il leur a ensuite fourni tous les renseignements juridiques dont ils avaient besoin. Le jury savait que l'accusé était présumé innocent, il savait que la norme de preuve était très élevée — une norme juste au-dessous de la certitude absolue — et il savait qu'il ne pouvait pas conclure à la culpabilité selon la prépondérance des probabilités. L'objection du juge Cory concernant la directive sur l'absence de sens juridique particulier, donnée dans l'arrêt *Lifchus*, était fondée sur le risque que les membres du jury portent un jugement comme ils le font dans leur vie de tous les jours: voir *Bisson*, précité. En l'espèce, la directive du juge du procès a paré à ce risque. Par conséquent, l'exposé dans son ensemble ne soulève aucune probabilité raisonnable que le

likelihood that the jury misapprehended the standard of proof: *Lifchus*, *supra*.

What is essential is that the charge communicate clearly to the jury that they cannot find the accused guilty on a balance of probabilities. I believe that the charge did this. The opening sentence of the charge clearly implies that proof beyond a reasonable doubt is just one notch lower than absolute certainty; it is the highest level of proof that can be humanly achieved. This negates any suggestion that proof on a balance of probabilities might suffice. "[R]eading the charge as a whole, this jury could not have been left with any doubt that the burden was on the Crown to prove every element of the offence beyond a reasonable doubt rather than on a mere balance of probabilities": *Tombran*, *supra*, at p. 194.

Moreover, the charge complied with *Lifchus*'s first principle that it must be made clear to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably linked to the presumption of innocence and that this burden never shifts to the accused: *Lifchus*, at para. 27. The relevant portion of the trial judge's charge on this point is:

Let me first emphasize the presumption of innocence. Simply put, the accused is presumed to be innocent and he continues to be and remain innocent unless and until the Crown has satisfied you beyond reasonable doubt of his guilt. This presumption remains with the accused and for his benefit from the beginning of the case until the end of the case. The onus of proving guilt rests upon the Crown from the beginning to the end of the case and it never shifts. There is no burden whatsoever on the accused to prove his innocence. The Crown must prove beyond a reasonable doubt that an accused person is guilty of the offence or offences with which he is charged before he can be convicted.

In light of the trial judge's compliance with the bulk of the principles enunciated in *Lifchus*, I am loath to find that the charge was automatically viti-

jury ait mal compris la norme de preuve: *Lifchus*, précité.

L'essentiel, c'est que l'exposé indique clairement au jury qu'il ne peut pas conclure à la culpabilité de l'accusé selon la prépondérance des probabilités. Je crois que l'exposé l'a clairement fait. La première phrase de l'exposé implique clairement que la preuve hors de tout doute raisonnable se situe juste au-dessous de la certitude absolue; c'est la norme de preuve la plus élevée qu'il est humainement possible d'atteindre. Cela écarte toute idée qu'une preuve selon la prépondérance des probabilités pourrait suffire. [TRADUCTION] «[S]i on lit l'exposé dans son ensemble, le jury ne pouvait pas douter qu'il incombait au ministère public de prouver chaque élément de l'infraction hors de tout doute raisonnable plutôt que selon la simple prépondérance des probabilités»: *Tombran*, précité, à la p. 194.

De plus, l'exposé a respecté le premier principe de l'arrêt *Lifchus* selon lequel il faut indiquer clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d'innocence et que ce fardeau ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé: *Lifchus*, au par. 27. La partie pertinente de l'exposé du juge du procès sur ce point est la suivante:

[TRADUCTION] J'aimerais d'abord souligner la présomption d'innocence. Tout simplement, l'accusé est présumé innocent et continue de l'être tant et aussi longtemps que le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité. L'accusé bénéficie de cette présomption du début jusqu'à la fin de l'affaire. Le fardeau de prouver la culpabilité incombe au ministère public du début à la fin de l'affaire, et ce fardeau ne se déplace jamais. L'accusé n'a absolument aucune obligation de prouver son innocence. Pour que la personne accusée puisse être déclarée coupable, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable qu'elle est coupable de l'infraction ou des infractions qui lui sont reprochées.

Compte tenu du fait que le juge du procès a respecté la plupart des principes énoncés dans l'arrêt *Lifchus*, j'hésite à conclure que l'exposé était auto-

96

97

98

ated by the failure to include a specific item mentioned in *Lifchus* or by the inclusion of an improper item. To do so would contravene our holding that "an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error": *Lifchus*, at para. 41.

matiquement invalidé par l'omission d'inclure un élément particulier mentionné dans l'arrêt *Lifchus* ou par l'inclusion d'un élément inapproprié. Une telle conclusion irait à l'encontre de notre décision qu'«il est possible qu'une erreur dans les directives sur la norme de preuve ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision»: *Lifchus*, au par. 41.

99 Jurors are sophisticated persons who are instructed to listen to and follow the entirety of the judge's charge to them. We must assume that they do so. It would ill behoove a reviewing court to do exactly what the jury is commanded not to do and isolate a phrase or a small section of the charge, ignoring the whole of it. I do not believe that is what Cory J. intended in *Lifchus*. Rather, he was attempting to provide guidance to trial judges in the extremely difficult task of articulating what is proof beyond a reasonable doubt and communicating this standard to the jury.

Les jurés sont des personnes averties qui sont chargées d'écouter et de suivre tout l'exposé que leur fait le juge. Nous devons présumer qu'ils le font. Un tribunal d'examen serait mal venu de faire exactement ce qu'on interdit à un jury de faire, et d'isoler une expression ou une petite partie de l'exposé sans tenir compte de l'ensemble de cet exposé. Je ne crois pas que c'est ce que le juge Cory envisageait dans *Lifchus*. Il tentait plutôt de guider les juges du procès dans la tâche extrêmement ardue qui leur incombe d'expliquer clairement ce qu'est la preuve hors de tout doute raisonnable et de communiquer cette norme au jury.

100 *Lifchus* should be viewed as a broad template for trial judges to assist them in their difficult task. Cory J.'s suggestions provide a touchstone for comparison for courts in reviewing jury charges. However, reviewing courts must resist the temptation to use the *Lifchus* suggestions as a mandatory checklist. The tendency to do so is natural and understandable as it would make the task of reviewing a jury charge far easier. However, a jury charge is not a multiple choice exam that can be marked by a computer. Rather, it is akin to a work of literature that must be studied in its entirety in order to evaluate it as a whole.

L'arrêt *Lifchus* devrait être perçu comme un modèle général destiné à aider les juges du procès à s'acquitter de leur tâche difficile. Les propositions du juge Cory fournissent un élément de comparaison au tribunal qui examine un exposé au jury. Le tribunal qui procède à un tel examen doit toutefois résister à la tentation d'utiliser les propositions de l'arrêt *Lifchus* comme une liste de contrôle obligatoire. Il s'agit là d'une tendance naturelle et compréhensible puisque cela faciliterait grandement l'examen d'un exposé au jury. Cependant, un exposé au jury n'est pas un test à choix multiples susceptible d'être corrigé par ordinateur. Il s'apparente plutôt à une œuvre littéraire qu'il faut étudier en entier dans le but de l'évaluer dans son ensemble.

101 Examining the charge in its entirety, I do not find that a reasonable likelihood existed that the jury misapprehended the correct standard of proof. Accordingly, I would dismiss this ground of appeal.

Après avoir examiné l'exposé en entier, je conclus qu'il n'y avait aucune probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

III. Disposition

I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction and Summary

The appellant, Robert Starr, was convicted at trial before a judge and jury of two counts of first degree murder. He had been accused of killing Bernard (Bo) Cook and Darlene Weselowski by shooting them by the side of a provincial highway on the outskirts of Winnipeg in the early morning hours of August 21, 1994.

This appeal was originally taken as of right from the decision of the Manitoba Court of Appeal, dismissing the appellant's appeal from the two convictions. Twaddle J.A. dissented in the Court of Appeal on two distinct hearsay issues and on the sufficiency of the trial judge's charge to the jury on the issue of reasonable doubt, which are the issues that form the basis for this appeal. Twaddle J.A. would have allowed the appeal and ordered a new trial. On November 9, 1999, the Court ordered a re-hearing of the appeal, and, by letter dated November 18, 1999, invited submissions on the application of the "principled approach" to the traditional hearsay exceptions, and on the scope of the common law exception for statements of present intention.

As a general matter, I agree with the lucid reasons of Twaddle J.A., and with the remedy he proposed. However, because this case raises important issues regarding the admissibility of hearsay evidence, including, in particular, the question of whether exceptions to the hearsay rule must conform to the principled approach to hearsay admis-

III. Dispositif

Je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction et résumé

À son procès devant un juge et un jury, l'appellant Robert Starr a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Il avait été accusé d'avoir tué Bernard (Bo) Cook et Darlene Weselowski en les abattant sur l'accotement d'une route provinciale aux abords de Winnipeg, aux petites heures du matin, le 21 août 1994.

Il s'agit d'un pourvoi qui, au départ, a été formé de plein droit contre l'arrêt dans lequel la Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel que l'appellant avait interjeté contre les deux déclarations de culpabilité. En Cour d'appel, le juge Twaddle a exprimé une dissidence relativement à deux questions différentes en matière de ouï-dire et au caractère suffisant de l'exposé du juge du procès au jury sur la question du doute raisonnable, lesquelles questions constituent le fondement du présent pourvoi. Le juge Twaddle aurait accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le 9 novembre 1999, la Cour a ordonné la tenue d'une nouvelle audition du pourvoi et, dans une lettre datée du 18 novembre 1999, elle a invité les parties à lui présenter des observations sur l'application de la «méthode fondée sur des principes» aux exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire et sur la portée de l'exception de common law relative aux déclarations d'intention existante.

De façon générale, je souscris aux motifs clairs du juge Twaddle et à la réparation qu'il propose. Je vais cependant exposer mes motifs en détail, étant donné que la présente affaire soulève des questions importantes au sujet de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, notamment la question de savoir si les exceptions à la règle du ouï-dire doivent être con-

102

103

104

105

sibility adopted by this Court in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and subsequent cases, I will set out my reasons in some detail. The appeal also provides a useful opportunity to comment upon the proper application of the principles set out by this Court in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, regarding the appropriate manner of instructing a jury on reasonable doubt. This is particularly important in light of the frequency with which this issue has arisen of late, particularly in *R. v. Russell*, S.C.C., No. 26699 (heard November 5, 1999), *R. v. Beauchamp*, S.C.C., No. 27075 (heard December 8, 1999), and *R. v. Aveytsan*, S.C.C., No. 27279 (heard January 28, 2000).*

formes à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, que notre Cour a adoptée dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et d'autres arrêts subséquents. Le présent pourvoi fournit également une occasion utile de faire des observations sur la bonne façon d'appliquer les principes que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, relativement à la manière appropriée de donner au jury des directives sur le doute raisonnable. Cela est particulièrement important compte tenu de la fréquence à laquelle cette question a été soulevée dernièrement, notamment dans les affaires *R. c. Russell*, C.S.C., n° 26699 (entendue le 5 novembre 1999), *R. c. Beauchamp*, C.S.C., n° 27075 (entendue le 8 décembre 1999), et *R. c. Aveytsan*, C.S.C., n° 27279 (entendue le 28 janvier 2000)*.

106 In the result, I conclude that the Court of Appeal erred in admitting the statement in question under the "present intentions" exception to the hearsay rule. However, *Khan*, *supra*, and subsequent cases have established that hearsay that does not fit within a traditional exception may nonetheless be admissible if it meets the twin criteria of reliability and necessity. This case therefore requires that we determine the admissibility of evidence under the principled approach, and more particularly, the interaction between the principled approach and the traditional exceptions. In so doing, I conclude that hearsay that does fit within a traditional hearsay exception, as currently understood, may still be inadmissible if it is not sufficiently reliable and necessary. The traditional exception must therefore yield to comply with the principled approach.

En définitive, je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en admettant la déclaration en question en vertu de l'exception des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire. Cependant, l'arrêt *Khan*, précité, et d'autres arrêts subséquents ont établi que la preuve par ouï-dire qui ne relève pas d'une exception traditionnelle peut néanmoins être admissible si elle satisfait aux deux critères de la fiabilité et de la nécessité. La présente affaire nous oblige donc à déterminer l'admissibilité de la preuve selon la méthode fondée sur des principes et, plus particulièrement, la nature de l'interaction de cette méthode et des exceptions traditionnelles. Ce faisant, je conclus que la preuve par ouï-dire qui relève effectivement d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire, dans son sens actuel, peut néanmoins être inadmissible si elle n'est pas suffisamment fiable et nécessaire. L'exception traditionnelle doit donc céder le pas afin d'assurer la conformité avec la méthode fondée sur des principes.

107 With respect to the jury instructions on the phrase "beyond a reasonable doubt", as set out in *Lifchus*, *supra*, an instruction like the one in this case, which fails to explain that the beyond a reasonable doubt standard has special legal signifi-

Quant aux directives au jury sur l'expression «hors de tout doute raisonnable», qui ont été énoncées dans l'arrêt *Lifchus*, précité, une directive comme celle dont il est question en l'espèce ne satisfait pas à la norme de l'arrêt *Lifchus* étant

**R. v. Russell*, 2000 SCC 55, *R. v. Beauchamp*, 2000 SCC 54, and *R. v. Aveytsan*, 2000 SCC 56, were released November 10, 2000.

**R. c. Russell*, 2000 CSC 55, *R. c. Beauchamp*, 2000 CSC 54, et *R. c. Aveytsan*, 2000 CSC 56, ont été rendus le 10 novembre 2000.

cance and requires a significantly higher quantum of proof than the balance of probabilities, will not satisfy the *Lifchus* standard.

II. Factual Background

Bernard Cook and Darlene Weselowski were drinking with the appellant at the Westbrook Hotel in the north end of Winnipeg during the late evening and early morning of August 20-21, 1994. Cook had been released from prison the previous day. A witness, Janet Daly, testified that at around 1:50 a.m., the appellant stood up and told Cook: "If we are going to get this done, we better get this done now." Cook, Weselowski, and the appellant then left the hotel.

Cook and Weselowski parted ways with the appellant. Outside, Cook and Weselowski offered a couple named Cheryl and Daniel Ball a ride home in Weselowski's station wagon to the Balls' residence in St. Norbert, a 20 to 30 minute drive away. Cook and Weselowski were intoxicated. Cook's blood-alcohol content at the time of his death, around 3:00 a.m., was .250. Weselowski's was .140. By Cheryl Ball's account at trial, the Balls were also "really, really drunk".

Weselowski drove, and the group first stopped at an adjacent Mohawk gas station, where Jodie Giesbrecht, a sometime girlfriend of Cook, approached the station wagon and had a conversation with Cook. During the conversation, Giesbrecht observed a car beside the Mohawk gas station, and saw the appellant in the car. She could not determine whether anyone else was in the car with the appellant. A day or two later, Giesbrecht saw a picture in the newspaper of what she believed was the car in which she had seen the appellant. The car had been found at the scene of the murder. After seeing the picture, Giesbrecht phoned the police and told them she had seen the car on the

donné qu'on n'y explique pas que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a un sens juridique particulier et requiert un degré de preuve beaucoup plus élevé que la prépondérance des probabilités.

II. Les faits

Bernard Cook et Darlene Weselowski prenaient un verre avec l'appellant à l'hôtel Westbrook, dans le secteur nord de Winnipeg, à la fin de la soirée du 20 août 1994 et aux petites heures du matin du 21 août. Cook était sorti de prison la veille. Un témoin, Janet Daly, a affirmé que, vers 1 h 50, l'appellant s'était levé et avait dit à Cook: [TRADUCTION] «Si nous devons le faire, il vaut mieux le faire maintenant.» Cook, Weselowski et l'appellant ont alors quitté l'hôtel.

Cook et Weselowski se sont séparés de l'appellant. À l'extérieur, Cook et Weselowski ont offert au couple Cheryl et Daniel Ball de les raccompagner chez eux, à St. Norbert, dans la familiale de Weselowski, ce qui représentait un trajet de 20 à 30 minutes. Cook et Weselowski étaient ivres. Au moment de son décès, vers 3 h, le taux d'alcoolémie de Cook était de 0,250. Celui de Weselowski était de 0,140. Selon le récit de Cheryl Ball au procès, les Ball étaient aussi [TRADUCTION] «vraiment, vraiment ivres».

Weselowski a pris le volant et le groupe a fait un premier arrêt à la station-service Mohawk voisine, où Jodie Giesbrecht, qui fréquentait Cook à l'occasion, s'est approchée de la familiale et s'est entretenue avec Cook. Pendant cette conversation, Giesbrecht a remarqué la présence d'une automobile à côté de la station-service Mohawk et a aperçu l'appellant à l'intérieur de celle-ci. Elle n'a pas pu voir si l'appellant était en compagnie de quelqu'un d'autre dans l'automobile. Le lendemain ou le surlendemain, Giesbrecht a cru reconnaître, sur une photo dans le journal, l'automobile dans laquelle elle avait aperçu l'appellant. Cette automobile avait été découverte sur les lieux du meurtre. Après avoir vu la photo, Giesbrecht a téléphoné à la police pour l'informer que, pendant la nuit du 20 au 21 août 1994, elle avait aperçu l'automobile en

108

109

110

night of August 20-21, 1994 at the Mohawk gas station, with the appellant in it.

question à la station-service Mohawk et que l'appelant s'y trouvait.

111 Giesbrecht had spent part of the previous evening with Cook, just after his release from prison. She had been sitting with Cook and the appellant at the Westbrook Hotel about 45 minutes before Cook left the hotel with Weselowski. Giesbrecht testified that she attempted to avoid being seen by Cook as she approached the car, because she did not want Cook "to take off on me while he was with Darlene [Weselowski]". In their discussion beside the station wagon, Cook told Giesbrecht that he was driving the Balls home with Weselowski. Giesbrecht became angry with Cook because he was out with Weselowski rather than her, and she walked away from the car. Cook got out of the car and followed Giesbrecht into a laneway, where they had a further conversation. Giesbrecht asked Cook why he would not come home with her. According to Giesbrecht, Cook replied that he had to "go and do an Autopac scam with Robert". Giesbrecht understood "Robert" to be the appellant. Cook said he was to receive \$500 for his involvement in wrecking a car for insurance purposes. Giesbrecht testified that it was strange for Cook to discuss business matters like this with her.

Giesbrecht avait passé une partie de la soirée précédente avec Cook, juste après sa sortie de prison. Elle était assise avec Cook et l'appelant à l'hôtel Westbrook depuis environ 45 minutes lorsque Cook a quitté l'hôtel avec Weselowski. Giesbrecht a témoigné qu'elle avait tenté d'éviter que Cook la voie pendant qu'elle s'approchait de l'automobile, parce qu'elle ne voulait pas qu'il la [TRADUCTION] «fuie alors qu'il se trouvait avec Darlene [Weselowski]». Au cours de leur discussion à côté de la familiale, Cook a dit à Giesbrecht qu'il raccompagnait les Ball chez eux avec Weselowski. Giesbrecht s'est mise en colère contre Cook parce qu'il était en compagnie de Weselowski au lieu d'être avec elle, et s'est éloignée de l'automobile. Cook est descendu de l'auto et a suivi Giesbrecht dans une ruelle, où ils ont eu une autre conversation. Giesbrecht a demandé à Cook pourquoi il ne la raccompagnerait pas chez elle. Selon Giesbrecht, Cook a répondu qu'il devait [TRADUCTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert». Giesbrecht a compris que «Robert» était l'appelant. Cook a dit qu'il toucherait 500 \$ pour aider à envoyer une automobile à la ferraille à des fins d'assurance. Giesbrecht a témoigné que Cook n'avait pas coutume de discuter d'affaires de ce genre avec elle.

112 At trial, the defence unsuccessfully sought to exclude as hearsay Giesbrecht's testimony regarding Cook's stated intent to participate in an Autopac scam with the appellant.

Au procès, la défense a tenté en vain de faire écarter, en tant que ouï-dire, le témoignage de Giesbrecht au sujet de l'intention explicite de Cook de participer à une fraude de l'Autopac avec l'appelant.

113 Weselowski, Cook, and the Balls drove to Le Maire Street in St. Norbert, where the Balls got out of the car. Shortly after exiting the station wagon, Cheryl Ball looked back and observed a smaller car alongside the station wagon. Cheryl Ball had seen the smaller car follow them as they turned onto Le Maire Street. She could not recall the colour or make of the smaller car. She could not see how many people were in the smaller car. She could not hear any voices coming from either of

Weselowski, Cook, et les Ball se sont rendus sur la rue Le Maire à St. Norbert, où les Ball sont sortis de l'automobile. Peu après être descendue de la familiale, Cheryl Ball s'est retournée et a remarqué la présence d'une petite automobile à côté de la familiale. Cheryl Ball s'était aperçue que cette automobile les suivait au moment où ils s'engageaient sur la rue Le Maire. Elle ne pouvait se rappeler ni la couleur ni la marque de cette automobile. Elle a été incapable de voir combien de

the two cars. Cheryl Ball then turned away and continued to walk home with her husband.

Around 3:00 a.m., Albert and Darlene Turski were awakened by their dog barking and by the sound of spinning tires outside their bedroom window. The Turskis lived on a farm bordering on provincial highway 247, several kilometres from where the Balls had been dropped off.

Albert Turski testified that he looked out the window and saw on the road the lights of two cars. One car seemed to be larger than the other, judging by the sound of its engine. He could not see the vehicles clearly, other than their lights. The road was 50 to 75 yards away. The smaller car was driving along a ditch and its tires sounded like they were spinning in the grass. The larger car approached the smaller car but did not come right up to it. The smaller car got stuck but then emerged from the ditch. The lights on the larger car turned off. Albert Turski heard mumbling from people talking for about 10 to 15 seconds. He could not determine whether it was two people talking, or more than two. He then heard two "pops", and about five seconds later the smaller car drove across the road into the ditch again and back out, weaving, while the larger car turned its lights on and drove off down the highway at a normal speed. Albert Turski went back to bed.

Darlene Turski's testimony was largely similar to that of her husband. However, she heard the mumbling of people talking for what she considered to be one or two minutes, and she testified that the talking sounded as though it involved "more than two" people. Right after the conversation ended, she heard two "pops". About fifteen seconds later, she said, the two cars pulled away and she and her husband lay back down in bed. Albert fell asleep immediately, but Darlene Turski stayed awake for a period of time. She then heard

personnes y prenaient place. Elle n'a entendu aucune voix provenant de l'une ou l'autre des deux automobiles. Cheryl Ball s'est alors retournée et a continué de marcher en direction de son domicile avec son époux.

Vers 3 h, Albert et Darlene Turski ont été réveillés par les jappements de leur chien et par des crissements de pneus à l'extérieur vis-à-vis la fenêtre de leur chambre à coucher. Les Turski vivaient dans une ferme longeant la route provinciale 247, à plusieurs kilomètres de l'endroit où les Ball avaient été déposés.

Albert Turski a témoigné qu'il avait regardé par la fenêtre et qu'il avait aperçu sur la route les feux de deux automobiles. L'une d'elles semblait plus grosse que l'autre, à en juger par le bruit de son moteur. Il n'a pas pu voir les véhicules clairement, à l'exception de leurs feux. La route se trouvait de 50 à 75 verges plus loin. La petite automobile longeait un fossé et semblait patiner sur l'herbe d'après le bruit de ses pneus. La grosse automobile s'est approchée de la petite sans toutefois se rendre tout à fait à sa hauteur. La petite automobile s'est embourbée, mais a réussi à s'extirper du fossé. Les feux de la grosse automobile se sont éteints. Albert Turski a entendu des gens marmonner pendant 10 à 15 secondes. Il n'a pas pu déterminer s'il y avait seulement deux personnes qui parlaient ou si elles étaient plus nombreuses. Il a alors entendu deux bruits secs et, environ cinq secondes plus tard, la petite automobile a traversé la route pour se retrouver de nouveau dans le fossé et en ressortir en zigzaguant, tandis que la grosse voiture allumait ses feux et reprenait la route à une vitesse normale. Albert Turski est retourné au lit.

Le témoignage de Darlene Turski correspondait en grande partie à celui de son époux. Elle a toutefois entendu des gens marmonner pendant une à deux minutes selon elle, et elle a témoigné que le bruit de la conversation semblait indiquer qu'il y avait [TRADUCTION] «plus que deux» personnes. Dès que la conversation eut pris fin, elle a entendu deux bruits secs. Elle a raconté qu'environ quinze secondes plus tard les deux automobiles avaient repris la route et qu'elle et son époux étaient retournés au lit. Albert s'est aussitôt rendormi,

more "pops" in a fast series, which sounded as if they were further away from the house.

mais Darlene Turski est restée éveillée pendant un certain temps. Elle a ensuite entendu d'autres bruits secs qui se sont succédé rapidement et qui semblaient provenir d'un endroit plus éloigné de la maison.

117 At 4:26 a.m., a young couple drove by the Turskis' house on provincial highway 247 and discovered the body of Darlene Weselowski on the side of road outside the house, and the body of Bernard Cook lying 400 metres up the road. Weselowski had been shot twice in the head. Cook had been shot three times in the head and three times in the chest. Both victims had been shot with the same 9mm Glock semi-automatic pistol. A damaged car was found driven into a telephone pole in the ditch near Cook's body.

À 4 h 26, un jeune couple, qui circulait sur la route provinciale 247 près de la maison des Turski, a découvert le corps de Darlene Weselowski sur l'accotement de la route à l'extérieur de la maison, ainsi que le corps de Bernard Cook qui gisait 400 mètres plus loin le long de la route. Weselowski avait reçu deux coups de feu à la tête. Cook avait reçu trois coups de feu à la tête et trois à la poitrine. Les deux victimes avaient été abattues au moyen du même pistolet semi-automatique 9mm Glock. Une automobile endommagée, qui avait embouti un poteau téléphonique, a été retrouvée dans le fossé près du corps de Cook.

118 Four days later, on August 25, 1994, the Weselowski station wagon was found parked on Buchanan Street, a block and a half from the home of the appellant's brother William on Risbey Street. There were blood spatters all over the front passenger side of the car, and several shell casings were found in the car. The blood was determined to be Cook's. Some of the appellant's scalp hairs were found on the floor of the driver's side of the vehicle.

Quatre jours plus tard, soit le 25 août 1994, la familiale de Weselowski a été retrouvée stationnée sur la rue Buchanan, à un coin de rue et demi de la rue Risbey où demeure William, le frère de l'appelant. Il y avait du sang partout du côté du passager à l'avant de l'automobile, et plusieurs douilles ont été trouvées dans celle-ci. Il a été établi que le sang était celui de Cook. Des cheveux de l'appelant ont été trouvés sur le plancher du côté du conducteur du véhicule.

119 On August 22, 1994, the day after the murders, the appellant and his common law wife Shelley Letexier checked into a room at the Downs Hotel. After they left the hotel at 3:28 a.m. on August 25, 1994, they drove to the home of the appellant's brother, William, on Risbey Street. After their departure, a leather jacket in good condition was found in a dumpster at the back of the hotel. A search of the appellant's home resulted in the seizure of a purchase receipt from the Sidney I. Robinson store for 9mm ammunition capable of being loaded into a 9mm Glock semi-automatic pistol such as that which killed Weselowski and Cook. Store records from the purchase bore the appellant's name.

Le lendemain des meurtres, soit le 22 août 1994, l'appelant et sa conjointe de fait, Shelley Letexier, ont loué une chambre à l'hôtel Downs. Après avoir quitté l'hôtel à 3 h 28, le 25 août 1994, ils se sont rendus en voiture au domicile de William, le frère de l'appelant, sur la rue Risbey. Après leur départ, un blouson de cuir en bon état a été trouvé dans une benne à l'arrière de l'hôtel. Une perquisition au domicile de l'appelant a permis de saisir un reçu d'achat du magasin Sidney I. Robinson pour des munitions de calibre 9mm pouvant convenir à un pistolet semi-automatique 9mm Glock comme celui qui a été utilisé pour tuer Weselowski et Cook. L'achat avait été fait au nom de l'appelant, selon les registres du magasin.

120 RCMP Constables Patrick Madden and Harvey MacLeod paid three visits to the home of Cheryl

Les agents Patrick Madden et Harvey MacLeod de la GRC se sont rendus trois fois au domicile de

and Daniel Ball after the murders. Cheryl Ball testified that on the second visit, on August 23, 1994, the police showed her some photographs. At trial, she had a hazy memory of seeing the photos, and testified that she did not think she had recognized anyone in the photos. The police left, but then Daniel Ball called the police back into the house, and Cheryl Ball met with the police again. She testified at trial that she thought she pointed to one of the three photographs shown to her and said that the person in the photo "looks kind of familiar". She met with the police again on August 30, 1994, but did not recall at trial having said anything to police about any of the photos at that time. Cheryl Ball did not testify at trial as to why the person in the photo shown to her on August 23, 1994 looked familiar, or where she had seen the person. She was not asked whether she had seen the appellant on the night of the murders, and she did not testify that she had done so. She did not mention the appellant in her testimony, or identify the appellant in court. She did testify, however, that nothing she said in her conversations with police was untrue.

Daniel Ball had less recollection of his meetings with police in August 1994. He could not remember at trial whether he was shown any of the photos that police later testified he was shown when they met with him. He did not recall having identified anyone in the pictures as being familiar.

Constable Madden testified that on August 23, 1994, Cheryl Ball told him and Constable MacLeod that she had seen a man talking to Cook at the Mohawk gas station. The man she had seen was white, had short hair in a ponytail, and wore glasses. She did not mention him having a goatee. Madden testified that, at the time of the murders, the appellant had long hair that was not in a ponytail, was not wearing glasses, and wore a goatee. To Madden's knowledge, the appellant had never worn glasses. Madden testified that after Daniel Ball beckoned him and MacLeod back into

Cheryl et Daniel Ball après les meurtres. Cheryl Ball a témoigné que, lors de la deuxième visite, le 23 août 1994, les policiers lui avaient montré certaines photographies. Au procès, elle se souvenait vaguement avoir vu les photos et elle a témoigné qu'elle ne croyait pas avoir reconnu qui que ce soit sur celles-ci. Les policiers sont partis, mais Daniel Ball les a alors fait revenir à la maison et Cheryl Ball les a rencontrés de nouveau. Elle a témoigné au procès qu'elle croyait avoir indiqué une des trois photographies qui lui avaient été montrées et avoir affirmé que la personne figurant sur cette photo [TRADUCTION] «[lui disait] quelque chose». Elle a rencontré une fois de plus les policiers le 30 août 1994, mais au procès, elle ne se souvenait pas leur avoir dit quoi que ce soit au sujet des photos à ce moment-là. Cheryl Ball n'a pas expliqué, au procès, pourquoi la personne figurant sur la photo qui lui avait été montrée le 23 août 1994 lui disait quelque chose, ni où elle avait vu cette personne. On ne lui a pas demandé si elle avait vu l'appellant la nuit des meurtres et elle n'a pas témoigné qu'elle l'avait vu. Elle n'a pas mentionné l'appellant dans son témoignage et ne l'a pas identifié en cour. Elle a toutefois témoigné que rien de ce qu'elle avait dit aux policiers n'était faux.

Daniel Ball se souvenait moins des rencontres qu'il avait eues avec les policiers en août 1994. Il a été incapable de se rappeler au procès si on lui avait montré les photos qui, d'après le témoignage ultérieur des policiers, lui auraient été montrées lorsqu'ils l'ont rencontré. Il ne se souvenait pas avoir affirmé qu'une personne figurant sur les photos lui disait quelque chose.

L'agent Madden a témoigné que, le 23 août 1994, Cheryl Ball lui avait déclaré, en présence de l'agent MacLeod, avoir vu un homme parler à Cook à la station-service Mohawk. L'homme qu'elle avait aperçu était blanc, avait les cheveux courts attachés en queue de cheval, et portait des lunettes. Elle n'a pas mentionné qu'il avait une barbe. Madden a témoigné qu'à l'époque des meurtres l'appellant avait les cheveux longs, sans queue de cheval, et une barbe et ne portait pas de lunettes. À sa connaissance, l'appellant n'avait jamais porté de lunettes. Madden a affirmé

121

122

the house to speak to Cheryl Ball on August 23, Cheryl Ball indicated that the man in Photo No. 3 looked like the man whom she had seen at the Mohawk gas station talking to Cook and who was also "probably driving the other car". Photo No. 3 was a photo of the appellant, in which he wore a moustache, no goatee, long hair, and no glasses. The photograph was a black and white photocopy.

qu'après que Daniel Ball leur eut fait signe, à lui et à MacLeod, de revenir à la maison pour parler à Cheryl Ball, le 23 août, cette dernière avait indiqué que l'homme figurant sur la troisième photo ressemblait à l'homme qu'elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk et qui, de plus, [TRA-DUCTION] «conduisait probablement l'autre automobile». La troisième photo était une photo de l'appelant qui avait les cheveux longs et une moustache mais pas de barbiche, et ne portait pas de lunettes. Cette photographie était une photocopie en noir et blanc.

123 Madden testified that he and MacLeod returned to the Ball residence on August 30, 1994 and, in separate interviews, showed Cheryl and Daniel Ball a set of eight photographs. Photo No. 5 was the same photo of the appellant that had been included in photocopied form as Photo No. 3 on August 23, 1994. None of the other photos had been included among the three photos shown to the Balls on August 23rd. According to Madden, Cheryl and Daniel Ball separately picked Photo No. 5 as being the person from the gas station, although Daniel Ball told them that he may have picked that photo because he had seen the same photo on August 23. Cheryl Ball was not asked whether her previous selection of the same photo on August 23 had influenced her selection on August 30.

Madden a témoigné que lui et MacLeod étaient retournés à la résidence des Ball le 30 août 1994 et qu'en les interrogeant séparément ils avaient montré à Cheryl et à Daniel Ball une série de huit photographies. La cinquième photo était la même photo de l'appelant qui avait été incluse sous forme de photocopie comme étant la troisième photo le 23 août 1994. Aucune des autres photos ne figurait parmi les trois qui avaient été montrées aux Ball le 23 août. Selon Madden, Cheryl et Daniel Ball ont chacun de leur côté choisi la cinquième photo comme représentant la personne aperçue à la station-service, quoique Daniel Ball leur ait dit qu'il pouvait avoir choisi cette photo parce c'était celle qu'il avait vue le 23 août. On n'a pas demandé à Cheryl Ball si le choix de photo qu'elle avait déjà fait le 23 août avait influencé son choix le 30 août.

124 Madden's testimony to the effect that Cheryl Ball identified the appellant as having spoken to Cook at the Mohawk gas station, as well as MacLeod's testimony to the same effect, constitute a second group of statements that the defence unsuccessfully sought to have excluded as hearsay at trial.

Le témoignage de Madden, selon lequel Cheryl Ball avait identifié l'appelant comme étant la personne qui avait parlé à Cook à la station-service Mohawk, et le témoignage de MacLeod dans le même sens constituent un deuxième groupe de déclarations que la défense a vainement tenté de faire écarter en tant que ouï-dire au procès.

125 Police intercepted private communications involving the appellant and his common law wife, Shelley Letexier, who were recorded making several statements that were relied upon to some degree at trial by both the Crown and the defence. On the tapes, the appellant is heard making statements to Letexier which the Crown argued were consistent with his having been in a stolen car that followed Cook, Weselowski and the Balls up to

Les policiers ont intercepté des communications privées au cours desquelles l'appelant et sa conjointe de fait, Shelley Letexier, ont fait plusieurs déclarations que le ministère public et la défense ont invoquées dans une certaine mesure au procès. Dans les enregistrements, on entend l'appelant faire à Letexier des déclarations qui, selon le ministère public, pouvaient laisser croire qu'il s'était trouvé dans une automobile volée qui avait

the point that the Balls were dropped off in St. Norbert, and with his having thrown a leather jacket into the dumpster at the Downs Hotel. However, the appellant was also recorded stating to Letexier that he "never killed anyone", and Letexier was recorded stating that the appellant and unspecified others were stupid to have followed a car: "Oh well you guys are so fuckin' stupid. You got fuckin' witnesses seen you guys, seen you behind that car. It should ah, been called off right away when there were four people."

suivi Cook, Weselowski et les Ball jusqu'à ce que les Ball aient été déposés à St. Norbert, et qu'il avait jeté un blouson de cuir dans la benne de l'hôtel Downs. Toutefois, on pouvait également y entendre l'appellant dire à Letexier qu'il n'avait [TRADUCTION] «jamais tué qui que ce soit», et Letexier déclarer que l'appellant et d'autres personnes dont l'identité n'était pas précisée avaient été stupides de suivre une voiture: [TRADUCTION] «Et bien, vous les gars, vous êtes si stupides. Il y a des foutus témoins qui vous ont vus, les gars, qui vous ont vus derrière cette automobile. Cela, euh, aurait dû être annulé à partir du moment où il y avait quatre personnes.»

Several other witnesses testified at trial, including Cecil Starr, a cousin of the appellant and a friend of Cook's, who testified that, about ten days after the murders, the appellant confessed to having killed Cook and Weselowski. Cecil Starr said that the confession occurred at the apartment of Dwight Bamlett, and that Cecil Starr had subsequently attended a party on a reserve where several people, including Cecil's brother, Mervin Starr, as well as Dwight Bamlett, were discussing the confession.

Plusieurs autres témoins ont déposé au procès, dont Cecil Starr, un cousin de l'appellant et un ami de Cook, qui a affirmé qu'une dizaine de jours après les meurtres l'appellant avait avoué avoir tué Cook et Weselowski. Cecil Starr a dit que l'aveu avait été fait à l'appartement de Dwight Bamlett et qu'il avait par la suite participé à une fête dans une réserve où plusieurs personnes, y compris le frère de Cecil, Mervin Starr, de même que Dwight Bamlett, avaient discuté de cet aveu.

126

Several defence witnesses, including Cecil Starr's sister Audrey Malcolm, testified that Cecil Starr was a habitual liar, and that his story of the appellant's alleged confession was false. Malcolm stated that Cecil Starr had since told her that he had not seen the appellant for over two years, and that the appellant had never confessed. Mervin Starr testified that he had never been at a party of the type described by Cecil. Dwight Bamlett testified that Cecil Starr and the appellant had never been present together in his apartment, and that he had never been at a party on a reserve of the type described by Cecil. Former Staff Sergeant Savage of the RCMP testified that he had interviewed Cecil Starr shortly before trial, and that Cecil had denied ever having said that the appellant confessed to him, and had said he could not remember any party on the reserve.

Plusieurs témoins de la défense, dont la sœur de Cecil Starr, Audrey Malcolm, ont témoigné que Cecil Starr était un menteur invétéré et que son récit concernant le prétendu aveu de l'appellant était faux. Malcolm a affirmé que Cecil Starr lui avait dit, depuis lors, qu'il n'avait pas vu l'appellant depuis plus de deux ans et que l'appellant n'avait jamais rien avoué. Mervin Starr a témoigné qu'il ne s'était jamais rendu à une fête du genre décrit par Cecil. Dwight Bamlett a témoigné que Cecil Starr et l'appellant ne s'étaient jamais trouvés ensemble dans son appartement et qu'il ne s'était jamais rendu dans une réserve pour y participer à une fête du genre décrit par Cecil. L'ex-sergent d'état-major Savage de la GRC a témoigné qu'il avait interrogé Cecil Starr peu de temps avant le procès, et que Cecil avait nié avoir déjà déclaré que l'appellant lui avait fait un aveu, tout en se disant incapable de se souvenir d'une fête dans la réserve.

127

128 Finally, the trial judge called Constable Robert Young of the Winnipeg police to testify regarding his interactions with Cook on August 20, 1994, several hours before the murders. Young testified that Cook was the "sergeant at arms" of the Manitoba Warriors gang, meaning he was the person responsible for all of the gang's criminal matters. Young stated that he and Cook had had meetings previous to August 20, 1994, at which Cook had expressed his desire to dissociate himself from the Manitoba Warriors. Young stated that he met with Cook on August 20, 1994 at about 6:00 p.m. Cook told Young about a break-in that had occurred earlier that day at the Sidney I. Robinson store, in which guns had been stolen. Cook said that he was to meet with members of the Los Bravos gang later that night at the Westbrook Hotel to purchase some of these guns, and that he had been told by Joseph Flett, the President of the Manitoba Warriors, to wear his gang colours. Cook expressed a concern as to why he was being asked to wear gang colours. Cook told Young that if he purchased guns he would turn one over to Young, and that he would alert Young of success in the purchase by calling Young at around 1:00 a.m. Young never received the anticipated telephone call from Cook. When Cook's body was found, he was wearing the gang colours of the Manitoba Warriors.

129 The theory of the Crown at trial was that the killing of Cook was a gang-related execution perpetrated by the appellant. Weselowski was an unfortunate witness who was killed simply because she was in the wrong place at the wrong time. The theory was that the appellant had used an Autopac scam as a pretext to get Cook out into the countryside. Outside the Turskis' home, Cook got into the smaller car and drove it into the ditch, hitting telephone poles in an effort to damage the car. The appellant shot Weselowski twice in the head, then drove Weselowski's station wagon up the road to where Cook had stopped the smaller car in the ditch. When Cook entered the station wagon on the passenger side, the appellant shot him from the driver's seat three times in the head and three times in the chest. He then pushed Cook's body

Enfin, le juge du procès a demandé à l'agent Robert Young de la police de Winnipeg de témoigner au sujet des rapports qu'il avait eus avec Cook le 20 août 1994, plusieurs heures avant les meurtres. Young a témoigné que Cook était le «sergent d'armes» de la bande des Warriors du Manitoba, en ce sens qu'il était la personne chargée de toutes les affaires criminelles de la bande. Young a déclaré que lui et Cook avaient eu des rencontres avant le 20 août 1994, et que Cook avait alors exprimé la volonté de se dissocier des Warriors du Manitoba. Young a dit qu'il avait rencontré Cook le 20 août 1994, vers 18 h. Cook a informé Young qu'une introduction par effraction avait eu lieu plus tôt dans la journée au magasin Sidney I. Robinson et que des armes à feu y avaient été dérobées. Cook a dit qu'il devait rencontrer des membres de la bande Los Bravos à l'hôtel Westbrook, plus tard dans la soirée, pour acheter certaines de ces armes à feu et que Joseph Flett, le président des Warriors du Manitoba, lui avait demandé de porter les couleurs de sa bande. Cook s'est dit tracassé par la raison pour laquelle on lui demandait de porter les couleurs de sa bande. Cook a déclaré à Young que, s'il achetait des armes à feu, il lui en remettrait une et lui confirmerait l'achat en l'appelant vers 1 h. Young n'a jamais reçu l'appel qu'il attendait de Cook. Lorsque le corps de Cook a été trouvé, il portait les couleurs des Warriors du Manitoba.

La thèse du ministère public au procès était que Cook avait été exécuté par l'appellant en raison de son appartenance à une bande. Weselowski était un témoin malchanceux qui a été tué simplement parce qu'il se trouvait à la mauvaise place au mauvais moment. Selon cette thèse, l'appellant s'était servi de la fraude de l'Autopac comme prétexte pour entraîner Cook à la campagne. À l'extérieur du domicile des Turski, Cook est monté dans la petite automobile et l'a conduite dans le fossé, heurtant des poteaux téléphoniques en vue de l'endommager. L'appellant a tiré Weselowski à la tête à deux reprises, et a ensuite conduit la familiale de cette dernière jusqu'à l'endroit où Cook avait arrêté la petite automobile dans le fossé. Lorsque Cook a pris place dans la familiale du côté du passager, l'appellant a fait feu sur lui à partir du siège

out of the vehicle and drove away, parking near his brother's house, where the appellant abandoned the station wagon.

The defence theory focussed on the issue of identity. The defence argued that the circumstantial evidence adduced by the Crown had failed to prove that the appellant actually shot the victims, and had failed to dispel the real possibility that other gang-related individuals were the killers.

III. Judicial History

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*

(1) Ruling and jury instructions on Cook's statement of intention

The Crown brought an application at trial to permit Jodie Giesbrecht to testify that Cook had told her, *inter alia*, that he had to "go and do an Autopac scam with Robert". The Crown sought to have this testimony admitted as evidence of Cook's state of mind on the evening of the murder and of his intention to go with the appellant to perpetrate a car insurance scam. The defence objected on the basis that the evidence was hearsay if used to prove that the appellant acted in accordance with Cook's stated intention, and that its admission would be more prejudicial than probative because the jury would likely draw such an impermissible inference.

The trial judge did not hold a *voir dire* as part of the Crown motion. Hirschfield J. found that Giesbrecht's anticipated testimony regarding the Autopac scam was admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule. Hirschfield J. found that the prejudicial effect of the admission of the evidence was that Cook's alleged statement implicated the appellant in the commission of insurance fraud. The trial

du conducteur, l'atteignant à la tête à trois reprises et la poitrine à trois reprises également. Il a ensuite poussé le corps de Cook hors du véhicule et a quitté les lieux pour ensuite aller stationner la familiale près de la maison de son frère, où il l'a abandonnée.

La thèse de la défense était axée sur la question de l'identité. La défense a prétendu que les éléments de preuve circonstancielle présentés par le ministère public n'établissaient pas que l'appelant avait effectivement fait feu sur les victimes et n'écartaient pas la possibilité réelle que les meurtriers aient été d'autres personnes liées à une bande.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

(1) La décision et les directives au jury relativement à la déclaration d'intention de Cook

Au procès, le ministère public a demandé que Jodie Giesbrecht soit autorisée à témoigner que Cook lui avait dit, notamment, qu'il devait [TRANSCRIPTION] «aller frauder l'Autopac avec Robert». Le ministère public a cherché à faire admettre ce témoignage en tant que preuve de l'état d'esprit de Cook le soir du meurtre et de son intention d'aller commettre une fraude d'assurance-automobile avec l'appelant. La défense s'y est opposée pour le motif que cette preuve serait du oui-dire si elle était utilisée pour établir que l'appelant a agi conformément à l'intention explicite de Cook, et que son admission serait plus préjudiciable que probante parce que le jury ferait probablement une telle déduction inacceptable.

Le juge du procès n'a pas tenu de *voir-dire* dans le cadre de la requête du ministère public. Le juge Hirschfield a conclu que le témoignage prévu de Giesbrecht au sujet de la fraude de l'Autopac était admissible en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du oui-dire. Le juge Hirschfield a décidé que l'effet préjudiciable de l'admission de ce témoignage était que la déclaration présumée de Cook impliquait l'appelant

130

131

132

judge noted that, in this regard, the words said to have been spoken by Cook "would be as prejudicial as against the deceased as they are against the [appellant]". Hirschfield J. concluded that, in light of the other evidence that the Crown anticipated calling in order to link the appellant to the murders, the probative value of Giesbrecht's testimony outweighed any prejudicial effect.

lant dans la perpétration d'une fraude en matière d'assurance. Le juge du procès a fait remarquer à cet égard que les paroles qu'aurait prononcées Cook [TRADUCTION] «seraient aussi préjudiciables à la personne décédée qu'elles le sont pour [l'appellant]». Le juge Hirschfield a conclu que, à la lumière des autres témoignages que le ministère public prévoyait présenter afin de relier l'appellant aux meurtres, la valeur probante du témoignage de Giesbrecht l'emportait sur tout effet préjudiciable.

- 133 In his subsequent instructions to the jury regarding the use to be made of Giesbrecht's testimony regarding Cook's statements to her on the night of the murders, Hirschfield J. told the jury that it was for them to decide whether Cook's statement about the scam linked the appellant with the deaths of Cook and Weselowski.

(2) Ruling and jury instructions on Cheryl Ball's out-of-court identification

- 134 A *voir dire* was held to determine the admissibility of the testimony of Constables Madden and MacLeod regarding Cheryl Ball's alleged identification of the appellant as being a person she had seen talking to Cook at the Mohawk gas station. Madden and MacLeod both testified. The Crown argued it was entitled to adduce the statements of the two officers, notwithstanding the fact that Cheryl Ball had not testified at trial as to having seen a man talking to Cook at the gas station, or to having identified that man in one of the photographs presented to her by police. The Crown relied upon the prior identification exception to the hearsay rule. The defence argued that the use of hearsay evidence to establish a prior out-of-court identification of the accused by a witness is permissible only where the witness acknowledges in court having made the prior identification. Although the record is not entirely clear on this point, Hirschfield J. appears to have accepted the Crown's submissions. He ruled Madden and MacLeod's anticipated evidence admissible.

Dans les directives qu'il a par la suite données au jury au sujet de l'utilisation qui devrait être faite du témoignage de Giesbrecht concernant les déclarations que Cook lui avait faites la nuit des meurtres, le juge Hirschfield a dit aux jurés qu'il leur appartenait de décider si la déclaration de Cook au sujet de la fraude reliait l'appellant au décès de Cook et à celui de Weselowski.

(2) La décision et les directives au jury relativement à l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball

Un *voir-dire* a été tenu pour déterminer l'admissibilité du témoignage des agents Madden et MacLeod au sujet de la présumée identification par Cheryl Ball de l'appellant comme étant la personne qu'elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk. Madden et MacLeod ont témoigné tous les deux. Le ministère public a prétendu qu'il avait le droit de présenter les déclarations des deux agents malgré le fait que Cheryl Ball n'avait pas témoigné au procès qu'elle avait vu un homme s'entretenir avec Cook à la station-service ou qu'elle avait identifié cet homme sur l'une des photographies que lui avaient montrées les policiers. Le ministère public a invoqué l'exception de l'identification antérieure à la règle du *ouï-dire*. La défense a fait valoir que l'utilisation de la preuve par *ouï-dire* pour établir l'identification antérieure extrajudiciaire de l'accusé par un témoin n'est acceptable que si le témoin reconnaît en cour avoir effectué cette identification antérieure. Bien que le dossier ne soit pas tout à fait clair sur ce point, le juge Hirschfield paraît avoir retenu les arguments du ministère public. Il a décidé que le témoignage prévu de Madden et MacLeod était admissible.

In his instructions to the jury, Hirschfield J. reviewed the out-of-court identification evidence said to have been provided by Cheryl Ball to Constables Madden and MacLeod. The trial judge concluded his instructions with a caution that Cheryl Ball's identification evidence was "extremely frail" and, in his view, did not link the appellant to the deaths of Cook and Weselowski. However, Hirschfield J. left it to the jury to decide the value of Ball's evidence on this point.

(3) Charge to the jury on reasonable doubt

In his instructions to the jury, Hirschfield J. explained that the appellant was presumed to be innocent and that the onus was on the Crown to prove the appellant's guilt beyond a reasonable doubt. He then defined the reasonable doubt standard in the following terms:

It is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the burden of proof on the Crown is only to prove the guilt of the accused beyond reasonable doubt. What, then, is proof beyond a reasonable doubt?

The words "reasonable doubt" are used in their everyday, ordinary sense and not as a legal term having some special connotation. The words have no magic meaning that is peculiar to the law. A reasonable doubt is an honest, fair doubt, based upon reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous one resting on speculation or guess rather than upon the evidence you heard in this courtroom.

So you can see, the words "reasonable doubt" are ordinary words we use in our everyday language. So if you can say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has met the onus upon it. If you cannot say those words — if you cannot say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has not met the onus on it, and the accused is entitled to have your doubt resolved in his favour.

No further definition of the reasonable doubt standard was provided. The trial judge went on to explain that the jury might be left with a reasona-

Dans ses directives au jury, le juge Hirschfield a examiné la preuve d'identification extrajudiciaire qui, disait-on, avait été fournie par Cheryl Ball aux agents Madden et MacLeod. Le juge du procès a terminé ses directives par une mise en garde selon laquelle la preuve d'identification de Cheryl Ball était [TRADUCTION] «extrêmement fragile» et, à son avis, ne reliait l'appelant ni au décès de Cook ni à celui de Weselowski. Cependant, le juge Hirschfield a laissé au jury le soin de déterminer la valeur de la preuve de Ball à ce sujet.

(3) L'exposé au jury sur le doute raisonnable

Dans ses directives au jury, le juge Hirschfield a expliqué que l'appelant était présumé innocent et qu'il incombait au ministère public d'en établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il a ensuite défini la norme du doute raisonnable de la façon suivante:

[TRADUCTION] Il est rarement possible d'établir quelque chose avec une certitude absolue, de sorte que le ministère public n'a qu'à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. En quoi consiste donc la preuve hors de tout doute raisonnable?

L'expression «doute raisonnable» est utilisée dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas en tant qu'expression juridique ayant une connotation particulière. Cette expression n'a aucun sens magique propre au droit. Un doute raisonnable est un doute sincère et légitime qui est fondé sur la raison et le bon sens. C'est un doute réel et non pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions plutôt que sur les témoignages que vous avez entendus dans cette salle d'audience.

Vous pouvez ainsi constater que les mots «doute raisonnable» sont des mots ordinaires que nous utilisons dans la vie de tous les jours. Donc, si vous pouvez dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait. Si vous ne pouvez pas prononcer ces mots — si vous ne pouvez pas dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait et tout doute doit être tranché en faveur de l'accusé.

Aucune autre définition de la norme du doute raisonnable n'a été donnée. Le juge du procès a ensuite expliqué que le jury pourrait avoir un doute

135

136

ble doubt unless it rejected as untrue some or all of the evidence, if any, that favoured the appellant.

raisonnable à moins qu'il ne conclue à la fausseté d'une partie ou de la totalité des témoignages qui pourraient être favorables à l'appelant.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1998), 123 C.C.C. (3d) 145

B. *Cour d'appel du Manitoba* (1998), 123 C.C.C. (3d) 145

(1) Monnin J.A., Kroft J.A. concurring

(1) Le juge Monnin (avec l'appui du juge Kroft)

(a) *Admissibility of Cook's Statement of Intention*

a) *Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook*

137 Monnin J.A. found that Giesbrecht's testimony that Cook told her he was going to do an Autopac scam with the appellant was hearsay, but was nonetheless admissible. While he did cite the decision of this Court in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, Monnin J.A. primarily relied upon the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule, to the effect that, where the intention or state of mind of an out-of-court declarant is relevant to a fact in issue, evidence that would otherwise be hearsay is admissible to prove the declarant's intention or state of mind. Monnin J.A. endorsed the trial judge's ruling, stating that Cook's alleged statement to Giesbrecht was admissible to demonstrate Cook's state of mind at the time, and to demonstrate that Cook acted in accordance with his "stated intention or plan" (p. 158). Monnin J.A. also found that the probative value of Cook's statement outweighed any prejudicial effect.

Le juge Monnin a conclu que le témoignage de Giesbrecht, selon lequel Cook lui avait dit qu'il allait frauder l'Autopac avec l'appelant, était du ouï-dire, mais qu'il était néanmoins admissible. Bien qu'il ait cité l'arrêt de notre Cour *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, le juge Monnin s'est fondé avant tout sur l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du ouï-dire, qui prévoit que, lorsque la question de l'intention ou de l'état d'esprit de l'auteur d'une déclaration extrajudiciaire est pertinente relativement au fait en cause, la preuve qui constituerait par ailleurs du ouï-dire est admissible pour établir l'intention ou l'état d'esprit de l'auteur de cette déclaration. Le juge Monnin a souscrit à la décision du juge du procès en disant que la déclaration que Cook aurait faite à Giesbrecht était admissible pour établir l'état d'esprit de Cook à ce moment-là et pour démontrer que Cook avait agi conformément à son [TRADUCTION] «intention ou projet explicite» (p. 158). Le juge Monnin a également conclu que la valeur probante de la déclaration de Cook l'emportait sur tout effet préjudiciable.

(b) *Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification*

b) *Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball*

138 Monnin J.A. found that the trial judge may have committed an error in permitting the Crown to adduce evidence through Constables Madden and MacLeod that Cheryl Ball had identified the appellant as a person she had seen talking to Cook at the Mohawk gas station. However, Monnin J.A. held

Le juge Monnin a décidé qu'il se pouvait que le juge du procès ait commis une erreur en permettant au ministère public de présenter, par l'entremise des agents Madden et MacLeod, la preuve que Cheryl Ball avait identifié l'appelant comme étant une personne qu'elle avait vu parler à Cook à la

that the trial judge's cautionary instruction regarding the frailty of the identification evidence "effectively negated any harm that such evidence might have caused" (p. 159). He stated that the appellant's case was not one that "turned on the issue of identification" (p. 159), and that there was ample other evidence that the jury could have relied upon to arrive at a guilty verdict. Citing *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, as establishing the applicable test for confirming a guilty verdict in the face of an error in law, Monnin J.A. stated that he was satisfied that, even if the evidence of Madden and MacLeod had been excluded, a properly instructed jury would have reached the same verdict.

station-service Mohawk. Le juge Monnin a cependant conclu que la mise en garde du juge du procès relativement à la fragilité de la preuve d'identification [TRADUCTION] «a effectivement éliminé tout préjudice que cette preuve pouvait avoir causé» (p. 159). Il a déclaré que la preuve de l'appelant ne [TRADUCTION] «reposait [pas] sur la question de l'identification» (p. 159) et qu'il y avait beaucoup d'autres éléments de preuve sur lesquels le jury aurait pu s'appuyer pour prononcer un verdict de culpabilité. Indiquant que l'arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, avait établi le critère applicable pour confirmer un verdict de culpabilité en présence d'une erreur de droit, le juge Monnin a affirmé qu'il était convaincu que, même si le témoignage de Madden et de MacLeod avait été écarté, un jury ayant reçu des directives appropriées aurait rendu le même verdict.

(c) *The Instruction on Reasonable Doubt*

Monnin J.A. stated that the trial judge's charge to the jury, considered as a whole, was more than fair and balanced, and if anything favoured the appellant. On the issue of reasonable doubt, Monnin J.A. held that the trial judge's charge to the jury met the requirements set out by this Court in *Lifchus*, *supra*, both in its actual language and in overall tone. In particular, Monnin J.A. found that the trial judge had explained the link between the reasonable doubt standard and the presumption of innocence, the requirement that the Crown must prove more than mere probability of guilt, and the principle that a reasonable doubt is based on reason and common sense, logically founded upon the evidence or lack of evidence. Monnin J.A. noted that, while the trial judge might have erred in stating that the words "reasonable doubt" should be understood in their everyday ordinary sense, any such error was remedied by the fact that the trial judge went significantly further than had the trial judge in *Lifchus*, offering "interpretive assistance" and linking the concept of reasonable doubt to the evidence.

c) *La directive sur le doute raisonnable*

Le juge Monnin a dit que, dans l'ensemble, l'exposé du juge au jury était plus qu'équitable et équilibré, et qu'il était plutôt favorable à l'appelant. En ce qui concerne la question du doute raisonnable, le juge Monnin a décidé que l'exposé du juge au jury satisfaisait aux exigences énoncées par notre Cour dans l'arrêt *Lifchus*, précité, tant sur le plan de sa formulation même que sur celui de son ton général. En particulier, le juge Monnin a conclu que le juge du procès avait expliqué le lien entre la norme du doute raisonnable et la présomption d'innocence, entre l'exigence que le ministère public établisse plus qu'une simple probabilité de culpabilité et le principe voulant qu'un doute raisonnable soit fondé sur la raison et le bon sens et qu'il découle logiquement de la preuve ou de l'absence de preuve. Le juge Monnin a fait remarquer que, même s'il se pouvait que le juge du procès ait commis une erreur en disant qu'il fallait donner à l'expression «doute raisonnable» son sens ordinaire de tous les jours, cette erreur avait été corrigée par le fait qu'il était allé beaucoup plus loin que le juge du procès dans *Lifchus* en offrant une [TRADUCTION] «aide en matière d'interprétation» et en liant la notion du doute raisonnable à la preuve.

(2) *Twaddle J.A., dissenting*(a) *Admissibility of Cook's Statement of Intention*

140 Twaddle J.A. stated that four questions arose from the trial judge's admission of Giesbrecht's evidence for the purpose of showing Cook's intention or state of mind on the night of the murders, namely: (1) whether a statement that is adduced to prove the intention or state of mind of a deceased person should be considered for admission under a categorized exception to the hearsay rule, or *only* under the principled approach to the admission of hearsay evidence enunciated in *Khan, supra*, and subsequent cases; (2) whether Cook's statement was in fact properly admitted for the purpose of illustrating Cook's state of mind or intention; (3) whether the statement would have been admissible on the basis of necessity and reliability alone, pursuant to the principles established in *Khan, supra*, and subsequent cases; and (4) whether the jury was properly instructed as to the limits of the statement's use.

141 With respect to the issue of whether the principled approach to the admissibility of hearsay should be understood as having made the exceptions to the hearsay rule irrelevant, Twaddle J.A. stated that, in *Smith, supra*, this Court made it "very clear that the new approach was to be preferred" (p. 166). Nonetheless, Twaddle J.A. noted that, even in *Smith*, this Court analysed first whether statements of the deceased were admissible under the "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule, and then analysed whether they were admissible using the necessity and reliability approach. Twaddle J.A. stated that this bifurcated approach was likely taken because the trial judgment in *Smith* was rendered prior to *Khan, supra*. He stated that the appropriate test for the trial judge to have applied in the appellant's case was likely the necessity and reliability test alone. However, in light of *Smith* and the trial judge's focus on the "state of mind"

(2) *Le juge Twaddle, dissident*a) *Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook*

Le juge Twaddle a affirmé que l'admission par le juge du procès du témoignage de Giesbrecht aux fins de démontrer l'intention ou l'état d'esprit de Cook la nuit des meurtres soulevait quatre questions: 1) celle de savoir s'il y a lieu d'examiner la possibilité d'admettre une déclaration présentée en vue d'établir l'intention ou l'état d'esprit d'une personne décédée, en vertu d'une catégorie d'exceptions à la règle du ouï-dire ou *seulement* en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admission de la preuve par ouï-dire qui a été énoncée dans l'arrêt *Khan*, précité, et d'autres arrêts subséquents, 2) celle de savoir si la déclaration de Cook a effectivement été admise à bon droit dans le but d'illustrer l'état d'esprit ou l'intention de Cook, 3) celle de savoir si la déclaration aurait été admissible uniquement pour des raisons de nécessité et de fiabilité, conformément aux principes établis dans l'arrêt *Khan*, précité, et d'autres arrêts subséquents, et 4) celle de savoir si le jury a reçu des directives appropriées au sujet de l'utilisation limitée qui pourrait être faite de la déclaration.

Quant à savoir s'il y a lieu de considérer que la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire a rendu inutiles les exceptions à la règle du ouï-dire, le juge Twaddle a affirmé que, dans l'arrêt *Smith*, précité, notre Cour avait indiqué [TRADUCTION] «très clairement qu'il fallait choisir la nouvelle méthode» (p. 166). Néanmoins, le juge Twaddle a fait remarquer que, même dans *Smith*, notre Cour s'était d'abord demandé si les déclarations de la personne décédée étaient admissibles en vertu de l'exception des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du ouï-dire, et ensuite si elles étaient admissibles selon la méthode de la nécessité et de la fiabilité. Le juge Twaddle a dit que cette méthode à deux volets avait vraisemblablement été adoptée parce que le jugement de première instance dans *Smith* avait précédé l'arrêt *Khan*, précité. Il a dit que le seul critère qu'aurait dû appliquer le juge du procès dans le cas de l'appellant

exception, Twaddle J.A. dealt with both approaches to the admissibility of Giesbrecht's testimony.

Twaddle J.A. stated that it was generally accepted that evidence of a statement made by a person who has since died is admissible to prove the state of mind or present intentions of the deceased at the time of making the statement. The controversy, Twaddle J.A. noted, is over the impermissible uses to which such *ante mortem* statements might be put by the trier of fact. In particular, there is a concern that evidence regarding the state of mind of the deceased might be misused by the trier of fact to infer the state of mind, character, or subsequent actions of the accused rather than the declarant. Twaddle J.A. stated that this concern over impermissible uses of the evidence was relevant in determining whether the probative value of the hearsay statement outweighs its prejudicial effect upon the accused, relying in this regard upon the judgment of Doherty J. (as he then was) in *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.), which was cited with approval by this Court in *Smith*, *supra*.

Twaddle J.A. stated that the trial judge had erred in finding that the probative value of Cook's statement to Giesbrecht outweighed its prejudicial effect. Part of the error, Twaddle J.A. explained, stemmed from the trial judge's finding that the relevant prejudice that would be suffered by the appellant if the statement was admitted was only that the jury might be inflamed by information suggesting he was inclined to commit a criminal act such as insurance fraud. Rather, Twaddle J.A. found, the prejudice was the more serious problem that the jury may have used evidence of Cook's state of mind to infer the appellant's state of mind and the appellant's subsequent course of conduct, i.e., that the appellant did in fact meet with

était probablement celui de la nécessité et de la fiabilité. Cependant, à la lumière de l'arrêt *Smith* et de l'accent mis par le juge du procès sur l'exception de l'«état d'esprit», le juge Twaddle a examiné les deux façons d'aborder l'admissibilité du témoignage de Giesbrecht.

Le juge Twaddle a affirmé qu'il était généralement accepté que la preuve d'une déclaration faite par une personne subséquemment décédée était admissible pour établir l'état d'esprit ou les intentions de cette personne au moment où elle a fait sa déclaration. Le juge Twaddle a souligné que la controverse porte sur les utilisations inacceptables que le juge des faits pourrait faire de ces déclarations *ante mortem*. On craint notamment que le juge des faits ne fasse mauvais usage de la preuve relative à l'état d'esprit de la personne décédée pour déduire l'état d'esprit, le tempérament ou les actes ultérieurs de l'accusé plutôt que ceux de l'auteur de la déclaration. Le juge Twaddle a dit que cette crainte relative aux utilisations inacceptables de la preuve était pertinente pour déterminer si la valeur probante de la déclaration relatée l'emporte sur son effet préjudiciable sur l'accusé, s'appuyant à cet égard sur le jugement rendu par le juge Doherty (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario) dans *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C. Ont.), que notre Cour a cité en l'approuvant dans l'arrêt *Smith*, précité.

Le juge Twaddle a dit que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que la valeur probante de la déclaration de Cook à Giesbrecht l'emportait sur son effet préjudiciable. Le juge Twaddle a expliqué que cette erreur découlait en partie de la conclusion du juge du procès que le seul préjudice pertinent que l'appellant subirait si la déclaration était admise était la possibilité que le jury soit indigné par des renseignements indiquant que l'appellant était enclin à commettre un acte criminel comme une fraude en matière d'assurance. Selon le juge Twaddle, le préjudice découlait plutôt du problème plus grave posé par la possibilité que le jury ait utilisé la preuve de l'état d'esprit de Cook pour déduire l'état d'esprit et la ligne de conduite ultérieure de l'appellant, autrement dit pour déduire que l'appellant avait effectivement rencon-

142

143

Cook later that night on the side of provincial highway 247.

tré Cook plus tard cette nuit-là sur l'accotement de la route provinciale 247.

144 Twaddle J.A. held further that the trial judge had erred, after finding that Giesbrecht's testimony was admissible pursuant to the "state of mind" exception, in not then holding a *voir dire* to determine the reliability of Cook's statement, in accordance with the principled approach to hearsay admissibility set out in *Khan* and *Smith*. Twaddle J.A. found that Giesbrecht's evidence was equally inadmissible on this basis. He reviewed several factors indicating that Cook's statement was unreliable, including especially Cook's strong motive to lie to Giesbrecht about his intentions on the night of the murders.

Le juge Twaddle a également décidé que, après avoir conclu que le témoignage de Giesbrecht était admissible en vertu de l'exception de l'«état d'esprit», le juge du procès avait commis une erreur en ne tenant pas de voir-dire pour déterminer la fiabilité de la déclaration de Cook, conformément à la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, qui a été énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Le juge Twaddle a conclu que le témoignage de Giesbrecht était tout aussi inadmissible pour ce motif. Il a examiné plusieurs éléments indiquant que la déclaration de Cook n'était pas fiable, en particulier les fortes raisons que Cook avait de mentir à Giesbrecht au sujet de ses intentions la nuit des meurtres.

145 Finally, Twaddle J.A. held that the trial judge had erred in his instruction to the jury regarding the permissible use of Cook's statement. Twaddle J.A. noted that, rather than caution the jury against using Cook's statement in order to prove the appellant's state of mind and subsequent actions, as he ought to have done, the trial judge in fact invited the jury to draw this impermissible inference if they felt the evidence warranted it. Twaddle J.A. held that Cook's statement to Giesbrecht was inadmissible on any basis, and that the statement's admission, particularly with an erroneous instruction to the jury regarding its permissible use, constituted reversible error.

Enfin, le juge Twaddle a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans sa directive au jury sur l'utilisation acceptable de la déclaration de Cook. Le juge Twaddle a souligné qu'au lieu de mettre le jury en garde contre l'utilisation de la déclaration de Cook pour établir l'état d'esprit de l'appelant et ses actes ultérieurs, comme il aurait dû le faire, le juge du procès avait en réalité invité le jury à tirer cette conclusion inacceptable si jamais il estimait qu'elle était justifiée par la preuve. Le juge Twaddle a statué que la déclaration de Cook à Giesbrecht était inadmissible quel que ce soit le motif invoqué, et que l'admission de la déclaration, d'autant plus qu'elle était accompagnée d'une directive erronée au jury à l'égard de l'utilisation qui pourrait en être faite, constituait une erreur donnant ouverture à révision.

(b) *Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification*

b) *Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball*

146 Twaddle J.A. characterized this issue as whether a police officer's evidence of an out-of-court identification of the accused by a witness is admissible where the witness does not testify as to whether she made the identification in question. Twaddle J.A. felt that it was important to consider this question, notwithstanding the Crown's concession on appeal that the identification evidence might have been inadmissible, because he did not agree that

Le juge Twaddle a décrit cette question comme étant de savoir si le témoignage d'un policier qui porte sur l'identification extrajudiciaire de l'accusé par un témoin est admissible lorsque ce témoin ne dépose pas au sujet de la question de savoir s'il a procédé à l'identification en cause. Bien que le ministère public ait reconnu en appel qu'il se pouvait que la preuve d'identification soit inadmissible, le juge Twaddle a estimé qu'il était important

the trial judge's cautionary instruction to the jury regarding the frailty of the identification evidence was sufficient to dispel the possibility of a miscarriage of justice.

Twaddle J.A. noted that the more common fact scenario is where a witness testifies that he or she recalls having made a previous identification of the accused, but is unable to repeat the identification in court or to recall who was identified. He stated that the law is fairly clear that, in such circumstances, a police officer may be permitted to testify simply as to the specific photograph or person pinpointed by the witness on that previous occasion: *R. v. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481 (Ont. C.A.). After reviewing some of the relevant jurisprudence, Twaddle J.A. distinguished the appellant's case from cases such as *Tat*. He stated that, where a witness does not acknowledge having made a prior identification, there is a problem because it is no longer the eyewitness implicating the accused, but the police. There is no way to test whether, in fact, the eyewitness ever implicated the accused, because there is no testimony on point.

Twaddle J.A. stated that, given the inherent frailty of identification evidence in any event, it would take exceptional circumstances for identification evidence introduced as hearsay to be sufficiently reliable to be admissible under the principled approach to hearsay admissibility. He did not find such exceptional circumstances to exist in the appellant's case.

Moving on to consider whether this ground of appeal could nonetheless be dismissed on the basis that the trial judge's cautionary instruction to the jury negated any miscarriage of justice, Twaddle J.A. held that the jury verdict might reasonably have been different if the two officers had not been permitted to testify on the alleged identification by Cheryl Ball. He stated that Ball's identification of the appellant was important because it placed the appellant in St. Norbert, whereas without Ball's identification the appellant was last seen "halfway across the city from where the crime occurred"

d'examiner cette question parce qu'il n'était pas d'accord pour dire que la mise en garde du juge du procès au jury au sujet de la fragilité de la preuve d'identification était suffisante pour écarter la possibilité d'erreur judiciaire.

Le juge Twaddle a fait remarquer que le scénario le plus courant est celui où un témoin dit qu'il se souvient avoir identifié antérieurement l'accusé, mais est incapable de l'identifier de nouveau en cour ou de se rappeler qui il a identifié. Il a affirmé que le droit est assez clair en pareil cas: on peut permettre à un policier de déposer uniquement au sujet de la photographie ou de la personne indiquée antérieurement par le témoin: *R. c. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Ont.). Après avoir examiné certains arrêts pertinents, le juge Twaddle a établi une distinction entre le cas de l'appelant et des affaires comme *Tat*. Il a affirmé que, lorsqu'un témoin ne reconnaît pas avoir effectué une identification antérieure, il en résulte un problème parce que c'est non plus le témoin oculaire mais plutôt la police qui implique l'accusé. Il n'y a aucun moyen de vérifier si, en fait, le témoin oculaire a déjà impliqué l'accusé, en raison de l'absence de témoignage à cet égard.

Le juge Twaddle a dit qu'en raison de la fragilité inhérente de la preuve d'identification il faudrait de toute manière des circonstances exceptionnelles pour qu'une preuve d'identification présentée par ouï-dire soit suffisamment fiable pour être admissible selon la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. Il a conclu à l'absence de telles circonstances exceptionnelles dans le cas de l'appelant.

Passant ensuite à la question de savoir si ce moyen d'appel pouvait néanmoins être rejeté pour le motif que la mise en garde du juge du procès au jury avait annulé toute erreur judiciaire qui pouvait avoir été commise, le juge Twaddle a conclu que le verdict rendu par le jury aurait pu raisonnablement être différent si les deux policiers n'avaient pas été autorisés à témoigner au sujet de la présumée identification par Cheryl Ball. Il a affirmé que l'identification de l'appelant par Ball était importante parce qu'elle situait l'appelant à St. Norbert, tandis que, si on fait abstraction de l'identification par

147

148

149

(p. 176). Although the trial judge cautioned the jury as to the frailty of the evidence, he also left it to the jury to decide whether to accept the identification evidence. Twaddle J.A. found that there was a reasonable possibility that the jury would not have convicted the appellant if Ball had not identified the appellant as the driver of the car that followed Cook and Weselowski to St. Norbert. This piece of evidence might have been the "last straw", he said, allowing the Crown to meet its onus.

Ball, l'appelant avait été aperçu pour la dernière fois [TRADUCTION] «à mi-chemin entre le lieu du crime et l'autre bout de la ville» (p. 176). Même si le juge du procès a mis le jury en garde contre la fragilité de la preuve, il lui a quand même laissé le soin de décider d'accepter ou non la preuve d'identification. Le juge Twaddle a conclu qu'il y avait une possibilité raisonnable que le jury n'ait pas déclaré l'appelant coupable si Ball ne l'avait pas identifié comme étant le conducteur de l'automobile qui avait suivi Cook et Weselowski jusqu'à St. Norbert. Cet élément de preuve pouvait, selon lui, avoir été ce qui en fin de compte avait permis au ministère public de s'acquitter de son obligation.

(c) *The Instruction on Reasonable Doubt*

c) *La directive sur le doute raisonnable*

150 Twaddle J.A. stated that there is a problem in instructing a jury, as the trial judge did in this case, that the word "reasonable" in the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is to be understood in its everyday, ordinary meaning. By this understanding, he said, the term "reasonable doubt" would mean that even a legitimate doubt would not stand in the way of conviction if the doubt was only moderate, or only made guilt probable. Twaddle J.A. referred on this point to the reasons of this Court in *Lifchus*, *supra*, where Cory J. stated that, while a jury should be told that absolute certainty is not required in order to convict, the jury should also be told that something more than mere probability of guilt is required for a conviction.

Le juge Twaddle a affirmé qu'il est problématique de dire à un jury, comme l'a fait le juge du procès en l'espèce, que le mot «raisonnable», dans la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable qui s'applique en matière criminelle, doit être pris dans son sens ordinaire de tous les jours. Selon cette interprétation, a-t-il dit, l'expression «doute raisonnable» signifierait que même un doute légitime n'empêcherait pas une déclaration de culpabilité si le doute était seulement modéré ou s'il ne faisait que rendre probable la culpabilité. À ce propos, le juge Twaddle a renvoyé aux motifs de notre Cour dans *Lifchus*, précité, où le juge Cory a affirmé que, même si on doit dire à un jury que la certitude absolue n'est pas requise pour rendre un verdict de culpabilité, on doit aussi lui dire qu'il faut plus qu'une simple probabilité de culpabilité pour le faire.

151 Twaddle J.A. stated that an omission to instruct the jury that a probability of guilt is not a sufficient basis upon which to convict, when the jury is instructed that absolute certainty of guilt is not required, will ordinarily be a fatal error justifying a new trial. He found that the requirement to instruct the jury that "beyond a reasonable doubt" means something more than "proof on the balance of probabilities" is particularly acute where, as in the appellant's case, the trial judge tells the jury that the words "reasonable doubt" are to be understood in their ordinary, everyday meaning and not as having a special connotation in the criminal law

Le juge Twaddle a affirmé que l'omission de préciser au jury que la probabilité de culpabilité n'est pas un motif suffisant pour prononcer une déclaration de culpabilité, lorsqu'on lui dit que la certitude absolue de culpabilité n'est pas requise, constitue ordinairement une erreur fatale qui justifie la tenue d'un nouveau procès. Il a conclu que l'exigence d'informer le jury que l'expression «hors de tout doute raisonnable» signifie plus qu'une «preuve selon la prépondérance des probabilités» est particulièrement cruciale lorsque, comme dans le cas de l'appelant, le juge du procès dit au jury que l'expression «doute raisonnable»

context. Following *Lifchus*, *supra*, Twaddle J.A. held that a review of the trial judge's charge to the jury as a whole in this case gave rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, such that a new trial was required.

IV. Issues

Three issues of law are presented by this appeal:

1. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in law in affirming the trial judge's decision to admit Jodie Giesbrecht's testimony regarding a statement of intention made by the deceased Bernard Cook?
2. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in law in affirming the trial judge's decision to admit the testimony of Constables Madden and MacLeod regarding an out-of-court identification made by Cheryl Ball?
3. Did the majority of the Manitoba Court of Appeal err in law in finding that the trial judge had explained the concept of reasonable doubt to the jury in an adequate manner?

V. Analysis

A. *The Hearsay Issues*

(1) Introduction

The law of hearsay in Canada and throughout the common law world has long been governed by a strict exclusionary rule relaxed by a complex array of exceptions. Recently, as noted in *Smith*, *supra*, at p. 932, this Court has moved in a new direction by adopting a principled approach to hearsay "governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike". According to this approach, hearsay evidence may be admissible, notwithstanding the inapplicability of the categorical exceptions on the facts of the case, pro-

doit être prise dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas être considérée comme ayant une connotation particulière dans le contexte du droit criminel. Suivant l'arrêt *Lifchus*, précité, le juge Twaddle a conclu que l'examen de l'ensemble de l'exposé du juge du procès au jury en l'espèce engendrait une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable, de sorte qu'un nouveau procès était requis.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions de droit:

1. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en confirmant la décision du juge du procès d'admettre le témoignage de Jodie Giesbrecht concernant la déclaration d'intention de feu Bernard Cook?
2. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en confirmant la décision du juge du procès d'admettre le témoignage des agents Madden et MacLeod concernant l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball?
3. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le juge du procès avait suffisamment expliqué au jury la notion de doute raisonnable?

V. Analyse

A. *Les questions relatives au ouï-dire*

(1) Introduction

Le droit de la preuve par ouï-dire au Canada et dans les ressorts de common law a longtemps été régi par une règle d'exclusion stricte tempérée par une série complexe d'exceptions. Récemment, comme on l'a souligné dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 932, notre Cour a changé d'orientation en adoptant une façon fondée sur des principes d'aborder le ouï-dire, qui est «régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions». Selon cette méthode, la preuve par ouï-dire peut être admissible malgré l'inapplicabilité des

152

153

vided the criteria of necessity and reliability set out in *Khan* are met.

catégories d'exceptions aux faits de l'affaire, pourvu que les critères de nécessité et de fiabilité énoncés dans l'arrêt *Khan* soient respectés.

154 The majority in the Court of Appeal below was of the view that hearsay evidence should be admissible either where the evidence falls within a traditional hearsay exception, or where the evidence is admissible using the principled approach developed in *Khan* and *Smith*. Twaddle J.A., dissenting, held that the principled approach must prevail in determining hearsay admissibility, and that the fact that the evidence in the particular case fell within a traditional hearsay exception was insufficient standing alone to determine its admissibility.

La Cour d'appel à la majorité était d'avis que la preuve par ouï-dire devrait être admissible soit lorsqu'elle relève d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire, soit lorsqu'elle est admissible selon la méthode fondée sur des principes établie dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Le juge Twaddle, dissident, a conclu que la méthode fondée sur des principes doit l'emporter lorsqu'il s'agit de déterminer l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, et que le fait que la preuve en l'espèce ait relevé d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire était insuffisant à lui seul pour en déterminer l'admissibilité.

155 My approach in these reasons is as follows. First of all, and with respect for the contrary view, I am of the opinion that the Court of Appeal erred in finding that Cook's statement to Giesbrecht fit within the present intentions exception to the hearsay rule. I reach this conclusion for two reasons: the statement was made under circumstances of suspicion, and it was used to prove the intentions of someone other than the declarant. Having so concluded, it is necessary to ask whether the statement was admissible under the principled approach, as enunciated in *Khan*, *supra*, and *Smith*, *supra*. I conclude that it was not, much for the same reasons that it does not fall within the present intentions exception. Answering this question also raises issues respecting the interaction between the principled approach and the existing exceptions. I conclude that in the event of a conflict between the two, it is the principled approach that must prevail. The governing principles for hearsay admissibility must be reliability and necessity.

Dans les présents motifs, je procède de la façon suivante. Tout d'abord et en toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la déclaration de Cook à Giesbrecht relevait de l'exception des intentions existantes à la règle du ouï-dire. Deux raisons m'incitent à tirer cette conclusion: la déclaration a été faite dans des circonstances douteuses et a servi à établir les intentions d'une personne autre que son auteur. Une fois cette conclusion tirée, il faut se demander si la déclaration était admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, comme le prévoient les arrêts *Khan* et *Smith*, précités. Je conclus qu'elle ne l'était pas, et ce, à peu près pour les mêmes raisons qu'elle ne relève pas de l'exception des intentions existantes. La réponse à cette question soulève également des questions relatives à l'interaction de la méthode fondée sur des principes et des exceptions existantes. Je conclus que, en cas de conflit entre les deux, c'est la méthode fondée sur des principes qui doit l'emporter. Les principes régissant l'admissibilité du ouï-dire doivent être la fiabilité et la nécessité.

156 I begin my analysis with a brief discussion of the nature and purpose of hearsay evidence, which I hope will be helpful in defining the precise hearsay issues in the appeal, and the problem posed for the trial process by hearsay evidence more broadly. Next, I consider in turn the admissibility of Jodie

Je commence mon analyse par un bref examen de la nature et de l'objet de la preuve par ouï-dire, qui, je l'espère, sera utile pour définir précisément les questions relatives au ouï-dire qui se posent en l'espèce et, de façon plus générale, le problème que pose la preuve par ouï-dire dans un procès. Je

Giesbrecht's testimony regarding Bernard Cook's statement of intention, and the admissibility of Constables Madden's and MacLeod's testimony regarding Cheryl Ball's out-of-court identification. As I will explain below, both statements were unreliable and should have been excluded under both the traditional exception and the principled approach.

(2) The Nature and Purpose of Hearsay Evidence

The hearsay rule is a notable exception to the general evidentiary principle that all relevant evidence is admissible. To repeat, hearsay evidence was traditionally excluded unless the hearsay evidence came within one of the so-called exceptions to the rule. While it is very difficult to express an entirely complete definition of "hearsay evidence", it will be useful to elaborate briefly on the principal defining features of hearsay before beginning to analyse the hearsay issues in this appeal.

Hearsay issues most typically arise when a witness at trial testifies regarding the contents of an earlier, out-of-court statement. Bernard Cook's alleged statement to Jodie Giesbrecht fits within this most simple definition. A statement can be hearsay even though the out-of-court statement was made by the witness at trial, or even in some cases where the only "statement" was a non-verbal assertion. The breadth of the hearsay rule is illustrated in this case by the hearsay evidence regarding Cheryl Ball's out-of-court identification, discussed more fully below. Ball was a witness in the trial proceedings in this case yet has also been posited as an out-of-court declarant for the purpose of the hearsay rule, because Constables Madden and MacLeod testified about her out-of-court statements identifying the appellant.

vais ensuite examiner à tour de rôle l'admissibilité du témoignage de Jodie Giesbrecht concernant la déclaration d'intention de Bernard Cook, et l'admissibilité du témoignage des agents Madden et MacLeod au sujet de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball. Comme je vais l'expliquer plus loin, les deux déclarations n'étaient pas fiables et auraient dû être écartées à la fois en vertu de l'exception traditionnelle et en vertu de la méthode fondée sur des principes.

(2) La nature et l'objet de la preuve par ouï-dire

La règle du ouï-dire constitue une exception remarquable au principe général en matière de preuve, qui veut que tout élément de preuve pertinent soit admissible. Encore une fois, la preuve par ouï-dire était traditionnellement écartée sauf si elle relevait de l'une des dites exceptions à la règle. Bien qu'il soit très difficile de donner une définition tout à fait complète de la «preuve par ouï-dire», il sera utile de donner brièvement des détails sur les principales caractéristiques déterminantes du ouï-dire avant d'entreprendre l'analyse des questions relatives au ouï-dire dans le présent pourvoi.

Les questions relatives au ouï-dire se posent le plus souvent lorsqu'un témoin au procès dépose au sujet du contenu d'une déclaration extrajudiciaire antérieure. La déclaration que Bernard Cook aurait faite à Jodie Giesbrecht correspond à cette définition on ne peut plus simple. Une déclaration peut constituer du ouï-dire même si la déclaration extrajudiciaire a été faite par le témoin au procès, ou même, dans certains cas, lorsque la seule «déclaration» était une affirmation non verbale. La portée de la règle du ouï-dire est illustrée en l'espèce par la preuve par ouï-dire concernant l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball, qui est analysée plus complètement ci-après. Ball était un témoin au procès dans la présente affaire, ce qui ne l'a pas empêchée d'être désignée comme étant l'auteur d'une déclaration extrajudiciaire pour les fins de la règle du ouï-dire, en raison du témoignage des agents Madden et MacLeod concernant ses déclarations extrajudiciaires dans lesquelles elle identifiait l'appellant.

159 The difficulty encountered in defining hearsay has been acknowledged many times by courts and by learned authors on the law of evidence: see, e.g., *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at pp. 40-41, *per* Dickson J. (as he then was), citing *Phipson on Evidence* (12th ed. 1976 (supplemented to 1980)), para. 625, at pp. 263-64. More recent definitions of hearsay have focussed upon the precise evidentiary concerns underlying the exclusionary rule, namely the absence of an opportunity for meaningful, contemporaneous cross-examination of the out-of-court declarant in court under oath or solemn affirmation, regarding the truth of the specific statement or expressive conduct that is sought to be admitted as proof of its contents. The central concern revolves around the inability to test the reliability of the declarant's assertion. As stated by the Law Reform Commission of Canada in its 1975 *Report on Evidence*, at pp. 68-69:

Hearsay statements are excluded from evidence in trials because of the difficulty of testing their reliability. If a person who actually observed a fact is not in court, but a statement he made to someone about it is introduced in evidence, there is no way of inquiring into that person's perception, memory, narration or sincerity. His statement about the fact might be false because he misperceived it or did not remember it correctly, or he may have misled the person to whom it was made because he used words not commonly used, or he may simply have lied about it. These factors, which determine the reliability of his statement, can only be tested if he is in the courtroom and subject to cross-examination.

160 It was this fundamental concern with reliability to which Lamer C.J. was adverting when, speaking for the majority of the Court in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 764, he articulated the central "hearsay dangers" as "the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour and therefore the credibility of the

La difficulté qu'il y a à définir le ouï-dire a été reconnue à maintes reprises par les tribunaux et par les auteurs de doctrine sur le droit de la preuve: voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, aux pp. 40 et 41, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), citant *Phipson on Evidence* (12^e éd. 1976 (avec suppléments jusqu'en 1980)), par. 625, aux pp. 263 et 264. Des définitions plus récentes du ouï-dire ont mis l'accent sur les préoccupations mêmes en matière de preuve qui sous-tendent la règle d'exclusion, à savoir l'impossibilité de faire subir en cour à l'auteur de la déclaration extrajudiciaire, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, au moment précis où il fait cette déclaration, un contre-interrogatoire utile sur la véracité de la déclaration ou conduite expressive particulière que l'on cherche à faire admettre comme preuve de son contenu. La préoccupation majeure a trait à l'impossibilité de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Comme l'a affirmé la Commission de réforme du droit du Canada, à la p. 77 de son *Rapport sur la preuve* publié en 1975:

Le droit refuse d'admettre en preuve les déclarations par ouï-dire à cause de la difficulté d'en contrôler la véracité. Si au lieu d'entendre la déposition de celui qui a observé un fait particulier, on se contente de présenter en preuve une déclaration qu'il a faite à ce sujet à un tiers, il n'est pas possible de mettre à l'épreuve la perception de l'auteur de la déclaration, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité. Il se peut que sa déclaration s'avère inexacte soit parce qu'il a eu du fait une mauvaise perception, soit parce qu'il ne s'en souvient pas correctement, soit parce qu'il a induit son interlocuteur en erreur en employant des mots qui ne sont pas d'usage courant, soit parce qu'il a carrément menti. Si on veut contrôler ces divers facteurs sur lesquels repose la véracité d'une déclaration, il faut que son auteur soit présent à l'audience et qu'il soit soumis au feu du contre-interrogatoire.

C'est à cette préoccupation fondamentale de fiabilité que faisait allusion le juge en chef Lamer lorsque, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, à la p. 764, il a affirmé que les principaux «dangers [...] de la preuve par ouï-dire» étaient «l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite, l'impossi-

declarant when the statement was made (as well as the trier's inability to ensure that the witness actually said what is claimed), and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent". See similarly E. M. Morgan, "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177; S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), vol. 1, at pp. 239-41.

Cross on Evidence (7th ed. 1990) describes the hearsay rule in the following terms, at p. 42:

... an assertion other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings is inadmissible as evidence of any fact asserted. [Emphasis in original.]

It is of interest to note that the above formulation was adopted as correct by the House of Lords in *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, at p. 11. Though formulated differently, the definition of hearsay promulgated by the United States Federal Rule of Evidence 801 is similar: "Hearsay" is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted". "Statement" is defined as "(1) an oral or written assertion or (2) nonverbal conduct of a person, if it is intended by the person as an assertion". The most recent edition of Professor McCormick's treatise on evidence (*McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 2, at § 246) has adopted this definition.

These articulations of the hearsay rule make clear that hearsay evidence is defined not by the nature of the evidence *per se*, but by the use to which the evidence is sought to be put: namely, to prove that what is asserted is true. When the out-of-court statement is offered for its truth, the inability to cross-examine or "test" the source of the evidence in court under oath or solemn affirmation as to the truth of the assertion undermines its reliability: see I. Younger, *An Irreverent Intro-*

bilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite (ainsi que l'impossibilité pour le juge des faits de s'assurer que le témoin a vraiment dit ce que l'on prétend qu'il a dit), et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite». Voir, dans le même sens, E. M. Morgan, «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177; S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), vol. 1, aux pp. 239 à 241.

Dans *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), l'auteur décrit ainsi la règle du ouï-dire, à la p. 42:

[TRADUCTION] ... une affirmation autre que celle faite par une personne qui témoigne au cours d'un procès est inadmissible comme preuve des faits qui y sont rapportés. [En italique dans l'original.]

Il est intéressant de noter que la formulation susmentionnée a été jugée exacte par la Chambre des lords dans l'arrêt *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, à la p. 11. Quoique formulée différemment, la définition du ouï-dire promulguée aux États-Unis par la règle 801 des *Federal Rules of Evidence* est similaire: [TRADUCTION] «Le "ouï-dire" est une déclaration, autre que celle que le déclarant fait en témoignant au procès ou à l'audience, présentée en preuve pour établir la véracité de l'affirmation qui est faite». Le mot «déclaration» est défini comme [TRADUCTION] «(1) une affirmation orale ou écrite ou (2) un comportement non verbal d'une personne, si celle-ci veut qu'il constitue une affirmation». Le professeur McCormick adopte cette définition dans l'édition la plus récente de son traité sur la preuve, *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 2, au § 246.

Il ressort clairement de ces formulations de la règle du ouï-dire que la preuve par ouï-dire se définit en fonction non pas de la nature de la preuve elle-même, mais de l'utilisation que l'on cherche à en faire, à savoir, établir la véracité de ce qui est affirmé. Lorsqu'on invoque une déclaration extrajudiciaire pour en démontrer la véracité, l'impossibilité de contre-interroger la source de cette preuve en cour, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, en vue de «vérifier» la véracité de

161

162

duction to Hearsay (1977), an address to the American Bar Association Annual Meeting, Atlanta, Georgia, August 11, 1976. In short, the essential defining features of hearsay are the purpose for which the evidence is adduced, and the absence of a meaningful opportunity to cross-examine the declarant in court under oath or solemn affirmation as to the truth of its contents.

l'affirmation qui est faite en mine la fiabilité; voir I. Younger, *An Irreverent Introduction to Hearsay* (1977), allocution prononcée lors de l'assemblée annuelle de l'American Bar Association tenue à Atlanta, en Géorgie, le 11 août 1976. Bref, les caractéristiques déterminantes essentielles du ouï-dire sont le but dans lequel la preuve est présentée et l'absence d'occasion utile de contre-interroger le déclarant en cour, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, relativement à la véracité du contenu de cette preuve.

163 With this understanding of the nature and purpose of the hearsay rule in mind, I now turn to consider the hearsay evidence and exceptions at issue in this appeal.

(3) Admissibility of Cook's Statement of Intention

(a) *The Proposed Use of Cook's Statement*

164 Assuming the veracity of Jodie Giesbrecht's testimony at trial, approximately one hour before Cook was killed, he told Giesbrecht that he had to "go and do an Autopac scam with Robert", meaning the appellant.

165 The first stage of the hearsay analysis is to ask whether Cook's out-of-court statement to Giesbrecht is sought to be adduced in order to prove the truth of its contents. The Crown acknowledged in the courts below that the purpose of adducing Cook's statement was to illustrate Cook's immediate intention, shortly prior to his death, to go with the appellant to wreck a car for insurance purposes. Cook's intended course of action on the night of his murder was relevant, the Crown argued, because the jury could infer from this evidence of intention that Cook followed through on his intention, thus shedding light upon the location of the murders and the presence of a wrecked car at the scene. The Crown submitted that the statement, if true, also linked the appellant to Cook, the car, and the scene. In short, the intention to "go and do an Autopac scam with Robert"

Ayant à l'esprit cette conception de la nature et du but de la règle du ouï-dire, je vais maintenant examiner la preuve par ouï-dire et les exceptions qui sont en cause dans le présent pourvoi.

(3) Admissibilité de la déclaration d'intention de Cook

a) *L'utilisation proposée de la déclaration de Cook*

Si le témoignage de Jodie Giesbrecht au procès est tenu pour avéré, Cook a dit à Giesbrecht, environ une heure avant d'être tué, qu'il devait [TRANSLATION] «aller frauder l'Autopac avec Robert», c'est-à-dire l'appellant.

La première étape de l'analyse du ouï-dire consiste à se demander si le but dans lequel on cherche à présenter la déclaration extrajudiciaire de Cook à Giesbrecht est d'établir la véracité de son contenu. Le ministère public a reconnu devant les tribunaux d'instance inférieure que la présentation de la déclaration de Cook visait à démontrer l'intention immédiate de Cook, peu de temps avant son décès, d'aller avec l'appellant envoyer une automobile à la ferraille à des fins d'assurance. La façon dont Cook comptait agir la nuit où il a été assassiné était pertinente, selon le ministère public, parce que le jury pouvait déduire de cette preuve d'intention que Cook avait donné suite à son intention, ce qui expliquait donc l'endroit où les meurtres avaient été commis et la présence d'une automobile accidentée sur ces lieux. Le ministère public a soutenu que la déclaration, si elle était véridique, liait également l'appellant à Cook, à l'automobile et aux lieux. Bref, l'intention d'«aller frauder l'Autopac

is the content of Cook's statement, and the Crown sought to use the statement as proof of its contents.

It is very important to note that the Crown's proposed use of Cook's statement to Giesbrecht went beyond proving just Cook's intentions. In his closing address to the jury, Crown counsel argued that Cook's statement proved that the appellant "proposed that [Autopac] scheme to Cook because it would isolate Cook if he followed along with it, without alarming him". Given the trial judge's instruction to the jury that it was "for [them] to decide whether the evidence of Cook's statement about the scam goes as far as the Crown would have [them] believe", it is apparent that the evidence was also admitted in order to prove the intentions, and subsequent actions in conformity therewith, of the appellant. By permitting the Crown's argument to go to the jury, the trial judge expressly permitted the jury to infer the appellant's intentions and subsequent conduct based on Cook's statement of intention to Giesbrecht.

In light of these proposed uses of the statement, Giesbrecht's testimony regarding Cook's statement to her is hearsay and would generally be inadmissible as such. It was an out-of-court statement, and it was offered by the Crown to prove the truth of the matter asserted; namely, that Cook intended to do an Autopac scam with Starr. The next stage of the hearsay analysis is to examine whether Giesbrecht's evidence is nonetheless admissible under the appropriate exception.

(b) *The "State of Mind" or "Present Intentions" Exception to the Hearsay Rule*

(i) *Scope of the Rule*

The Crown argued that the "state of mind" or "present intentions" exception to the hearsay rule applied to render Cook's statement to Giesbrecht

avec Robert» constitue le contenu de la déclaration de Cook, et le ministère public a cherché à utiliser cette déclaration comme preuve de son contenu.

Il est très important de souligner que le ministère public ne comptait pas utiliser la déclaration de Cook à Giesbrecht seulement pour établir les intentions de Cook. Dans son exposé final au jury, le substitut du procureur général a fait valoir que la déclaration de Cook prouvait que l'appellant avait [TRADUCTION] «proposé ce plan [concernant l'Autopac] à Cook parce que cela permettrait de l'isoler sans éveiller aucune crainte chez lui s'il y participait». Compte tenu de la directive du juge du procès aux jurés, selon laquelle il leur [TRADUCTION] «appart[enait] de décider si la preuve de la déclaration de Cook au sujet de la fraude [allait] aussi loin que le ministère public vou[la]it [leur] faire croire», il appert que cet élément de preuve a également été admis pour établir les intentions de l'appellant et les actes qu'il a accomplis pour donner suite à ces intentions. En permettant que l'argument du ministère public soit soumis à l'appréciation du jury, le juge du procès a expressément permis au jury de déduire de la déclaration d'intention de Cook à Giesbrecht les intentions de l'appellant et sa conduite subséquente.

Compte tenu de ces utilisations proposées de la déclaration, le témoignage de Giesbrecht concernant la déclaration que lui avait faite Cook est du ouï-dire et serait généralement inadmissible pour cette raison. Il s'agissait d'une déclaration extrajudiciaire que le ministère public a présentée en preuve pour établir la véracité de l'affirmation qui était faite, à savoir que Cook avait l'intention de frauder l'Autopac avec Starr. L'étape suivante de l'analyse du ouï-dire consiste à vérifier si le témoignage de Giesbrecht est néanmoins admissible en vertu de l'exception pertinente.

b) *L'exception de l'«état d'esprit» ou des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire*

(i) *La portée de la règle*

Le ministère public a fait valoir que l'exception de l'«état d'esprit» ou des «intentions existantes» à la règle du ouï-dire avait pour effet de rendre

166

167

168

admissible. This exception was most recently discussed in detail by this Court in *Smith, supra*, where it was recognized that an "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" (p. 925). Wigmore has argued that the present intentions exception also includes a requirement that a statement "be of a present existing state of mind, and must appear to have been made in a natural manner and not under circumstances of suspicion": *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), at § 1725, p. 129 (emphasis in original). L'Heureux-Dubé J., at para. 63 of her reasons, denies that Wigmore's suggestion has ever been adopted in our jurisprudence. As I will discuss below, regardless of whether the present intentions requirement ever had such a requirement, the principled approach demands that it must have it now. I will therefore examine the admissibility of Cook's statement under the present intentions exception in light of that understanding.

admissible la déclaration de Cook à Giesbrecht. Cette exception a, la dernière fois, été examinée en profondeur par notre Cour dans l'arrêt *Smith*, précité, où il a été reconnu qu'une «exception à la règle du ouï-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» (p. 925). Wigmore a fait valoir que l'exception des intentions existantes comporte aussi une exigence selon laquelle la déclaration [TRADUCTION] «doit refléter un état d'esprit actuel et doit paraître avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses»; *Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), au § 1725, p. 129 (en italique dans l'original). Au paragraphe 63 de ses motifs, le juge L'Heureux-Dubé affirme que la proposition de Wigmore n'a jamais été adoptée dans notre jurisprudence. Comme nous le verrons plus loin, peu importe que l'exception des intentions existantes ait jamais comporté une telle exigence, la méthode fondée sur des principes requiert qu'elle la comporte maintenant. Je vais donc examiner l'admissibilité de la déclaration de Cook en vertu de l'exception des intentions existantes, en tenant pour acquis que l'exception des intentions existantes comporte cette exigence.

169

In *Smith*, Lamer C.J. explained that the exception as it has developed in Canada permits the admission into evidence of statements of intent or of other mental states for the truth of their contents and also, in the case of statements of intention in particular, to support an inference that the declarant followed through on the intended course of action, provided it is reasonable on the evidence for the trier of fact to infer that the declarant did so. At the same time, there are certain inferences that may not permissibly be drawn from hearsay evidence of the out-of-court declarant's intentions. On this point, Lamer C.J. cited with approval (at p. 927) from the judgment of Doherty J. in *P. (R.)*, *supra*, at pp. 343-44, where the case law was summarized as follows:

Dans l'arrêt *Smith*, le juge en chef Lamer a expliqué que l'exception qui est appliquée au Canada permet l'admission en preuve des déclarations d'intention et d'autres états d'esprit pour établir la véracité de leur contenu et, notamment dans le cas des déclarations d'intention, pour étayer la déduction que le déclarant a donné suite à la façon dont il comptait agir, pourvu que la preuve permette raisonnablement au juge des faits de déduire que le déclarant l'a fait. En même temps, il n'est pas permis de se servir de la preuve par ouï-dire pour effectuer certaines déductions concernant les intentions de l'auteur d'une déclaration extrajudiciaire. À ce propos, le juge en chef Lamer a cité, en l'approuvant (à la p. 927), un extrait de la décision du juge Doherty dans *P. (R.)*, précité, aux pp. 343 et 344, où la jurisprudence est résumée ainsi:

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 per-

[TRADUCTION] 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

sons 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.

As noted by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, in *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at § 6.236, in *Smith* the Court adopted "the proposition that the admissibility of statements of intention were to be limited to the declarant's state of mind and could not be used to prove the act or intention of any other person". It is important to emphasize that even in "cases where the act was a joint one involving the deceased and another person", the hearsay is not generally admissible to show the intentions of a third party. I draw this conclusion for two reasons.

First, I can find no support in Canadian jurisprudence for the proposition that statements of intention are admissible against someone other than the declarant, apart from the one comment by Doherty J. noted above. Any other interpretation focusses on the exception and ignores the rule. In support of the proposition quoted above, Doherty J. cited three U.S. cases. All three had held that statements about joint acts were only admissible to prove the state of mind of the declarant: see *Giles v. United States*, 432 A.2d 739 (D.C. App. 1981), at pp. 745-46; *United States v. Brown*, 490 F.2d 758 (D.C. Cir. 1973); *People v. Madson*, 638 P.2d 18 (Colo. 1981). See also *Shepard v. United States*, 290 U.S. 96 (1933), at pp. 105-6; D. Kiesel, "One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the Hillmon Doctrine" (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699, at pp. 738-39; and J. M. Maguire, "The Hillmon Case — Thirty-Three Years After" (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709, at p. 721.

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 antérieurs mentionnés dans les déclarations se sont produits.

Comme l'ont souligné J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant dans *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), au § 6.236, notre Cour a adopté, dans l'arrêt *Smith*, [TRADUCTION] «la proposition selon laquelle seules les déclarations d'intention portant sur l'état d'esprit de leur auteur seraient admissibles et ces déclarations ne pourraient pas être utilisées pour prouver l'acte ou l'intention de toute autre personne». Il importe de souligner que, même dans «le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble», le oui-dire n'est généralement pas admissible pour démontrer les intentions d'un tiers. Deux raisons m'amènent à tirer cette conclusion.

Premièrement, je ne trouve rien dans la jurisprudence canadienne qui étaye la proposition selon laquelle les déclarations d'intention sont admissibles contre une personne autre que leur auteur, à l'exception du commentaire susmentionné du juge Doherty. Toute autre interprétation est axée sur l'exception et ne tient pas compte de la règle. À l'appui de la proposition susmentionnée, le juge Doherty a cité trois décisions américaines. Dans les trois cas, la cour a conclu que les déclarations relatives à des actes accomplis conjointement n'étaient admissibles que pour prouver l'état d'esprit du déclarant: voir *Giles c. United States*, 432 A.2d 739 (D.C. App. 1981), aux pp. 745 et 746; *United States c. Brown*, 490 F.2d 758 (D.C. Cir. 1973); *People c. Madson*, 638 P.2d 18 (Colo. 1981). Voir également *Shepard c. United States*, 290 U.S. 96 (1933), aux pp. 105 et 106; D. Kiesel, «One Person's Thoughts, Another Person's Acts: How the Federal Circuit Courts Interpret the Hillmon Doctrine» (1984), 33 *Cath. U. L. Rev.* 699, aux pp. 738 et 739; et J. M. Maguire, «The Hillmon Case — Thirty-Three Years After» (1925), 38 *Harv. L. Rev.* 709, à la p. 721.

172 Second, there are very good reasons behind the rule against allowing statements of present intention to be used to prove the state of mind of someone other than the declarant. As noted above, the central concern with hearsay is the inability of the trier of fact to test the reliability of the declarant's assertion. When the statement is tendered to prove the intentions of a third party, this danger is multiplied. If a declarant makes a statement about the intentions of a third party, there are three possible bases for this statement: first, it could be based on a prior conversation with the accused; second, it could be based on a prior conversation with a fourth party, who indicated the third party's intentions to the declarant; or third, it could be based on pure speculation on the part of the declarant. Under the first scenario, the statement is double hearsay. Since each level of double hearsay must fall within an exception, or be admissible under the principled approach, the mere fact that the declarant is making a statement of present intention is insufficient to render it admissible. The second level of hearsay must also be admissible.

173 The other two scenarios also clearly require exclusion. If the statement about joint acts is based on a conversation with a fourth party, then the statement is triple hearsay, or worse. If, on the other hand, it is based on pure speculation, then it clearly is unreliable and does not fit within the rationale underlying the present intentions exception.

174 In conclusion then, a statement of intention cannot be admitted to prove the intentions of someone other than the declarant, unless a hearsay exception can be established for each level of hearsay. One way to establish this would obviously be the co-conspirator exception: see *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pp. 303-7. This is no doubt what Doherty J. was referring to in *P. (R.)*, *supra*, when he spoke of "cases where the act was a joint one involving the deceased and another person" (p. 344). Barring the

Deuxièmement, d'excellentes raisons soutiennent la règle interdisant l'utilisation des déclarations d'intention existante pour prouver l'état d'esprit d'une personne autre que le déclarant. Comme nous l'avons vu, le principal problème que pose le ouï-dire est l'incapacité du juge des faits de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Lorsque la déclaration est présentée pour prouver les intentions d'un tiers, ce danger s'accroît. La déclaration qu'une personne fait au sujet des intentions d'un tiers peut avoir trois fondements: premièrement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec l'accusé; deuxièmement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec une quatrième personne, qui a fait part des intentions du tiers au déclarant; troisièmement, elle peut être fondée sur de simples hypothèses de la part du déclarant. Selon le premier scénario, la déclaration constitue du double ouï-dire. Étant donné que chaque niveau du double ouï-dire doit relever d'une exception ou être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, le simple fait que le déclarant fasse une déclaration d'intention existante est insuffisant pour la rendre admissible. Le deuxième niveau de ouï-dire doit également être admissible.

Les deux autres scénarios commandent aussi manifestement l'exclusion. Si la déclaration au sujet des actes accomplis conjointement est fondée sur une conversation avec une quatrième personne, la déclaration constitue alors du triple ouï-dire ou pis encore. Si, par contre, elle est fondée sur de simples hypothèses, elle n'est manifestement pas fiable et n'est pas conforme au raisonnement qui sous-tend l'exception des intentions existantes.

En conclusion, une déclaration d'intention ne saurait donc être admise pour prouver les intentions d'une personne autre que le déclarant à moins qu'il ne soit possible d'établir qu'une exception à la règle du ouï-dire s'applique à chaque niveau de ouï-dire, ce qui pourrait évidemment être fait notamment au moyen de l'exception des coauteurs d'un complot: voir *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, aux pp. 303 à 307. Il n'y a pas de doute que c'est ce à quoi le juge Doherty faisait allusion dans la déci-

applicability of this or some other exception to each level of hearsay involved, statements of joint intention are only admissible to prove the declarant's intentions.

(ii) Application to this Appeal

As noted above, the trial judge below admitted Cook's statement to Jodie Giesbrecht as admissible hearsay evidence of Cook's "state of mind to go with the accused", and as evidence from which the jury could infer that Cook acted in accordance with his stated intentions. He also admitted it as evidence from which the jury could conclude that the appellant "proposed that [Autopac] scheme to Cook because it would isolate Cook if he followed along with it, without alarming him". Therefore the evidence was admitted not only to prove the intentions of the declarant Cook, but also of a third party — the appellant-accused.

All three judges in the Court of Appeal below accepted as a preliminary proposition that Cook's statement to Giesbrecht fell within the traditional "present intentions" or "state of mind" exception to the hearsay rule. Although Twaddle J.A., dissenting, considered it inappropriate to admit Cook's statement, especially to show the intentions and subsequent course of conduct of the appellant, he would have excluded the statement through an application of the principled approach to hearsay admissibility, or alternatively pursuant to the court's residual discretion to exclude evidence where its prejudicial effect outweighs its probative force. Ordinarily, given our limited jurisdiction on appeals as of right, our scope of review would be limited to those issues raised by Twaddle J.A.'s dissent. However, by ordering a re-hearing we expanded the scope of our review to include the question, answered unanimously in the affirmative

sion *P. (R.)*, précitée, lorsqu'il a mentionné [TRADUCTION] «le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble» (p. 344). À moins qu'il ne soit possible d'appliquer cette exception ou quelque autre exception à chaque niveau de ouï-dire en cause, les déclarations d'intention commune ne sont admissibles que pour établir les intentions du déclarant.

(ii) Application au présent pourvoi

Comme nous l'avons vu, le juge du procès a décidé que la déclaration de Cook à Jodie Giesbrecht était admissible à titre de preuve par ouï-dire de [TRADUCTION] «l'intention [de Cook] d'accompagner l'accusé», et à titre de preuve permettant au jury de déduire que Cook avait donné suite à ses intentions explicites. Il l'a également admise à titre de preuve permettant au jury de conclure que l'appellant avait [TRADUCTION] «proposé ce plan [concernant l'Autopac] à Cook parce que cela permettrait de l'isoler sans éveiller aucune crainte chez lui s'il y participait». La preuve a donc été admise pour prouver non seulement les intentions du déclarant Cook, mais également celles d'un tiers — l'appellant-accusé.

Les trois juges de la Cour d'appel ont tous tenu pour acquis, au départ, que la déclaration de Cook à Giesbrecht relevait de l'exception traditionnelle des «intentions existantes» ou de l'«état d'esprit» à la règle du ouï-dire. Même s'il estimait qu'il ne convenait pas d'admettre la déclaration de Cook, particulièrement pour démontrer les intentions et la ligne de conduite ultérieure de l'appellant, le juge Twaddle, dissident, aurait écarté la déclaration en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, ou, subsidiairement, en vertu du pouvoir discrétionnaire résiduel de la cour d'écarter une preuve lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Vu la compétence limitée que nous possédons en matière de pourvois de plein droit, notre examen serait normalement limité aux questions soulevées par la dissidence du juge Twaddle. Toutefois, lorsque nous avons ordonné la tenue d'une nouvelle audition, nous avons étendu la portée de notre examen de manière à inclure la question de savoir si la déclaration de Cook à Giesbrecht

175

176

below, of whether Cook's statement to Giesbrecht falls within the present intentions exception.

relève de l'exception des intentions existantes, à laquelle la Cour d'appel a unanimement donné une réponse affirmative.

177 With great respect to the Court of Appeal, I conclude that the trial judge erred in admitting Cook's statement to Giesbrecht under the present intentions exception and, having admitted it, in not limiting its use by the jury, for three reasons. First, the statement contained no indicia of reliability since it was made under circumstances of suspicion; second, the trial judge failed to instruct the jury that the statement was only admissible as evidence regarding the intentions of Cook, not the appellant; and third, even if it had been properly limited, the evidence was more prejudicial than probative.

En toute déférence pour la Cour d'appel, trois raisons m'amènent à conclure que le juge du procès a eu tort d'admettre la déclaration de Cook à Giesbrecht en vertu de l'exception des intentions existantes et de ne pas en délimiter l'utilisation par le jury après l'avoir admise. Premièrement, la déclaration n'offrait aucun signe de fiabilité étant donné qu'elle a été faite dans des circonstances douteuses; deuxièmement, le juge du procès n'a pas dit au jury que cette déclaration était admissible pour établir les intentions de Cook seulement et non celles de l'appellant; troisièmement, même si son utilisation avait été délimitée correctement, la preuve était plus préjudiciable que probante.

178 Turning first to the circumstances of suspicion, I agree with Twaddle J.A. that the statement lacked circumstantial guarantees of trustworthiness. As Twaddle J.A. noted, Cook and Giesbrecht had been romantically involved for almost two years. Cook had lived with Giesbrecht and her mother for a time, and had spent the night before his murder with Giesbrecht, after getting out of jail. Then, in the early morning hours of August 21, 1994, Giesbrecht observed Cook in the car of another woman, Darlene Weselowski. Giesbrecht testified that she thought Cook might try to "take off on her" if he saw Giesbrecht approaching the car, and she endeavoured not to be seen by Cook until she was close enough to talk to him. After an initial confrontation, Giesbrecht walked away into an alley behind the gas station, where Cook followed her. Their conversation ended in an argument because Cook was with Weselowski. She was angry at Cook for being with another woman, and asked him expressly why Cook would not come home with her rather than remain with Weselowski. It was at this point, and in this heated context, that Cook said he was going to engage in an Autopac scam with the appellant, who was sitting in a car

En ce qui concerne d'abord les circonstances douteuses, je partage l'avis du juge Twaddle que la déclaration n'offrait aucune garantie circonstancielle de fiabilité. Comme le juge Twaddle l'a souligné, Cook et Giesbrecht avaient une liaison amoureuse depuis presque deux ans. Cook avait vécu avec Giesbrecht et sa mère pendant un certain temps, et il avait passé la nuit précédant le meurtre avec Giesbrecht, après être sorti de prison. Ensuite, aux petites heures du matin du 21 août 1994, Giesbrecht a aperçu Cook dans l'automobile d'une autre femme, Darlene Weselowski. Giesbrecht a témoigné qu'elle pensait que Cook pourrait essayer de «la fuir» s'il la voyait s'approcher de l'automobile, et qu'elle s'était efforcée d'échapper au regard de Cook jusqu'à ce qu'elle se trouve assez près pour lui parler. Après un premier affrontement, Giesbrecht s'est dirigée vers une ruelle derrière la station-service, où Cook l'a suivie. Leur conversation s'est terminée par une dispute parce que Cook était en compagnie de Weselowski. Elle était en colère contre Cook parce qu'il était avec une autre femme et elle lui a demandé expressément pourquoi il ne la raccompagnerait pas chez elle au lieu de rester avec Weselowski. C'est à ce moment et dans ce contexte animé que Cook a dit qu'il allait frauder l'Autopac avec l'appellant, qui se trouvait dans une automobile stationnée tout près. Giesbrecht a témoigné que Cook n'avait pas

nearby. Giesbrecht testified that it was unusual for Cook to discuss such business matters with her.

Twaddle J.A. found that the circumstances surrounding the making of the statement cast serious doubt upon the reliability of the statement. The possibility that Cook was untruthful could not be said to have been substantially negated. Twaddle J.A. relied, in particular, upon the fact that Cook may have had a motive to lie in order to make it seem that he was not romantically involved with Weselowski, and upon the ease with which Cook could point to the appellant, who was sitting nearby in a car but out of earshot, as being the person with whom he was going to do a scam. In my view, Twaddle J.A. was correct in finding that these circumstances bring the reliability of Cook's statement into doubt. The statement was made under "circumstances of suspicion", and therefore does not fall within the present intentions exception. The statement should have been excluded.

The statement was also inadmissible for the purpose tendered because it was a statement of joint intention. Even assuming, contrary to the foregoing, that the Court of Appeal was correct in concluding that Cook's statement was admissible with respect to his own intentions under the present intentions exception, we must remember that Cook's statement was at least double hearsay, if not worse. The Crown did not establish how Cook became qualified to comment on the appellant's intentions. The only hearsay exception that could conceivably apply is the co-conspirator exception. However, this exception was never raised at trial, and therefore the trial judge did not even attempt to comply with the strict requirements for this exception set out in *Carter, supra*.

I should emphasize that statements of intention are not automatically inadmissible simply because they refer to joint acts. As Twaddle J.A. noted at

coutume de discuter d'affaires de ce genre avec elle.

Le juge Twaddle a conclu que les circonstances ayant entouré la déclaration soulevaient de sérieux doutes sur la fiabilité de cette dernière. On ne pouvait pas dire que la possibilité que Cook ait menti était vraiment écartée. Le juge Twaddle s'est notamment fondé sur le fait que Cook pouvait avoir eu un motif de mentir dans le but de faire croire qu'il n'avait aucune liaison amoureuse avec Weselowski, et sur la facilité avec laquelle Cook avait pu indiquer que l'appellant, qui se trouvait dans une automobile stationnée tout près mais qui était trop loin pour entendre ce qui se disait, était la personne avec qui il commettrait une fraude. J'estime que le juge Twaddle a eu raison de conclure que ces circonstances faisaient douter de la fiabilité de la déclaration de Cook. La déclaration a été faite dans des «circonstances douteuses» et ne relève donc pas de l'exception des intentions existantes. Elle aurait dû être écartée.

La déclaration était également inadmissible aux fins pour lesquelles elle a été présentée parce qu'il s'agissait d'une déclaration d'intention commune. Même si, contrairement à ce qui précède, on tient pour acquis que la Cour d'appel a eu raison de conclure que la déclaration de Cook était admissible pour établir ses propres intentions en vertu de l'exception des intentions existantes, nous devons nous rappeler que cette déclaration constituait au moins du double ouï-dire ou pis encore. Le ministère public n'a pas établi ce qui avait rendu Cook apte à parler des intentions de l'appellant. La seule exception à la règle du ouï-dire qui pouvait s'appliquer en théorie est celle des coauteurs d'un complot. Cette exception n'a toutefois jamais été invoquée au procès, de sorte que le juge du procès n'a même pas tenté de se conformer aux exigences strictes qu'elle comporte selon l'arrêt *Carter*, précité.

Je dois souligner que les déclarations d'intention ne sont pas automatiquement inadmissibles du seul fait qu'elles renvoient à des actes accomplis con-

179

180

181

p. 167 of his dissent, "[t]he controversy is not so much over whether such a statement can be admitted in evidence, but rather over the use to which it can be put". Therefore statements of intention, which refer to intentions of persons other than the declarant, may be admissible if the trial judge clearly restricts their use to proving the declarant's intentions, and if it is more probative than prejudicial.

jointement. Comme le juge Twaddle l'a fait remarquer à la p. 167 de sa dissidence, [TRADUCTION] «[L]a controverse ne porte pas tant sur la question de savoir si une telle déclaration peut être admise en preuve, que sur l'utilisation qui peut en être faite». Par conséquent, les déclarations d'intention, qui renvoient aux intentions de personnes autres que le déclarant, peuvent être admissibles si le juge du procès en restreint clairement l'utilisation à la preuve des intentions du déclarant et si elles sont plus probantes que préjudiciables.

182

McLachlin C.J. disagrees with the foregoing, particularly with the statement of L'Heureux-Dubé J. at para. 67 (with which I agree) that "[i]t is common cause that the 'present intentions' exception may not be used to infer that a third party acted in accordance with the declarant's stated intention". McLachlin C.J., at para. 13, argues that she would "not state the matter so categorically" as "in some circumstances the statement of joint intention can be fairly considered along with other evidence in deciding what the third party did". In fact, no such blanket rule is being laid down in this case. Doherty J.'s statement on this point in *P. (R.)*, *supra*, at p. 344 (as mentioned by L'Heureux-Dubé J. at para. 67 of her reasons) correctly states the law:

Le juge en chef McLachlin est en désaccord avec ce qui précède, en particulier avec l'affirmation (à laquelle je souscris) que le juge L'Heureux-Dubé fait au par. 67 de ses motifs, selon laquelle «[i]l est généralement reconnu que l'exception des «intentions existantes» ne saurait servir à déduire qu'un tiers a donné suite à l'intention explicite de l'auteur de la déclaration». Le juge en chef McLachlin dit, au par. 13, qu'elle ne serait «pas aussi catégorique à ce propos» étant donné que «dans certaines circonstances, la déclaration d'intention commune peut, à juste titre, être prise en considération conjointement avec d'autres éléments de preuve pour déterminer ce que le tiers a fait». En réalité, aucune règle générale de cette nature n'est établie en l'espèce. L'affirmation que le juge Doherty fait à ce sujet dans la décision *P. (R.)*, précitée, à la p. 344 (que le juge L'Heureux-Dubé mentionne au par. 67 de ses motifs), décrit bien la règle applicable:

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.

[TRADUCTION] 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 antérieurs mentionnés dans les déclarations se sont produits.

This statement of the present intention exception was adopted by this Court in *Smith, supra*, at p. 927.

Where we disagree, however, is over the application of these principles in this case. McLachlin C.J., at para. 13, concludes that "Cook's statement may be viewed as one piece of circumstantial evidence supporting the inference that Starr was with the deceased later that night". In my opinion, this is an impermissible use of Cook's statement for the reasons given above. The jury should have been explicitly warned that they could not rely on Cook's statement to infer the appellant's intentions.

McLachlin C.J. further concludes that the trial judge's direction to the jury in this case provided a sufficient warning as to how Cook's statement about the Autopac scam could legitimately be used, despite the fact that an express instruction on this point was not given. With respect, I also disagree. It is well-established that when a piece of evidence may conceivably be put to both proper and improper uses, the trial judge in a criminal case must give the jury a limiting instruction regarding the permissible inferences that may be drawn from the evidence. See *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at p. 128; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 695; *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), at pp. 398-400, *per* McLachlin J.A. (as she then was), dissenting; *McCormick on Evidence, supra*, vol. 1, at § 59; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. (looseleaf)), vol. 1, at p. 3-8; *Phipson on Evidence* (15th ed. 2000), at p. 110; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 2.83; *Cross and Tapper on Evidence* (9th ed. 1999), at p. 58; *Wigmore on Evidence*, vol. 1 (Tillers rev. 1983), at § 13; United States Federal Rule of Evidence 105. Aside from her cogent dissent in *D. (L.E.)*, *supra*, which was upheld on appeal, authority in support of my position comes

Notre Cour a adopté cet énoncé de l'exception des intentions existantes dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 927.

Notre désaccord concerne toutefois l'application de ces principes en l'espèce. Le juge en chef McLachlin conclut, au par. 13, que «la déclaration de Cook peut être considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui étaye la déduction que Starr s'est retrouvé avec la victime plus tard cette nuit-là». À mon avis, cette utilisation de la déclaration de Cook est inacceptable pour les raisons exposées plus haut. Le jury aurait dû être prévenu expressément qu'il ne pourrait pas se servir de la déclaration de Cook pour déduire les intentions de l'appelant.

Le juge en chef McLachlin conclut, en outre, que la directive que le juge du procès a donnée au jury en l'espèce constituait une mise en garde suffisante quant à l'utilisation légitime qui pourrait être faite de la déclaration de Cook concernant la fraude de l'Autopac, même si aucune directive explicite sur ce point n'avait été donnée. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis non plus. Il est reconnu que, si, en théorie, il peut y avoir à la fois bonne utilisation et mauvaise utilisation d'un élément de preuve, le juge du procès en matière criminelle doit donner au jury une directive restrictive concernant les déductions acceptables qui peuvent être faites de la preuve. Voir *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, à la p. 128; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 695; *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), aux pp. 398 à 400, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada), dissidente; *McCormick on Evidence, op. cit.*, vol. 1, au § 59; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, à la p. 3-8; *Phipson on Evidence* (15^e éd. 2000), à la p. 110; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, au § 2.83; *Cross and Tapper on Evidence* (9^e éd. 1999), à la p. 58; *Wigmore on Evidence*, vol. 1 (Tillers rev. 1983), au § 13; règle 105 des *Federal Rules of Evidence* des États-Unis. Outre sa dissidence convaincante dans l'arrêt *D. (L.E.)*, précité, qui a été confirmée en appel, les motifs que le juge McLachlin a rédigés

183

184

from the reasons of McLachlin J. in *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 38:

It has long been accepted that trial judges charging juries on out-of-court statements must instruct them on how they may use the statements — whether as evidence of the truth of their contents or for some other purpose, such as credit. In this case the trial judge did not do this. It may be that it was apparent to everyone in the courtroom that the subsequent statements were tendered on the issue of consistency, as the majority of the Court of Appeal suggests. Nevertheless, the usual rule requires this to be stated expressly. [Emphasis added.]

dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 38, étaient mon point de vue:

Il est accepté depuis longtemps que le juge du procès qui donne aux jurés des directives relativement à des déclarations extrajudiciaires doit leur indiquer à quelles fins ils peuvent utiliser ces déclarations — soit comme preuve de la véracité de leur contenu soit à quelque autre fin, par exemple l'appréciation de la crédibilité. En l'espèce, le juge du procès ne l'a pas fait. Il est possible qu'il ait été évident à tous ceux qui se trouvaient dans la salle d'audience que les déclarations ultérieures étaient présentées relativement à la question de la cohérence, comme le suggère la Cour d'appel à la majorité. Néanmoins, suivant la règle habituelle, cette directive doit être donnée expressément. [Je souligne.]

185 I can see no reason why hearsay statements about joint acts should be immune from this most sensible rule. Cook's statement, assuming its admissibility, may be used to show the intentions of the declarant only, not the intentions of the appellant. The jury should have been instructed as such. As McLachlin J. pointed out in *Rockey*, juries cannot be trusted to determine what are proper and improper uses of evidence; indeed, the entire law of evidence is premised on the notion that relevant, probative evidence should on occasion be kept from juries because of their potential inability to assess its weight properly.

Je ne vois pas pourquoi cette règle fort judicieuse ne devrait pas s'appliquer aux déclarations relatées portant sur des actes accomplis conjointement. En supposant qu'elle est admissible, la déclaration de Cook peut servir à établir les intentions du déclarant seulement et non celles de l'appelant. Le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Rockey*, on ne peut pas s'en remettre au jury pour ce qui est de déterminer quelles sont les bonnes et les mauvaises utilisations de la preuve; en fait, le droit de la preuve au complet repose sur l'idée qu'il y a parfois lieu de ne pas soumettre un élément de preuve pertinent et probant à l'appréciation des jurés en raison de leur incapacité potentielle d'en apprécier correctement le poids.

186 In this appeal, the trial judge did not instruct the jury on the proper uses of Cook's statement; in fact, he did the opposite by expressly inviting the jury to use the evidence to infer the appellant's intentions. In so doing, he clearly committed an error of law warranting reversal.

En l'espèce, le juge du procès n'a donné au jury aucune directive sur les utilisations qui pouvaient être faites de la déclaration de Cook; en réalité, il a fait le contraire en invitant expressément le jury à utiliser cet élément de preuve pour déduire les intentions de l'appelant. Ce faisant, il a manifestement commis une erreur de droit justifiant révision.

187 Finally, I would exclude Cook's statement as more prejudicial than probative. The trial judge did not make a finding on the issue of reliability. His focus was upon the impermissible inferences that the jury might draw from otherwise admissible hearsay, and he regarded the primary prejudice to

Enfin, je suis d'avis d'écarter la déclaration de Cook pour le motif qu'elle est plus préjudiciable que probante. Le juge du procès n'a tiré aucune conclusion sur la question de la fiabilité. Il s'est concentré sur les déductions inacceptables que le jury pourrait faire à partir d'une preuve par

the appellant to be that the jury might infer that he was the type of person likely to commit insurance fraud. However, as noted above, this was not the primary source of prejudice.

The trial judge erred by not considering whether “the prejudicial effect of the *prohibited* use of the evidence [i.e., the appellant’s intentions] overbears its probative value on the *permitted* use [i.e., Cook’s intentions]”: *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (1999), at p. 281 (emphasis in original). The impermissible inferences that the jury might well have drawn from Cook’s statement are that the appellant was in the car that followed Cook, that the appellant was alone in the car (since Cook referred only to the appellant), and that the appellant went with Cook as part of a plan to lure Cook to a secluded area and kill him. These were the specific impermissible inferences that the jury might have drawn in this regard — indeed, they are inferences that the Crown specifically invited the jury to draw — quite apart from the inferences that they might have drawn regarding his general criminality. In my view, Twaddle J.A. was correct in finding that the prejudicial effect of the admission of Cook’s statement accordingly outweighed the statement’s probative value. The statement ought to have been excluded on this basis as well: see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 609-11, *per* McLachlin J.

I have concluded that Cook’s statement does not fall within the present intentions exception to the hearsay rule. Earlier, I recognized the conflict regarding the precise scope of this exception, and noted that the principled approach requires adopting Wigmore’s requirement that the statement not be made under circumstances of suspicion. I turn now to this question of the relationship between the principled approach and the traditional hearsay exceptions.

ouï-dire par ailleurs admissible, et il a considéré que le principal préjudice que pourrait subir l’appelant était la possibilité que le jury déduise qu’il était le genre de personne susceptible de commettre une fraude en matière d’assurance. Toutefois, comme nous l’avons vu, ce n’était pas là la principale source de préjudice.

Le juge du procès a commis une erreur en ne se demandant pas si [TRADUCTION] «l’effet préjudiciable de l’utilisation *interdite* de la preuve [c’est-à-dire les intentions de l’appelant] l’emporte sur sa valeur probante relative à l’utilisation *permise* [c’est-à-dire les intentions de Cook]»: *Watt’s Manual of Criminal Evidence* (1999), à la p. 281 (en italique dans l’original). Les déductions inacceptables que le jury aurait bien pu faire à partir de la déclaration de Cook sont que l’appelant était dans l’automobile qui a suivi Cook, qu’il était seul dans cette automobile (puisque Cook n’a mentionné que l’appelant) et qu’il avait accompagné Cook dans le cadre d’un plan visant à attirer Cook dans un endroit retiré pour le tuer. Ce sont ces déductions inacceptables que le jury aurait pu faire à cet égard — en fait, ce sont les déductions que le ministère public a invité expressément le jury à faire — outre celles qu’il aurait pu faire au sujet de la délinquance générale de l’appelant. J’estime que le juge Twaddle a eu raison de conclure que l’effet préjudiciable de l’admission de la déclaration de Cook l’emportait donc sur la valeur probante de cette déclaration. La déclaration aurait également dû être écartée pour ce motif: voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 609 à 611, le juge McLachlin.

J’en suis arrivé à la conclusion que la déclaration de Cook ne relève pas de l’exception des intentions existantes à la règle du ouï-dire. J’ai reconnu plus tôt l’existence d’un conflit au sujet de la portée précise de cette exception et j’ai souligné que la méthode fondée sur des principes commande l’adoption de l’exigence de Wigmore que la déclaration n’ait pas été faite dans des circonstances douteuses. Je vais maintenant aborder la question de la relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

188

189

(c) *Admissibility of Cook's Statement to Giesbrecht Under the Principled Approach*

(i) Why the Principled Approach Should Prevail

Previous Hearsay Jurisprudence

190 Before turning to the question of whether Cook's statement to Giesbrecht might be admissible under the principled approach, I would like to offer some general observations on the relationship between the principled approach and the hearsay exceptions. Speaking for this Court in *Smith*, *supra*, at pp. 932-33, Lamer C.J. emphasized that the rules regarding hearsay admissibility in Canada were changed by the Court's decision in *Khan*, *supra*:

... *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. . . .

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.

Similarly, at p. 930, Lamer C.J. stated:

The decision of this Court in *Khan* . . . should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories.

191 In *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, the Court suggested the need to reconsider the traditional hearsay exceptions in light of the principled approach established by *Khan* and *Smith*. Speaking

c) *Admissibilité de la déclaration de Cook à Giesbrecht selon la méthode fondée sur des principes*

(i) Les raisons pour lesquelles la méthode fondée sur des principes devrait l'emporter

La jurisprudence en matière de ouï-dire

Avant d'aborder la question de savoir si la déclaration de Cook à Giesbrecht pourrait être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, j'aimerais faire quelques observations générales sur la relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions à la règle du ouï-dire. S'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Smith*, précité, aux pp. 932 et 933, le juge en chef Lamer a souligné que les règles en matière d'admissibilité de la preuve par ouï-dire au Canada avaient été modifiées par l'arrêt *Khan*, précité, de notre Cour:

... 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 ouï-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 ouï-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'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.

De même, à la p. 930, le juge en chef Lamer a affirmé:

L'arrêt *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.

Dans l'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, notre Cour a indiqué la nécessité de réexaminer les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire à la lumière de la méthode fondée sur des principes

for the majority of the Court, Lamer C.J. pointed to the illogical nature of some of the exceptions, and to the need for principled reform (at para. 20):

Briefly stated, *Khan* and *Smith* announced this Court's commitment to ensure that the rule against the admission of hearsay as evidence would be sufficiently flexible to adapt to new situations. The hearsay rule and its rigidly formulated exceptions had become a sometimes illogical and frequently confusing series of pigeon-hole categories. *Khan* and *Smith* examined the principles underlying the hearsay rule to ensure that new developments in the evidentiary treatment of hearsay would reflect those tenets. [Emphasis added.]

Similarly, in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 66, the majority of the Court emphasized:

In *Khan* and *Smith*, this Court signalled the beginning of a modern principled framework for defining exceptions to the hearsay rule. The Court rejected the traditional approach of the common law premised on rigid, categorical exceptions to the hearsay rule in favour of a more flexible approach which seeks to give effect to the underlying purposes of the rule. [Emphasis added.]

Up to the present, this Court's application of the principled approach to hearsay admissibility in practice has involved only expanding the scope of hearsay admissibility beyond the traditional exceptions. The focus of the Court's analysis and commentary has been upon the need to increase the flexibility of the existing exceptions, and not specifically upon the need to re-examine the exceptions themselves. However, this case requires that we examine an exception to the hearsay rule and determine its co-existence with the principled approach. As I will discuss further, to the extent that the various exceptions may conflict with the requirements of a principled analysis, it is the principled analysis that should prevail.

établie dans les arrêts *Khan* et *Smith*. S'exprimant au nom de la Cour à la majorité, le juge en chef Lamer a souligné l'illogisme de certaines exceptions et le besoin de réforme fondée sur des principes (au par. 20):

En bref, les arrêts *Khan* et *Smith* ont annoncé l'engagement de notre Cour de garantir que la règle interdisant l'admission du ouï-dire comme preuve soit suffisamment souple pour s'adapter aux nouvelles situations. La règle du ouï-dire et ses exceptions rigidelement formulées étaient devenues une série de catégories compartimentées, parfois illogique, qui créait souvent de la confusion. Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire ont été examinés pour veiller à ce que la nouvelle tendance dans le traitement réservé au ouï-dire par le droit de la preuve reflète ces principes. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, au par. 66, notre Cour à la majorité a souligné:

Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, notre Cour a signalé le début d'une analyse moderne fondée sur des principes pour définir les exceptions à la règle du ouï-dire. Notre Cour a rejeté la méthode traditionnelle de la common law fondée sur des catégories d'exceptions rigides à la règle du ouï-dire en faveur d'une méthode plus souple qui cherche à donner effet aux objets qui sous-tendent la règle. [Je souligne.]

Jusqu'à maintenant, l'application par notre Cour de la méthode fondée sur des principes en matière d'admissibilité de la preuve par ouï-dire s'est limitée, en pratique, à élargir la portée de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire au-delà des exceptions traditionnelles. L'analyse et les observations de la Cour ont été axées sur la nécessité d'accroître la souplesse des exceptions existantes, et non pas particulièrement sur la nécessité de réexaminer les exceptions elles-mêmes. Toutefois, la présente affaire exige que nous examinions une exception à la règle du ouï-dire et que nous nous prononcions sur sa coexistence avec la méthode fondée sur des principes. Comme je vais l'analyser davantage plus loin, dans la mesure où il peut exister un conflit entre les diverses exceptions et les exigences d'une analyse fondée sur des principes, c'est cette dernière qui doit l'emporter.

193 The applicability of the principled approach to the exclusion as well as inclusion of evidence is implicitly confirmed by *Khan* itself. At p. 543 of her reasons for a unanimous panel, McLachlin J. addressed recent developments in the law with respect to the testimony of child victims of sexual assault:

These developments underline the need for increased flexibility in the interpretation of the hearsay rule to permit the admission in evidence of statements made by children to others about sexual abuse. In so far as they are tied to the exception to the hearsay rule of spontaneous declarations, however, they suffer from certain defects. There is no requirement that resort to the hearsay evidence be necessary. Even where the evidence of the child might easily be obtained without undue trauma, the Crown would be able to use hearsay evidence. Nor is there any requirement that the reliability of the evidence in the particular case be established; hence inherently unreliable evidence might be admitted. [Emphasis added.]

Thus the Court in *Khan* declined simply to enlarge the traditional exceptions because doing so might have allowed into evidence unnecessary or unreliable evidence, thereby falling afoul of the principled approach. It therefore makes little sense to say that the current exceptions need not meet the same standard.

194 In this light, it is noteworthy that several provincial courts of appeal have already begun a reconsideration of the appropriateness of relying upon the traditional hearsay exceptions. Several Courts of Appeal have suggested that "the traditional rules governing the admissibility of hearsay evidence are no longer controlling. Reliability and necessity are now the determining factors": see, e.g., *R. v. Kelly* (1999), 213 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 39; and *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353 (Sask. C.A.), at p. 428, *per* Vancise J.A. (dissenting, but not on this point). However, even a relatively cursory review of lower court decisions reveals a wide range of approaches to the principled approach and its effect on existing exceptions. See *R. v. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236 (Que. C.A.), at pp. 242-43; *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d)

L'applicabilité de la façon fondée sur des principes d'aborder l'exclusion ainsi que l'inclusion de la preuve est implicitement confirmée par l'arrêt *Khan* lui-même. À la page 543 des motifs qu'elle a rédigés au nom d'une formation unanime de la Cour, le juge McLachlin a abordé l'évolution récente du droit en ce qui concerne le témoignage des enfants victimes d'agression sexuelle:

Cette évolution fait ressortir la nécessité d'une plus grande souplesse dans l'interprétation de la règle du ouï-dire pour permettre l'admission en preuve des déclarations faites par des enfants à d'autres personnes au sujet d'abus sexuels. Cependant, dans la mesure où elle est liée à l'exception de la règle du ouï-dire en matière de déclarations spontanées, elle comporte certaines lacunes. Rien n'indique qu'il faille recourir à la preuve par ouï-dire. Même lorsqu'il pourrait être facile d'obtenir le témoignage de l'enfant sans le traumatiser indûment, le ministère public pourrait utiliser la preuve par ouï-dire. Rien n'exige non plus que la fiabilité du témoignage rendu dans l'affaire en question soit établie; d'où la possibilité qu'un témoignage qui en soi n'est pas digne de foi soit admis. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Khan*, notre Cour a donc simplement refusé d'élargir les exceptions traditionnelles parce que cela aurait pu permettre l'admission d'une preuve qui n'était ni nécessaire ni fiable, ce qui aurait contrevenu à la méthode fondée sur des principes. Il est donc peu logique d'affirmer que les exceptions actuelles n'ont pas à respecter la même norme.

À cet égard, il vaut la peine de souligner que plusieurs cours d'appel provinciales ont déjà entrepris un réexamen de l'opportunité d'invoquer les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Plusieurs cours d'appel ont affirmé que «les règles traditionnelles régissant l'admissibilité de la preuve par ouï-dire ne sont plus déterminantes. La fiabilité et la nécessité sont maintenant les facteurs déterminants»: voir, par exemple, *R. c. Kelly* (1999), 213 R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.), à la p. 39, et *R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Sask.), à la p. 428, le juge Vancise (dissident, mais non sur ce point). Toutefois, même un examen relativement superficiel des décisions des tribunaux d'instance inférieure révèle une grande variété de manières d'aborder la méthode fondée sur des principes et ses effets sur les exceptions existantes.

154 (Que. C.A.), at p. 177; *R. v. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.); *Wepruk (Guardian ad litem of) v. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.); *R. v. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533 (B.C.C.A.); *R. v. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514 (B.C.C.A.); and *R. v. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540 (Ont. C.A.), at p. 551.

Commentators

Questions as to whether and how the traditional hearsay exceptions should be modified in light of the principled approach have also been discussed in the academic literature. Some commentators favour reforming the exceptions to make them an inherent aspect of a logical and coherent approach to hearsay admissibility based on reliability and necessity: see, e.g., M. Rosenberg, "B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes" (1993), 19 C.R. (4th) 69; D. Rowsell, "Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?" (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294; E. Then, "Dying Declarations Following *Khan* and *Smith*: Are They Necessarily Reliable?", in *National Criminal Law Program: Criminal Evidence* (1994), vol. 1, section 6.5; A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), at pp. 166-70.

In "B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes", an article published before his appointment to the bench, Marc Rosenberg states that this Court's decisions in *Khan*, *Smith*, and *B. (K.G.)* signify that "it must... be open to the courts to revisit any established exception to determine whether that exception can still be justified on the basis of necessity and reliability" (p. 71). Rosenberg explains, at pp. 80-81:

[T]he reason which justifies an existing exception may in time be found to be wanting. The exceptions were created as the courts from time to time applied common sense and experience, but ideas which seemed reasona-

voir *R. c. Grand-Pierre* (1998), 124 C.C.C. (3d) 236 (C.A. Qué.), aux pp. 242 et 243; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286 (C.A.), à la p. 298; *R. c. Chahley* (1992), 72 C.C.C. (3d) 193 (C.A.C.-B.); *Wepruk (Guardian ad litem of) c. McMillan Estate* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.); *R. c. Crossley* (1997), 117 C.C.C. (3d) 533 (C.A.C.-B.); *R. c. Collins* (1997), 118 C.C.C. (3d) 514 (C.A.C.-B.); et *R. c. Warner* (1994), 94 C.C.C. (3d) 540 (C.A. Ont.), à la p. 551.

La doctrine

La doctrine traite également des questions de savoir si et comment les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire doivent être modifiées à la lumière de la méthode fondée sur des principes. Certains commentateurs préconisent une réforme des exceptions pour les intégrer dans une façon logique et cohérente d'aborder l'admissibilité de la preuve par oui-dire en fonction des principes de fiabilité et de nécessité: voir, par exemple, M. Rosenberg, «B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes» (1993), 19 C.R. (4th) 69; D. Rowsell, «Necessity and Reliability: What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada?» (1991), 49 *U.T. Fac. L. Rev.* 294; E. Then, «Dying Declarations Following *Khan* and *Smith*: Are They Necessarily Reliable?», dans *National Criminal Law Program: Criminal Evidence* (1994), vol. 1, section 6.5; A. L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials* (1996), aux pp. 166 à 170.

Dans l'article intitulé «B. (K.G.) — Necessity and Reliability: The New Pigeon-holes» qu'il a publié avant d'être nommé juge, Marc Rosenberg affirme que les arrêts de notre Cour *Khan*, *Smith* et *B. (K.G.)* signifient [TRADUCTION] «[qu']il doit [...] être loisible aux tribunaux de réexaminer toute exception reconnue pour déterminer si elle est toujours justifiable en fonction de la nécessité et de la fiabilité» (p. 71). Rosenberg explique, aux pp. 80 et 81:

[TRADUCTION] [L]a raison qui justifie l'existence d'une exception peut, à la longue, être jugée insuffisante. Les exceptions ont été créées au fur et à mesure que les tribunaux recouraient au bon sens et à l'expérience

ble in the 19th century may appear questionable in the late 20th century. As early as 1913 Hamilton L.J. in considering the exception for statements against pecuniary interest where the circumstantial guarantee of trustworthiness is said to lie in the fact that persons will not lie to their pecuniary disadvantage observed that as a reason for admitting hearsay this one was "sordid and unconvincing" noting that "Men lie for so many reasons and some for no reason at all; and some tell the truth without thinking about their pockets".

acquise, mais des idées qui semblaient raisonnables au XIX^e siècle peuvent paraître discutables à la fin du XX^e siècle. Dès 1913, en examinant l'exception applicable aux déclarations préjudiciables aux intérêts financiers de leur auteur, au sujet desquelles on prétend que la garantie circonstancielle de fiabilité réside dans le fait que les gens ne mentent pas au détriment de leurs intérêts financiers, le lord juge Hamilton a fait remarquer que, pour justifier l'admission du ouï-dire, cette exception était «sordide et non convaincante», soulignant que «Des hommes mentent pour un certain nombre de raisons, et d'autres le font sans raison; de plus, certains disent la vérité sans penser à leurs poches».

197 Other writers have been less convinced of the benefits of altering the traditional hearsay exceptions. Their concerns have generally been focussed upon the harm that they suggest would result from the complete abolition of the exceptions, rather than upon the effects of a piecemeal reform of the exceptions to comply with the principled approach. See, e.g., P. B. Carter, "Hearsay: Whether and Whither?" (1993), 109 *L.Q.R.* 573; D. A. R. Thompson, "The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle" (1995), 37 *C.R.* (4th) 282.

D'autres auteurs sont moins convaincus des avantages de modifier les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Leurs préoccupations sont généralement axées sur le tort qui, selon eux, résulterait de l'abolition complète de ces exceptions, plutôt que sur les effets d'une réforme à la pièce des exceptions qui vise à respecter la méthode fondée sur des principes. Voir, par exemple, P. B. Carter, «Hearsay: Whether and Whither?» (1993), 109 *L.Q.R.* 573; D. A. R. Thompson, «The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle» (1995), 37 *C.R.* (4th) 282.

198 The concerns expressed in the academic commentary warrant careful consideration, and are of assistance in determining how best to rationalize the traditional exceptions in light of the underlying principles of the rule. In my view, there are two paramount reasons to reconsider the hearsay exceptions, namely: first, trial fairness and the integrity of the justice system; and second, the intellectual coherence of the law of hearsay.

Les préoccupations exprimées dans la doctrine méritent d'être examinées attentivement et sont utiles pour déterminer la meilleure manière de rationaliser les exceptions traditionnelles en fonction des principes qui sous-tendent la règle. Selon moi, il y a deux raisons majeures de réexaminer les exceptions à la règle du ouï-dire, à savoir, premièrement, l'équité du procès et l'intégrité du système de justice, et, deuxièmement, la cohérence intellectuelle du droit de la preuve par ouï-dire.

Why the Exceptions Must be Rationalized

Les raisons pour lesquelles les exceptions doivent être rationalisées

199 As I have already discussed, a fundamental concern with reliability lies at the heart of the hearsay rule. By excluding evidence that might produce unfair verdicts, and by ensuring that litigants will generally have the opportunity to confront adverse witnesses, the hearsay rule serves as a cornerstone of a fair justice system.

Comme nous l'avons vu, une préoccupation fondamentale de fiabilité est au cœur de la règle du ouï-dire. En écartant les éléments de preuve susceptibles de donner lieu à des verdicts inéquitables et en assurant que les parties aient généralement la possibilité de confronter des témoins opposés, la règle du ouï-dire est une pierre angulaire d'un système de justice équitable.

In *Khan*, *Smith*, and subsequent cases, this Court allowed the admission of hearsay not fitting within an established exception where it was sufficiently reliable and necessary to address the traditional hearsay dangers. However, this concern for reliability and necessity should be no less present when the hearsay is sought to be introduced under an established exception. This is particularly true in the criminal context given the “fundamental principle of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted”: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24, quoted in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 71. It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception.

In addition to improving trial fairness, bringing the hearsay exceptions into line with the principled approach will also improve the intellectual coherence of the law of hearsay. It would seem anomalous to label an approach “principled” that applies only to the admission of evidence, not its exclusion. Rationalizing the hearsay exceptions into the principled approach shows that the former are simply specific manifestations of general principles, rather than the isolated “pigeon-holes” referred to in *U. (F.J.)*, *supra*, at para. 20.

The Continuing Importance of the Existing Exceptions

Having recognized the primacy of the principled approach, it is nevertheless important for a court to exercise a certain degree of caution when reconsidering the traditional exceptions. While the exceptions may need to be reexamined in light of the principled approach, their complete abolition is not the answer. Rather, the exceptions continue to play an important role under the principled approach.

Dans les arrêts *Khan* et *Smith* et d'autres arrêts subséquents, notre Cour a permis l'admission d'éléments de preuve par ouï-dire qui ne relevaient pas d'une exception reconnue, lorsque ces éléments de preuve étaient suffisamment fiables et nécessaires pour remédier aux dangers traditionnels du ouï-dire. Cependant, cette préoccupation de fiabilité et de nécessité ne doit pas être moindre lorsqu'on cherche à présenter une preuve par ouï-dire en vertu d'une exception reconnue. Cela est particulièrement vrai en matière criminelle, étant donné que «la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte*»: *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, cité dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 71. Si on permettait au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire non fiable contre l'accusé, peu importe qu'elle se trouve ou non à relever d'une exception existante, cela compromettrait l'équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées.

En plus d'améliorer l'équité du procès, le fait d'adapter les exceptions à la règle du ouï-dire à la méthode fondée sur des principes augmentera également la cohérence intellectuelle du droit de la preuve par ouï-dire. Il semblait anormal de qualifier de «fondée sur des principes» la méthode qui ne s'applique qu'à l'admission de la preuve et non pas à son exclusion. La rationalisation des exceptions à la règle du ouï-dire en fonction de la méthode fondée sur des principes démontre que ces exceptions sont simplement des manifestations particulières de principes généraux, plutôt que les «catégories compartimentées» mentionnées dans l'arrêt *U. (F.J.)*, précité, au par. 20.

L'importance constante des exceptions existantes

Après avoir reconnu la primauté de la méthode fondée sur des principes, il est toutefois important qu'un tribunal démontre une certaine prudence en réexaminant les exceptions traditionnelles. Bien qu'il puisse être nécessaire de réexaminer ces exceptions en fonction de la méthode fondée sur des principes, leur abolition totale n'est pas la solution. Au contraire, les exceptions continuent de

200

201

202

Our task therefore is to reconcile the traditional exceptions with the principled approach.

jouer un rôle important dans la méthode fondée sur des principes. Il nous incombe donc de concilier les exceptions traditionnelles avec la méthode fondée sur des principes.

203

One important function that the hearsay exceptions have served has been to add predictability and certainty to the law of hearsay. In light of the exceptions, and regardless of how illogical or arbitrary they may be, litigants can be more or less certain when going into court of the types of issues that will be relevant in debating admissibility in a particular context, and of the likelihood that the evidence will indeed be admitted. This certainty has fostered greater efficiency in the use of court time both at trial and on appeal, and has facilitated the task of the too frequently overburdened trial judge who is called upon to rule on hearsay admissibility with speed and considerable regularity. As suggested by Rosenberg, *supra*, at p. 75, a complete abolition of the exceptions and their replacement by the principled approach standing alone would complicate the judicial task:

[I]t is unfair to simply leave the decision as to the admission of hearsay completely open-ended, leaving the trial judges without any analytical tool for determining what is reasonably necessary. To simply define the test in terms of reliability and necessity is just too vague to be of any practical use. With all its rigidity and anomalies a hearsay rule consisting of a broad rule of exclusion with certain well-defined exceptions was *relatively* easy to apply. Taking away all of the rules and replacing them with necessity and reliability, while perhaps not inviting chaos, does make the role of the trial judge that much more difficult. [Emphasis in original.]

Les exceptions à la règle du ouï-dire jouent un rôle important en conférant un élément de prévisibilité et de certitude au droit de la preuve par ouï-dire. À la lumière de ces exceptions, quelque illogiques et arbitraires qu'elles puissent être, les parties peuvent être plus ou moins certaines, lorsqu'elles vont en cour, du genre de questions qui seront pertinentes pour débattre la question de l'admissibilité dans un contexte particulier et des chances que la preuve soit effectivement admise. Cette certitude a favorisé une plus grande efficacité dans l'utilisation du temps de la cour, tant au procès qu'en appel, et a facilité la tâche du juge du procès qui est trop souvent surchargé de travail et qui doit fréquemment prendre des décisions rapides en matière d'admissibilité de la preuve par ouï-dire. Comme l'a indiqué Rosenberg, *loc. cit.*, à la p. 75, l'abolition totale des exceptions et leur remplacement par la seule méthode fondée sur des principes compliqueraient la tâche des tribunaux:

[TRADUCTION] [I]l est injuste que l'on se contente de laisser entièrement libre la décision qui peut être prise en matière d'admission de la preuve par ouï-dire et de priver ainsi le juge du procès de tout instrument d'analyse pour déterminer ce qui est raisonnablement nécessaire. Définir simplement le critère en termes de fiabilité et de nécessité est vraiment trop vague pour être de quelque utilité que ce soit sur le plan pratique. Malgré toute sa rigidité et ses anomalies, une règle du ouï-dire consistant en une règle générale d'exclusion comportant certaines exceptions bien définies était *relativement* facile à appliquer. Même si cela n'ouvre peut-être pas la porte au chaos, le fait d'éliminer toutes les règles et de les remplacer par la nécessité et la fiabilité rend la tâche du juge du procès d'autant plus ardue. [En italique dans l'original.]

204

Second, in addition to serving the utilitarian goals of providing greater certainty and fostering judicial efficiency, the exceptions have served an explanatory or educative function, instructing litigants and judges about the relevant factors to consider in determining whether to admit a particular type of hearsay evidence, or whether to admit

Deuxièmement, en plus de servir les objectifs utilitaires d'assurer une plus grande certitude et de favoriser l'efficacité des tribunaux, les exceptions remplissent une fonction explicative ou éducative, en informant les parties et les juges des facteurs qui doivent être examinés pour déterminer s'il y a lieu d'admettre un type particulier de preuve par

hearsay in a particular factual context. Different hearsay scenarios by their nature raise different reliability concerns, and different issues of necessity. The specific requirements of the individual exceptions have had the useful effect of focussing attention upon the peculiar factors that make it desirable, or undesirable, to admit a particular form of out-of-court statement. This should be no surprise given Lamer C.J.'s statement in *Smith*, *supra*, that the principled approach is "governed by the principles which underlie the [hearsay] rule and its exceptions alike" (p. 932). Since the principled approach is implicit in most of the exceptions, they are likely to be strong evidence of necessity and reliability.

It is true that there is guidance inherent in the principled approach itself, which directs a court to gauge whether a particular hearsay statement is reliable and whether its admission is necessary in the circumstances. However, the exceptions are more fact-specific and contextually sensitive. Properly modified to conform to the principled approach, the exceptions are practical manifestations of the principled approach in concrete and meaningful form. Indeed, it is precisely to illustrate the form of analysis under the principled approach that must occur in a particular factual context that this Court in its recent cases has outlined carefully the type of inquiry that must occur when dealing with a particular type of hearsay, whether it be the testimony of a child witness (*Khan*, *supra*), a prior inconsistent statement (*B. (K.G.)*, *supra*, and *U. (F.J.)*, *supra*), or prior testimony (*Hawkins*, *supra*). Some commentators have suggested that the Court's recent hearsay jurisprudence may accordingly be seen as creating new hearsay exceptions to supplement the traditional exceptions: see, e.g., Carter, *supra*, at p. 579. Perhaps a more accurate characterization is to say that all of the hearsay "exceptions" should be seen simply as concrete examples of the practical

ouï-dire ou s'il y a lieu d'admettre un ouï-dire dans un contexte factuel particulier. De par leur nature, différents scénarios de ouï-dire soulèvent différentes préoccupations de fiabilité et différentes questions de nécessité. Les exigences précises de chaque exception ont eu pour effet utile d'attirer l'attention sur les facteurs particuliers qui font en sorte qu'il est ou n'est pas souhaitable d'admettre une forme particulière de déclaration extrajudiciaire. Il ne devrait pas être étonnant, compte tenu de la déclaration du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Smith*, précité, que la méthode fondée sur des principes soit «régie par les principes qui sous-tendent la règle [du ouï-dire] ainsi que ses exceptions» (p. 932). Comme la méthode fondée sur des principes est implicite dans la plupart des exceptions, ces dernières sont susceptibles de constituer une preuve solide de nécessité et de fiabilité.

Il est vrai que la méthode fondée sur des principes elle-même contient des indications qui aident le tribunal à évaluer si une déclaration relatée particulière est fiable et si son admission est nécessaire dans les circonstances. Toutefois, les exceptions dépendent plus des faits et tiennent davantage compte du contexte. Si elles sont modifiées correctement de manière à être conformes à la méthode fondée sur des principes, les exceptions seront des manifestations pratiques sous forme concrète et utile de la méthode fondée sur des principes. En effet, c'est justement pour illustrer la forme d'analyse que la méthode fondée sur des principes commande dans un contexte factuel particulier que, dans ses récents arrêts, notre Cour a exposé soigneusement le genre d'examen qui doit être effectué lorsqu'il est question d'un type particulier de ouï-dire, qu'il s'agisse du témoignage d'un enfant (*Khan*, précité), d'une déclaration antérieure incompatible (*B. (K.G.)* et *U. (F.J.)*, précités), ou d'un témoignage antérieur (*Hawkins*, précité). Certains commentateurs ont indiqué que la jurisprudence récente de notre Cour en matière de ouï-dire peut donc être perçue comme créant de nouvelles exceptions à la règle du ouï-dire afin de compléter les exceptions traditionnelles: voir, par exemple, Carter, *loc. cit.*, à la p. 579. Une qualification plus juste pourrait consister à dire que toutes les «exceptions» à la règle du ouï-dire devraient être

application of the purpose and principles of the hearsay rule in a particular context.

simplement perçues comme des exemples concrets de l'application pratique de l'objet et des principes de la règle du oui-dire dans un contexte particulier.

206

A third important function played by the traditional hearsay exceptions is that they teach us about the historical and contemporary rationale for admitting certain forms of hearsay. It has quite properly been noted that some hearsay exceptions allow for the admission of evidence that is unreliable, unnecessary, or both. In the interest of fairness for the litigant against whom it is used, unreliable hearsay evidence should never be admitted. Apart from that, a review of the traditional exceptions reveals that there are reasons beyond "pure" necessity why a court might wish to admit reliable hearsay evidence. This point was addressed by Lamer C.J. in *B. (K.G.)*, at pp. 796-97, where he explained that the need to permit the admission of certain forms of hearsay can stem not only from the unavailability of the out-of-court declarant, but also from the quality of the evidence itself. Lamer C.J. cited Professor Wigmore's explanation (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), at p. 253) that some hearsay evidence "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" (emphasis in original). Such hearsay may be admitted, where appropriate, less on the basis of necessity and more on the basis of "expediency or convenience". The traditional exceptions are useful, therefore, because they are instructive as to the types of situations that may produce hearsay that is the best evidence in the circumstances.

La troisième fonction importante des exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire consiste à nous enseigner la raison d'être historique et contemporaine de l'admission de certaines formes de preuve par oui-dire. On a eu parfaitement raison de souligner que certaines exceptions à la règle du oui-dire permettent l'admission d'une preuve qui n'est ni fiable ni nécessaire. Pour des raisons d'équité pour la partie contre qui elle est utilisée, une preuve par oui-dire qui n'est pas fiable ne devrait jamais être admise. À part cela, l'examen des exceptions traditionnelles révèle que des raisons autres que la «pure» nécessité sont susceptibles d'inciter un tribunal à admettre une preuve par oui-dire fiable. Le juge en chef Lamer a abordé cette question dans l'arrêt *B. (K.G.)*, aux pp. 796 et 797, où il a expliqué que la nécessité de permettre l'admission de certaines formes de preuve par oui-dire peut découler non seulement de la non-disponibilité de l'auteur de la déclaration extrajudiciaire, mais aussi de la qualité de la preuve elle-même. Le juge en chef Lamer a cité l'explication du professeur Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), à la p. 253), selon laquelle une preuve par oui-dire [TRADUCTION] «peut être telle qu'on ne peut pas s'attendre, de nouveau ou à ce moment-ci, à obtenir des mêmes sources ou d'autres sources *une preuve de même valeur*» (en italique dans l'original). Une telle preuve par oui-dire peut être admise, lorsqu'il convient de le faire, moins pour des raisons de nécessité que pour des raisons de «commodité». Les exceptions traditionnelles sont donc utiles, car elles renseignent sur les genres de situation qui peuvent faire en sorte qu'une preuve par oui-dire constitue la meilleure preuve dans les circonstances.

207

There are other important functions served by the traditional hearsay exceptions, but the issues I have referred to are sufficient to illustrate that it is neither desirable nor necessary to abolish these exceptions outright. The more appropriate approach is to seek to derive the benefits of certainty, efficiency, and guidance that the exceptions

Les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire remplissent d'autres fonctions importantes, mais les questions que j'ai mentionnées sont suffisantes pour montrer qu'il n'est ni souhaitable ni nécessaire de les abolir totalement. La meilleure méthode consiste à tenter de tirer profit de la certitude, de l'efficacité et des indications offertes par

offer, while adding the benefits of fairness and logic that the principled approach provides. The task is to rid the exceptions of their arbitrary aspects, in order to avoid admitting hearsay evidence that should be excluded.

(ii) Is Cook's Statement to Giesbrecht Admissible Under the Principled Approach?

For much the same reasons why the statement did not meet the requirements for admissibility under the present intentions exception, I conclude that the statement is not admissible under the principled approach either. This should not be particularly surprising — as I have discussed above, the traditional exceptions are based on the concepts of reliability and necessity. While occasionally, as in *Khan*, *supra*, a statement not falling within an existing exception will be admissible under the principled approach, this will likely be the exception, not the rule.

The first requirement for admissibility under the principled approach is reliability. Given my conclusion above that Cook's statement was made under "circumstances of suspicion", it follows that the statement was not reliable. Nor are there any other circumstantial guarantees of trustworthiness that could render the statement reliable. Having found that the statement is unreliable, it is unnecessary to go on to ask whether it was necessary or not. I conclude that Cook's statement to Giesbrecht was inadmissible under the principled approach. Since it does not fall under an existing exception either, for all the reasons given above, the courts below erred in admitting this evidence. There being no serious argument that the error was one that could be saved by the curative provision, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the appeal must be allowed.

les exceptions, tout en y ajoutant les avantages de l'équité et de la logique que fournit la méthode fondée sur des principes. Il s'agit de débarrasser les exceptions de leurs aspects arbitraires afin d'éviter l'admission d'une preuve par ouï-dire qui devrait être écartée.

(ii) La déclaration de Cook à Giesbrecht est-elle admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes?

Pour à peu près les mêmes raisons que celles pour lesquelles la déclaration ne remplit pas les conditions d'admissibilité de l'exception des intentions existantes, je conclus que la déclaration n'est pas non plus admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Cela ne devrait pas être particulièrement étonnant car, comme nous l'avons vu, les exceptions traditionnelles sont fondées sur les notions de fiabilité et de nécessité. Même s'il peut arriver, comme cela a été le cas dans l'arrêt *Khan*, précité, qu'une déclaration qui ne relève pas d'une exception existante soit admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, ce sera vraisemblablement l'exception et non pas la règle.

La première condition d'admissibilité que comporte la méthode fondée sur des principes est la fiabilité. Étant donné que j'ai conclu plus haut que la déclaration de Cook a été faite dans des «circonstances douteuses», il s'ensuit que la déclaration n'était pas fiable. Il n'y a pas non plus d'autres garanties circonstancielles de fiabilité susceptibles de rendre la déclaration fiable. Après avoir conclu que la déclaration n'est pas fiable, il n'est pas nécessaire de se demander si elle était nécessaire. Je conclus que la déclaration de Cook à Giesbrecht était inadmissible en vertu de la méthode fondée sur des principes. Étant donné qu'elle ne relève pas non plus d'une exception existante, pour toutes les raisons exposées plus haut, les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en l'admettant en preuve. En l'absence d'argument sérieux selon lequel il pouvait être remédié à l'erreur au moyen de la disposition réparatrice qu'est le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le pourvoi doit être accueilli.

208

209

(d) *Revisiting the Hearsay Exceptions in Future Cases*d) *Le réexamen des exceptions à la règle du oui-dire dans des affaires futures*

210 While the foregoing is perhaps sufficient to dispose of this appeal, the majority of the arguments both in the court below and before this Court focussed on the relationship between the principled approach and the traditional exceptions. Given this, and the substantial controversy among both lower courts and commentators regarding the appropriate relationship between the principled approach and the traditional hearsay exceptions, I would like to offer some general remarks on this issue. I have no doubt that the lower courts will develop guidelines over time as circumstances warrant.

Même si ce qui précède peut-être suffisant pour trancher le présent pourvoi, la plupart des arguments avancés en Cour d'appel et devant notre Cour étaient axés sur la relation entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions traditionnelles. Compte tenu de cela et de la controverse importante dans laquelle les cours d'instance inférieure et les auteurs sont engagés au sujet de la relation qui devrait exister entre la méthode fondée sur des principes et les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire, j'aimerais faire quelques observations générales à ce propos. Je n'ai aucun doute que les cours d'instance inférieure établiront des lignes directrices au fur et à mesure que les circonstances le justifieront.

211 I hope from the foregoing that it is clear that the existing exceptions are a long-standing and important aspect of our law of evidence. I am cognizant of their important role, and the need for caution in reforming them. Given their continuing importance, I would expect that in the clear majority of cases, the presence or absence of a traditional exception will be determinative of admissibility.

J'espère qu'il ressort nettement de ce qui précède que les exceptions existantes constituent depuis longtemps un aspect important de notre droit en matière de preuve. Je suis conscient de leur rôle important et de la nécessité de faire montre de prudence en les réformant. Compte tenu de leur importance constante, je m'attendrais à ce que, dans la plupart des cas, la présence ou l'absence d'une exception traditionnelle soit déterminante en matière d'admissibilité.

212 While *Khan, supra*, and its progeny have set out the approach for evidence falling outside a traditional exception, I would note that evidence falling within a traditional exception is presumptively admissible. These exceptions traditionally incorporate an inherent reliability component. For example, testimony in former proceedings is admitted, at least in part, because many of the traditional dangers associated with hearsay are not present. As pointed out in *Sopinka, Lederman and Bryant, supra*, at pp. 278-79:

Je souligne que, même si l'arrêt *Khan*, précité, et les arrêts qui en découlent ont établi la façon d'aborder la preuve qui ne relève pas d'une exception traditionnelle, la preuve qui relève d'une telle exception est présumée admissible. Ces exceptions comportent traditionnellement un élément de fiabilité inhérent. Par exemple, le témoignage fait dans le cadre d'une instance antérieure est admis, du moins en partie, parce que bien des dangers qui se rattachent traditionnellement à la preuve par oui-dire ne se posent pas. Comme il a été souligné dans *Sopinka, Lederman et Bryant, op. cit.*, aux pp. 278 et 279:

... a statement which was earlier made under oath, subjected to cross-examination and admitted as testimony at a former proceeding is received in a subsequent trial

[TRADUCTION] ... une déclaration qui a été faite antérieurement sous la foi du serment, qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire et qui a été admise en tant que preuve testimoniale lors d'une instance antérieure est admise lors d'un procès ultérieur parce que les dangers

because the dangers underlying hearsay evidence are absent. [Emphasis added.]

Other exceptions are based not on negating traditional hearsay dangers, but on the fact that the statement provides circumstantial guarantees of reliability. This approach is embodied in recognized exceptions such as dying declarations, spontaneous utterances, and statements against pecuniary interest.

All this being said, it is also clear that the logic of the principled approach demands that it must prevail in situations where it is in conflict with an existing exception. For example, had there been any doubt in this appeal whether the present intentions exception required that the statement not be made under circumstances of suspicion, the principled approach would require holding that it does now. Hearsay evidence may only be admitted if it is necessary and reliable, and the traditional exceptions should be interpreted in a manner consistent with this requirement.

In some rare cases, it may also be possible under the particular circumstances of a case for evidence clearly falling within an otherwise valid exception nonetheless not to meet the principled approach's requirements of necessity and reliability. In such a case, the evidence would have to be excluded. However, I wish to emphasize that these cases will no doubt be unusual, and that the party challenging the admissibility of evidence falling within a traditional exception will bear the burden of showing that the evidence should nevertheless be inadmissible. The trial judge will determine the procedure (whether by *voir dire* or otherwise) to determine admissibility under the principled approach's requirements of reasonable necessity and reliability.

In this connection, it is important when examining the reliability of a statement under the principled approach to distinguish between threshold and ultimate reliability. Only the former is relevant to admissibility: see *Hawkins, supra*, at p. 1084.

que comporte la preuve par ouï-dire ne se posent pas. [Je souligne.]

D'autres exceptions sont fondées non pas sur la suppression des dangers traditionnels de la preuve par ouï-dire, mais sur le fait que la déclaration offre des garanties circonstanciées de fiabilité. Cette méthode se retrouve dans des exceptions reconnues comme les déclarations de mourants, les déclarations spontanées et les déclarations au détriment des intérêts financiers de leur auteur.

Ceci étant dit, il est également clair que la logique de la méthode fondée sur des principes exige que cette méthode l'emporte dans les cas où elle entre en conflit avec une exception existante. Par exemple, s'il y avait eu un doute dans le présent pourvoi quant à savoir si l'exception des intentions existantes exigeait que la déclaration n'ait pas été faite dans des circonstances douteuses, la méthode fondée sur des principes obligerait à conclure qu'elle l'exige maintenant. La preuve par ouï-dire ne peut être admise que si elle est nécessaire et fiable, et les exceptions traditionnelles doivent être interprétées d'une manière conforme à cette exigence.

Il se peut également que, dans de rares cas, des circonstances particulières fassent en sorte qu'une preuve manifestement visée par une exception par ailleurs valide ne satisfasse toutefois pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode fondée sur des principes. En pareils cas, la preuve devrait être écartée. Je tiens toutefois à souligner que ces cas seront certes inhabituels et que la partie qui conteste l'admissibilité de la preuve visée par une exception traditionnelle aura le fardeau de démontrer que la preuve doit néanmoins être inadmissible. Le juge du procès établira la procédure (par *voir-dire* ou autrement) applicable pour déterminer l'admissibilité en vertu des exigences de nécessité et de fiabilité raisonnables de la méthode fondée sur des principes.

À cet égard, lorsque la fiabilité d'une déclaration est examinée selon la méthode fondée sur des principes, il importe d'établir une distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité absolue. Seul le seuil de fiabilité est pertinent relativement à l'ad-

Again, it is not appropriate in the circumstances of this appeal to provide an exhaustive catalogue of the factors that may influence threshold reliability. However, our jurisprudence does provide some guidance on this subject. Threshold reliability is concerned not with whether the statement is true or not; that is a question of ultimate reliability. Instead, it is concerned with whether or not the circumstances surrounding the statement itself provide circumstantial guarantees of trustworthiness. This could be because the declarant had no motive to lie (see *Khan, supra*; *Smith, supra*), or because there were safeguards in place such that a lie could be discovered (see *Hawkins, supra*; *U. (F.J.), supra*; *B. (K.G.), supra*).

missibilité: voir *Hawkins*, précité, à la p. 1084. Là encore, il ne convient pas, dans les circonstances du présent pourvoi, de fournir une liste détaillée des facteurs qui peuvent influencer sur le seuil de fiabilité. Toutefois, notre jurisprudence est utile dans une certaine mesure à ce sujet. Le seuil de fiabilité ne concerne pas la question de savoir si la déclaration est véridique ou non; c'est une question de fiabilité absolue. Il concerne plutôt la question de savoir si les circonstances ayant entouré la déclaration elle-même offrent des garanties circonstancielles de fiabilité. Ces garanties pourraient découler du fait que le déclarant n'avait aucune raison de mentir (voir *Khan* et *Smith*, précités) ou du fait qu'il y avait des mesures de protection qui permettaient de déceler les mensonges (voir *Hawkins*, *U. (F.J.)* et *B. (K.G.)*, précités).

216 And indeed, lower courts have recognized that the absence of a motive to lie is a relevant factor in admitting evidence under the principled approach: see *R. v. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263 (Ont. C.A.); *R. v. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196 (B.C.C.A.); *R. v. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; see also B. P. Archibald, "The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?" (1999), 25 *Queen's L.J.* 1, at p. 34. Conversely, the presence of a motive to lie may be grounds for exclusion of evidence under the principled approach. Put another way, it is the role of the trial judge to determine threshold reliability by satisfying him- or herself that notwithstanding the absence of the declarant for cross-examination purposes, the statement possesses sufficient elements of reliability that it should be passed on to be considered by the trier of fact.

En réalité, les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu que l'absence de raison de mentir était un facteur pertinent pour admettre un élément de preuve en vertu de la méthode fondée sur des principes: voir *R. c. L. (J.W.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 263 (C.A. Ont.); *R. c. Tam* (1995), 100 C.C.C. (3d) 196 (C.A.C.-B.); *R. c. Rose* (1998), 108 B.C.A.C. 221; voir également B. P. Archibald, «The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?» (1999), 25 *Queen's L.J.* 1, à la p. 34. À l'inverse, la présence d'une raison de mentir peut être un motif d'exclusion en vertu de la méthode fondée sur des principes. Autrement dit, il appartient au juge du procès de fixer le seuil de fiabilité en s'assurant que, malgré l'absence du déclarant pour fins de contre-interrogatoire, la déclaration comporte suffisamment d'éléments de fiabilité pour être soumise à l'appréciation du juge des faits.

217 At the stage of hearsay admissibility the trial judge should not consider the declarant's general reputation for truthfulness, nor any prior or subsequent statements, consistent or not. These factors do not concern the circumstances of the statement itself. Similarly, I would not consider the presence of corroborating or conflicting evidence. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; see also *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). In

À l'étape de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, le juge du procès ne devrait pas tenir compte de la réputation générale de sincérité du déclarant, ni d'aucune déclaration antérieure ou ultérieure, compatible ou incompatible. Ces facteurs n'ont pas trait aux circonstances de la déclaration elle-même. De même, je ne tiendrais pas compte de la présence d'une preuve corroborante ou contradictoire. Sur ce point, je suis d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. C. (B.)* (1993), 12

summary, under the principled approach a court must not invade the province of the trier of fact and condition admissibility of hearsay on whether the evidence is ultimately reliable. However, it will need to examine whether the circumstances in which the statement was made lend sufficient credibility to allow a finding of threshold reliability.

(4) Admissibility of Cheryl Ball's Out-of-Court Identification

The analysis of Cheryl Ball's identification evidence proceeds in much the same way as the foregoing analysis of Cook's statement to Giesbrecht. I conclude that the statement is hearsay, and that it does not fall within an existing exception. Since I also conclude that the evidence was inadmissible under the principled approach, it follows that the trial judge erred in admitting the evidence.

Again I will assume for the purposes of analysis the veracity of the testimony of Constables Madden and MacLeod at trial. They testified that Cheryl Ball identified the appellant as being a man she had seen talking to Cook at the Mohawk gas station on the night of the murders, and, according to Madden, as the man who was also "probably driving the other car". It is clear that these statements are hearsay and so are inadmissible unless reliable and necessary, because the Crown sought to use the statements to show that the appellant was present at the Mohawk station, thus creating an inference that he had followed them from the station and was driving the smaller car Cheryl Ball saw when she left Cook and Weselowski in St. Norbert. The issue before the trial judge was whether the evidence was admissible pursuant to the "prior identification" exception to the hearsay rule. The trial judge found that the exception did apply.

O.R. (3d) 608; voir également *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). En résumé, en vertu de la méthode fondée sur des principes, le tribunal ne doit pas empiéter sur la compétence du juge des faits ni subordonner l'admissibilité de la preuve par ouï-dire à la question de savoir si la preuve est absolument fiable. Il devra cependant examiner si les circonstances ayant entouré la déclaration confèrent suffisamment de crédibilité pour pouvoir conclure que le seuil de fiabilité est atteint.

(4) Admissibilité de l'identification extrajudiciaire par Cheryl Ball

L'analyse de la preuve d'identification fournie par Cheryl Ball s'effectue à peu près de la même manière que l'analyse précédente de la déclaration de Cook à Giesbrecht. Je conclus que la déclaration est du ouï-dire et qu'elle ne relève pas d'une exception existante. Étant donné que je conclus également que cet élément de preuve était inadmissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, il s'ensuit que le juge du procès a commis une erreur en l'admettant.

Là encore, je vais tenir pour avéré, aux fins de l'analyse, le témoignage des agents Madden et MacLeod au procès. Ils ont témoigné que Cheryl Ball avait identifié l'appelant comme étant l'homme qu'elle avait vu parler à Cook à la station-service Mohawk la nuit des meurtres et, selon Madden, comme étant aussi l'homme qui [TRADUCTION] «conduisait probablement l'autre automobile». Ces déclarations constituent manifestement du ouï-dire et sont donc inadmissibles, à moins qu'elles ne soient fiables et nécessaires, parce que le ministère public a cherché à les utiliser pour démontrer que l'appelant se trouvait à la station-service Mohawk, d'où la déduction qu'il les avait suivis à partir de cet endroit et qu'il conduisait la petite automobile que Cheryl Ball avait aperçue lorsqu'elle avait quitté Cook et Weselowski à St. Norbert. La question dont le juge du procès était saisi était de savoir si cette preuve était admissible en vertu de l'exception de l'«identification antérieure» à la règle du ouï-dire. Le juge du procès a conclu que l'exception s'appliquait effectivement.

220 It is not necessary in this case to review the entirety of the "prior identification" exception to the hearsay rule. The narrow issue before this Court is whether hearsay evidence of an out-of-court identification by a trial witness is admissible where the witness does not testify at trial that she made the identification. On the particular facts of this appeal, Cheryl Ball testified at trial that she told police that one of the men in the photographs she was shown on August 23, 1994 "look[ed] kind of familiar", but she did not testify that she had seen the person at the Mohawk gas station or at the wheel of the car that followed Weselowski's station wagon to St. Norbert.

221 The scope of the "prior identification" exception to the hearsay rule was recently thoroughly canvassed in the lucid reasons of Doherty J.A. in *Tat*, *supra*. As Doherty J.A. sets out, there are two situations in which out-of-court statements of identification may be admitted for the truth of their contents. First, "prior statements identifying or describing the accused are admissible where the identifying witness identifies the accused at trial" (pp. 497-98). Second, such statements are admissible "where the identifying witness is unable to identify the accused at trial, but can testify that he or she previously gave an accurate description or made an accurate identification" (p. 500). In the latter circumstance, Doherty J.A. explained, "the identifying witness may testify to what he or she said or did on those earlier occasions and those who heard the description given by the witness or witnessed the identification made by the witness may give evidence of what the witness said or did" (*ibid.*).

222 In the present case, only the second branch of the "prior identification" exception could possibly be applicable to permit the admission of the police testimony under the exception, because Ball did not identify the appellant in court. However, in my opinion, the requirements of this second branch are

En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner au complet l'exception de l'«identification antérieure» à la règle du oui-dire. La question précise dont notre Cour est saisie est de savoir si la preuve par oui-dire d'une identification extrajudiciaire par un témoin au procès est admissible lorsque ce dernier n'affirme pas au procès qu'il a fait cette identification. D'après les faits du présent pourvoi, Cheryl Ball a témoigné au procès qu'elle avait déclaré à la police que l'un des hommes figurant sur les photographies qui lui avaient été montrées le 23 août 1994 lui [TRADUCTION] «di[sait] quelque chose», mais elle n'a pas affirmé avoir aperçu cette personne à la station-service Mohawk ou au volant de l'automobile qui avait suivi la familiale de Weselowski jusqu'à St. Norbert.

La portée de l'exception de l'«identification antérieure» à la règle du oui-dire a récemment été examinée en profondeur dans les motifs clairs du juge Doherty dans l'arrêt *Tat*, précité. Comme le juge Doherty l'explique, il existe deux situations où les déclarations d'identification extrajudiciaires peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu. En premier lieu, [TRADUCTION] «les déclarations antérieures qui identifient ou décrivent l'accusé sont admissibles lorsque le témoin auteur de l'identification identifie l'accusé au procès» (pp. 497 et 498). En deuxième lieu, ces déclarations sont admissibles [TRADUCTION] «lorsque le témoin auteur de l'identification est incapable d'identifier l'accusé au procès, mais peut affirmer qu'il a déjà fourni une description ou une identification exacte» (p. 500). Dans ce dernier cas, comme le juge Doherty l'a expliqué, [TRADUCTION] «le témoin auteur de l'identification peut déposer au sujet de ce qu'il a dit ou fait à ces occasions, et ceux qui ont entendu la description fournie par ce témoin ou qui ont été témoins de l'identification qu'il a faite peuvent déposer au sujet de ce que ce témoin a dit ou fait» (*ibid.*).

Dans la présente affaire, seul le deuxième volet de l'exception de l'«identification antérieure» aurait pu s'appliquer pour permettre l'admission du témoignage des policiers en vertu de l'exception, car Ball n'a pas identifié l'appellant en cour. J'estime toutefois que, dans les circonstances, il

not satisfied in the circumstances. Ball did not testify that she could not remember whether the appellant was the person whom she identified. She was not asked to compare the appellant with her recollections about the person she saw on the night of the murders. Accordingly, the underlying circumstances of necessity required to trigger the second branch of the traditional exception did not exist. Even aside from this point, the police evidence went far beyond the scope of the "prior identification" exception. Part of the rationale underlying the second branch of the exception is that the testimony that is being admitted to complement the testimony of the identifying witness does not truly constitute hearsay. If the witness can at least testify that at some point she made an accurate identification, then a police officer's testimony that he or she observed the identifying witness in the act of identification is original evidence that the identifying witness did indeed select a particular person, and that that person is the accused. However, for this rationale to apply, the identifying witness must confirm that the person he or she identified in the police officer's presence was the person who committed an act that is relevant in the immediate proceedings. The testimony of the identifying witness may thus have its own hearsay component, but this issue is beyond the scope of this appeal: see H. Stewart, "Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*" (1998), 3 *Can. Crim. L. Rev.* 61. The point is that the officer's testimony should merely state who the witness identified, once the witness has already testified to the identification itself, and why the identification is relevant to the case.

The evidence provided by Constables Madden and MacLeod went beyond simply asserting that Cheryl Ball identified the accused on August 23, 1994. Their testimony provided almost the entirety of the narrative underlying the identification. Of particular importance, as already mentioned, Cheryl Ball did not testify that the person she pointed to in the photo line-up as being "familiar" was present at the Mohawk gas station or in the car

n'a pas été satisfait aux exigences de ce deuxième volet. Ball n'a pas témoigné qu'elle était incapable de se rappeler si l'appelant était la personne qu'elle avait identifiée. On ne lui a pas demandé de comparer l'appelant à la personne qu'elle se souvenait avoir aperçue la nuit des meurtres. Par conséquent, la situation sous-jacente de nécessité requise pour déclencher l'application du deuxième volet de l'exception traditionnelle n'existait pas. Même en faisant abstraction de ce fait, le témoignage des policiers a excédé de beaucoup la portée de l'exception de l'«identification antérieure». Une partie du raisonnement qui sous-tend le deuxième volet de l'exception veut que le témoignage qui est admis pour compléter celui du témoin auteur de l'identification ne constitue pas vraiment du ouï-dire. Si le témoin peut au moins affirmer qu'à un moment donné il a fait une identification exacte, le témoignage dans lequel un policier affirme l'avoir vu procéder à l'identification constitue alors une preuve originale que le témoin auteur de l'identification a vraiment désigné une personne en particulier et que cette personne est l'accusé. Cependant, pour que ce raisonnement s'applique, le témoin auteur de l'identification doit confirmer que la personne qu'il a identifiée en présence du policier est la personne qui a commis un acte pertinent dans le cadre de l'instance en cause. La déposition du témoin auteur de l'identification peut donc avoir sa propre composante de ouï-dire, mais cette question excède la portée du présent pourvoi: voir H. Stewart, «Prior Identifications and Hearsay: A Note on *R. v. Tat*» (1998), 3 *Rev. can. D.P.* 61. Il reste qu'une fois que le témoin a déposé quant à l'identification elle-même, le témoignage du policier devrait simplement indiquer la personne identifiée par le témoin et la raison pour laquelle l'identification est pertinente en l'espèce.

Dans leur témoignage, les agents Madden et MacLeod ne se sont pas contentés d'affirmer que Cheryl Ball avait identifié l'accusé le 23 août 1994. Leur témoignage a constitué presque tout le récit sous-jacent à l'identification. Fait particulièrement important, comme nous l'avons vu, Cheryl Ball n'a pas témoigné que la personne qu'elle avait décrite, lors de la séance d'identification par photos, comme «lui disant quelque chose» se trouvait

that followed the Weselowski station wagon to St. Norbert. All of the links between the act of identification and the reasons for the identification were provided by Constables Madden and MacLeod. As Doherty J.A. emphasized in *Tat*, the evidence explaining why the identifying witness identified the accused must come from the identifying witness himself or herself. In his words, at p. 505: "Absent some evidence connecting the person identified at the line-up to the crime, I fail to see how identification at the line-up has any relevance to the issue of identity". Similar comments were made by Twaddle J.A. below, who stated (at p. 175) that "[w]here the identifying witness is unable to recall the prior identification, the situation is the same as if he or she has not testified. In that scenario, the trier of fact is left with the bald assertion of the recipient as to the person identified without the ability to cross-examine the eyewitness on the actual identification". It follows that the trial judge erred in admitting the police evidence regarding Ball's out-of-court identification under a traditional exception to the hearsay rule.

à la station-service Mohawk ou dans l'automobile qui avait suivi la familiale de Weselowski jusqu'à St. Norbert. Tous les liens entre l'acte d'identification et les raisons de l'identification ont été fournis par les agents Madden et MacLeod. Comme le juge Doherty l'a souligné dans l'arrêt *Tat*, la preuve qui explique pourquoi le témoin auteur de l'identification a identifié l'accusé doit émaner du témoin auteur de l'identification lui-même. Pour reprendre ses propos, à la p. 505: [TRADUCTION] «En l'absence de preuve reliant au crime la personne identifiée lors de la séance d'identification, je ne vois pas en quoi l'identification lors de la séance d'identification est pertinente à l'égard de la question de l'identité». Le juge Twaddle de la Cour d'appel a fait des observations similaires lorsqu'il a dit, à la p. 175, que [TRADUCTION] «[l]orsque le témoin auteur de l'identification est incapable de se souvenir de l'identification antérieure, la situation est la même que s'il n'avait pas témoigné. Dans ce cas, le juge des faits ne dispose, au sujet de la personne identifiée, que de la simple affirmation de la personne à qui l'identification a été faite, sans qu'il y ait possibilité de contre-interroger le témoin oculaire sur l'identification elle-même». Il s'ensuit que le juge du procès a commis une erreur en se fondant sur une exception traditionnelle à la règle du oui-dire pour admettre le témoignage des policiers relativement à l'identification extrajudiciaire par Ball.

224 The next question, following *Khan, supra*, and *Smith, supra*, is whether the hearsay evidence of Constables Madden and MacLeod is nonetheless admissible under the principled approach to hearsay admissibility. Parenthetically, I should mention that since the "prior identification" exception is not directly brought into play on these facts, I leave to another day the question of whether the exception requires revisiting in order to conform to the principled approach.

Selon les arrêts *Khan* et *Smith*, précités, il s'agit ensuite de savoir si la preuve par oui-dire des agents Madden et MacLeod est néanmoins admissible en vertu de la façon fondée sur des principes d'aborder l'admissibilité de la preuve par oui-dire. J'ouvre une parenthèse pour mentionner qu'étant donné que l'exception de l'«identification antérieure» n'entre pas directement en jeu d'après les faits de la présente affaire, je reporte à une autre occasion le soin de répondre à la question de savoir si l'exception a besoin d'être réexaminée afin d'en assurer la conformité avec la méthode fondée sur des principes.

225 In my view, the police testimony was equally inadmissible under the principled approach. First of all, quite simply, the police hearsay was not

Je suis d'avis que le témoignage des policiers était tout aussi inadmissible selon la méthode fondée sur des principes. D'abord, le oui-dire des

necessary. Cheryl Ball was a witness at trial and could have provided first-hand evidence, had the Crown chosen to question her on point. That the Crown chose not to do so is a question of tactics, not a basis for admitting hearsay evidence to fill the gap. Moreover, there are strong indications that Cheryl Ball's identification was unreliable, even if one accepts the evidence of Constables Madden and MacLeod that Ball told them she saw a man in a car talking to Cook at the Mohawk gas station. According to Madden's testimony, Ball described the person she saw speaking to Cook as having had short hair in a ponytail, glasses, and no goatee. The black-and-white photocopied photograph that she pointed to as looking "familiar" showed the appellant with long hair and a goatee, with no ponytail and no glasses. Moreover, Madden testified that the appellant had never worn glasses. This inconsistency in the identification clearly does not meet the threshold of reliability. It is quite clear that the Constables' testimony should not have been admitted at trial.

Before this Court as in the court below, the Crown argued that, even if the trial judge erred in admitting hearsay evidence regarding Ball's out-of-court identification, any prejudice that might otherwise have been suffered by the appellant as a result was cured by the trial judge's cautionary instruction to the jury. The trial judge's instruction on this point was as follows:

I think it is of some significance that Cheryl Ball was not asked if the reason she could identify the individual in photo number 5 of Exhibit 11 was because she had seen a photo, that is, photo number 3 in Exhibit 10, a week before. I think it is significant that photo number 3 in Exhibit 10 is the only one, the only photograph of the three people in Exhibit 10 repeated in Exhibit 11. It is significant, I think, that she was not told that the description she gave of the man she saw talking to Cook did not in fact fit the description of the man in photograph number 3 of Exhibit 10. It is significant, I think, as well that, in court, she did not mention Starr by name

policiers n'était tout simplement pas nécessaire. Cheryl Ball a témoigné au procès et aurait pu fournir une preuve originale si le ministère public avait choisi de l'interroger en conséquence. Le fait que le ministère public ait décidé de ne pas le faire est une question de stratégie et non pas une raison d'admettre une preuve par ouï-dire en vue de combler cette lacune. En outre, il y a de solides indices que l'identification faite par Cheryl Ball n'était pas fiable, même si on accepte le témoignage des agents Madden et MacLeod voulant que Ball leur ait dit qu'elle avait vu un homme, dans une automobile, parler à Cook à la station-service Mohawk. Selon le témoignage de Madden, Ball a dit que la personne qu'elle avait vu parler à Cook avait les cheveux courts attachés en queue de cheval et portait des lunettes, mais n'avait pas de barbe. La photographie qu'elle a choisie parce qu'elle lui «disait quelque chose» était une photocopie en noir et blanc qui montrait l'appelant avec les cheveux longs et une barbe, sans queue de cheval ni lunettes. De plus, Madden a témoigné que l'appelant n'avait jamais porté de lunettes. Cette contradiction dans l'identification ne satisfait manifestement pas au critère du seuil de fiabilité. Il est très clair que le témoignage des agents n'aurait pas dû être admis au procès.

Devant notre Cour comme devant la Cour d'appel, le ministère public a prétendu que, même si le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve par ouï-dire concernant l'identification extrajudiciaire par Ball, la mise en garde qu'il avait faite au jury avait remédié au préjudice que cette admission aurait par ailleurs causé à l'appelant. La directive du juge du procès à ce propos était la suivante:

[TRADUCTION] Je pense qu'il est révélateur dans une certaine mesure qu'on n'ait pas demandé à Cheryl Ball si la raison pour laquelle elle pouvait identifier la personne sur la photo numéro 5 de la pièce 11 était qu'elle avait vu une photo, c'est-à-dire la photo numéro 3 de la pièce 10, la semaine précédente. Je pense qu'il est significatif que la photo numéro 3 de la pièce 10 soit la seule, la seule photographie des trois personnes dans la pièce 10 que l'on retrouve également dans la pièce 11. Il est significatif, je pense, qu'on ne lui ait pas dit que la description qu'elle a donnée de l'homme qu'elle avait vu parler à Cook ne correspondait pas, en fait, à la descrip-

and that she was not asked to identify nor did she identify the accused, Starr, in the dock as being the man she saw at the Mohawk station. I would tell you, then, that the identification evidence of Mrs. Ball is, to say the least, extremely frail, and I would express the opinion that it does not link the accused, Starr, to the deaths of either Weselowski or Cook. However, it is for you to decide the value of her evidence.

tion de l'homme figurant sur la photographie numéro 3 de la pièce 10. Je pense également qu'il est révélateur qu'elle n'ait pas désigné Starr par son nom en cour, et qu'on ne lui ait pas demandé d'identifier l'accusé Starr au banc des accusés, et qu'elle ne l'ait pas fait non plus, comme étant l'homme qu'elle avait aperçu à la station-service Mohawk. Je vous dirais donc que la preuve d'identification de M^{me} Ball est, le moins qu'on puisse dire, extrêmement fragile, et j'exprimerai l'opinion qu'elle ne relie l'accusé Starr ni au décès de Weselowski ni à celui de Cook. Cependant, il vous appartient de juger de la valeur de son témoignage.

227 The majority in the Court of Appeal was of the view that the above instruction effectively negated any harm that the hearsay evidence of Constables Madden and MacLeod might have caused. In particular, the majority found that the evidence was relatively insignificant in the larger context of the case, because, in its words, "[t]his was not a case that turned on the issue of identification" (p. 159).

La Cour d'appel à la majorité était d'avis que la directive susmentionnée avait effectivement éliminé tout préjudice que pouvait avoir causé la preuve par ouï-dire des agents Madden et MacLeod. Les juges majoritaires ont notamment conclu que la preuve était relativement négligeable dans le contexte général de l'affaire, car, d'après eux, [TRADUCTION] «[l']affaire ne dépendait pas de la question de l'identification» (p. 159).

228 With respect, I disagree with the Court of Appeal's assessment of the harm that may have been caused by the admission of the out-of-court identification evidence. Constable Madden testified that Cheryl Ball had stated that the appellant "was the one that she saw at the Mohawk Station and that he was probably driving the other car" (emphasis added). It is true that Jodie Giesbrecht's testimony had also put the appellant at the Mohawk station. However, according to Constable Madden, Cheryl Ball identified the appellant not only as being at the Mohawk station, but also as someone who "was probably driving the other car". The use of a conjunctive "and" indicates that there were two distinct elements to this testimony — namely, being at the Mohawk station, and "probably" being in the other car. The jury could easily have taken the reference to the "other car" to refer not to the appellant's presence at the Mohawk station, but to the second car seen in St. Norbert when the Balls last saw Cook and Weselowski alive.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec l'évaluation que la Cour d'appel a faite du préjudice que peut avoir causé l'admission de la preuve d'identification extrajudiciaire. L'agent Madden a témoigné que Cheryl Ball avait dit que l'appellant [TRADUCTION] «était la personne qu'elle avait aperçue à la station-service Mohawk et qu'il conduisait probablement l'autre automobile» (je souligne). Il est vrai que, dans son témoignage, Jodie Giesbrecht avait également situé l'appellant à la station-service Mohawk. Toutefois, selon l'agent Madden, Cheryl Ball a non seulement dit que l'appellant était à la station-service Mohawk, mais aussi qu'il «conduisait probablement l'autre automobile». L'utilisation de la conjonction «et» indique que ce témoignage comportait deux éléments distincts — à savoir, se trouver à la station-service Mohawk et «probablement» dans l'autre automobile. Le jury aurait pu facilement considérer que la mention de l'«autre automobile» visait non pas la présence de l'appellant à la station-service Mohawk, mais la deuxième automobile aperçue à St. Norbert quand les Ball ont vu pour la dernière fois Cook et Weselowski vivants.

229 While admittedly the jury could also have taken the "other car" testimony to refer to the appellant's

Même si le jury avait certes pu également considérer que le témoignage concernant l'«autre auto-

presence at the Mohawk station, certainly both interpretations are possible. The former interpretation would have placed the appellant at the last place the deceased were seen alive and provided a crucial gap in the prosecution's case. While Cheryl Ball clearly stated at trial that she did not see who was in the other car she saw at St. Norbert, the entire problem with the Constables' testimony is that they went far beyond what Cheryl Ball herself said at trial. Having offered the evidence, the respondent is now hard pressed to argue the jury would have undoubtedly disregarded it. Thus, even if, as the trial judge cautioned, the identification evidence had little weight, there remained the problem of the serious prejudice that may have been caused to the appellant by its admission. A crucial aspect of the defence theory in this case is that some unknown other person may have been involved in the murders. By potentially putting the appellant with the victims in St. Norbert, the identification evidence could have gone a long way to assuaging the jury's concerns about the non-existence of such other persons. The cautionary instruction was insufficient to remedy the harm caused by the admission of the evidence.

B. *Adequacy of the Instruction to the Jury on Reasonable Doubt*

(1) *The Decisions in Lifchus and Bisson*

In its decisions in *Lifchus*, *supra*, and *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306, this Court has recently addressed the appropriate manner of instructing a jury on the nature of the criminal standard of proof. Cory J., writing for the full Court in *Lifchus*, held that it is essential for jurors to be instructed that the term "beyond a reasonable doubt" has a special meaning in a criminal trial. He explained that an appropriate jury instruction on reasonable doubt is a fundamental component of a fair trial, because a jury might otherwise convict the innocent by finding guilt on the basis of

mobile» concernait la présence de l'appelant à la station-service Mohawk, les deux interprétations sont sûrement possibles. La première interprétation aurait situé l'appelant à l'endroit où les victimes ont été aperçues vivantes pour la dernière fois et aurait créé une lacune décisive dans la preuve de la poursuite. Bien que Cheryl Ball ait clairement affirmé au procès qu'elle n'avait pas vu qui était dans l'autre automobile qu'elle avait aperçue à St. Norbert, le problème que pose le témoignage des agents réside exclusivement dans le fait que ces derniers sont allés beaucoup plus loin que ce que Cheryl Ball a dit elle-même au procès. L'intimée, qui a présenté la preuve, peut maintenant difficilement faire valoir que le jury n'en aurait sûrement pas tenu compte. Par conséquent, même si, comme le juge du procès en a fait la mise en garde, la preuve d'identification avait peu de poids, il y avait toujours le problème du préjudice grave que son admission avait pu causer à l'appelant. Un aspect crucial de la thèse de la défense dans la présente affaire est la possibilité qu'une autre personne inconnue ait été impliquée dans les meurtres. Parce qu'elle soulève la possibilité que l'appelant se soit trouvé avec les victimes à St. Norbert, la preuve d'identification aurait pu contribuer grandement à dissiper les préoccupations du jury au sujet de l'absence de telles autres personnes. La mise en garde était insuffisante pour remédier au tort causé par l'admission de la preuve.

B. *Le caractère suffisant de la directive au jury sur le doute raisonnable*

(1) *Les arrêts Lifchus et Bisson*

Dans ses arrêts *Lifchus*, précité, et *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306, notre Cour a récemment abordé la façon dont il convient de donner des directives à un jury sur la nature de la norme de preuve en matière criminelle. Le juge Cory a statué au nom de notre Cour au complet, dans *Lifchus*, qu'il est essentiel que les jurés reçoivent la directive que l'expression «hors de tout doute raisonnable» a un sens particulier dans un procès criminel. Il a expliqué qu'une directive appropriée au jury sur le doute raisonnable est un élément fondamental d'un procès équitable parce qu'un jury pourrait

mere probability, rather than on the basis of proof to a near certainty as is required in criminal proceedings. In his words, at para. 14:

No matter how exemplary the directions to the jury may be in every other respect if they are wanting in this aspect the trial must be lacking in fairness. It is true the term has come echoing down the centuries in words of deceptive simplicity. Yet jurors must appreciate their meaning and significance. They must be aware that the standard of proof is higher than the standard applied in civil actions of proof based upon a balance of probabilities yet less than proof to an absolute certainty. [Emphasis added.]

autrement condamner un innocent en concluant à sa culpabilité sur la base d'une simple probabilité, plutôt qu'à la lumière de la preuve correspondant à une quasi-certitude qui est requise en matière criminelle. Il s'est exprimé ainsi, au par. 14:

Peu importe que les directives aient été données de façon exemplaire à tous autres égards, si elles sont défectueuses sur ce point, le procès ne peut que manquer d'équité. Il est vrai que l'expression s'est transmise au cours des siècles dans des mots d'une simplicité trompeuse. Il n'en demeure pas moins que les jurés doivent en comprendre le sens et l'importance. Ils doivent savoir que même si la norme de preuve est plus exigeante que celle appliquée dans les litiges civils, qui est fondée sur la prépondérance des probabilités, elle n'exige toutefois pas une preuve correspondant à la certitude absolue. [Je souligne.]

231 In *Lifchus*, Cory J. held that there are certain essential elements that should be included in any effective jury charge on reasonable doubt, as well as several instructions that would generally lessen or impair the effectiveness of such a charge. Cory J. summarized the essential elements in the following terms, at para. 36:

It should be explained that:

- the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably intertwined with that principle fundamental to all criminal trials, the presumption of innocence;
- the burden of proof rests on the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused;
- a reasonable doubt is not a doubt based upon sympathy or prejudice;
- rather, it is based upon reason and common sense;
- it is logically connected to the evidence or absence of evidence;
- it does not involve proof to an absolute certainty; it is not proof beyond any doubt nor is it an imaginary or frivolous doubt; and
- more is required than proof that the accused is probably guilty — a jury which concludes only that the accused is probably guilty must acquit. [Emphasis in original.]

Dans *Lifchus*, le juge Cory a conclu que, pour être efficace, tout exposé au jury sur le doute raisonnable devait comporter certains éléments essentiels, et que plusieurs directives sont généralement de nature à amoindrir ou à annuler l'efficacité d'un tel exposé. Le juge Cory a résumé les éléments essentiels de la façon suivante, au par. 36:

Les explications suivantes devraient être données:

- la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux, c'est-à-dire la présomption d'innocence;
- le fardeau de la preuve incombe à la poursuite tout au long du procès et ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé;
- un doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé;
- il repose plutôt sur la raison et le bon sens;
- il a un lien logique avec la preuve ou l'absence de preuve;
- la norme n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue; il ne s'agit pas d'une preuve au-delà de n'importe quel doute; il ne peut s'agir non plus d'un doute imaginaire ou frivole;
- il faut davantage que la preuve que l'accusé est probablement coupable — le jury qui conclut seulement que l'accusé est probablement coupable doit acquitter l'accusé. [Souligné dans l'original.]

Cory J. also summarized, at para. 37, certain references to the required standard of proof that should be avoided:

- describing the term “reasonable doubt” as an ordinary expression which has no special meaning in the criminal law context;
- inviting jurors to apply to the task before them the same standard of proof that they apply to important, or even the most important, decisions in their own lives;
- equating proof “beyond a reasonable doubt” to proof “to a moral certainty”;
- qualifying the word “doubt” with adjectives other than “reasonable”, such as “serious”, “substantial” or “haunting”, which may mislead the jury; and
- instructing jurors that they may convict if they are “sure” that the accused is guilty, before providing them with a proper definition as to the meaning of the words “beyond a reasonable doubt”.

Cory J. stressed that the precise wording of any given jury charge on reasonable doubt will not necessarily be determinative of its effectiveness at transmitting the meaning of the term, and so at securing the fairness of the accused’s trial. A charge must be examined in its entirety to determine whether the essential elements of a fair and accurate instruction on reasonable doubt are present and have been properly explained. The question in every case in which a trial judge’s instructions on reasonable doubt are impugned is whether there is a reasonable likelihood that the jury was under a misapprehension as to the correct standard of proof to apply. If the charge, when read as a whole, could not have placed the jury under a misapprehension as to the correct standard of proof, then the jury verdict should not be disturbed: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 758. However, in Cory J.’s words in *Lifchus*, at para. 41: “if the charge as a whole gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, then as a general rule the verdict will have to be set aside and a new trial directed”.

Le juge Cory a également résumé, au par. 37, certaines mentions qui doivent être évitées au sujet de la norme de preuve requise:

- le fait de décrire l’expression «doute raisonnable» comme étant une expression ordinaire, qui n’a pas de sens spécial dans le contexte du droit pénal;
- le fait d’inviter les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu’ils utilisent, dans leur propre vie, pour prendre des décisions importantes, voire les plus importantes de ces décisions;
- le fait d’assimiler preuve «hors de tout doute raisonnable» à une preuve correspondant à la «certitude morale»;
- le fait de qualifier le mot «doute» par d’autres adjectifs que «raisonnable», par exemple «sérieux», «substantiel» ou «obsédant», qui peuvent induire le jury en erreur;
- le fait de dire aux jurés qu’ils peuvent déclarer l’accusé coupable s’ils sont «sûrs» de sa culpabilité, avant de leur avoir donné une définition appropriée du sens des mots «hors de tout doute raisonnable».

Le juge Cory a souligné que l’efficacité d’un exposé au jury sur le doute raisonnable, pour ce qui est de communiquer le sens de cette expression et d’assurer ainsi l’équité du procès de l’accusé, ne dépendra pas nécessairement de la formulation précise de cet exposé. L’exposé doit être examiné dans son ensemble pour déterminer si les éléments essentiels d’une directive équitable et exacte sur le doute raisonnable s’y trouvent et s’ils ont été bien expliqués. La question qui se pose dans chaque affaire où les directives du juge du procès sur le doute raisonnable sont contestées est de savoir s’il existe une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Si, considéré dans son ensemble, l’exposé n’est pas susceptible d’avoir induit le jury en erreur quant à la norme de preuve applicable, il n’y a alors pas lieu de modifier le verdict du jury: *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758. Toutefois, comme l’a expliqué le juge Cory dans l’arrêt *Lifchus*, au par. 41: «si l’exposé, considéré dans son ensemble, soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable, alors, en règle générale, le verdict doit être annulé et un nouveau procès doit être ordonné».

232

233

234 In both *Lifchus, supra*, and *Bisson, supra*, this Court held that the reasonable doubt instruction provided to the jury in the particular cases created a reasonable likelihood of a misapprehension of the standard of proof. In *Lifchus*, the trial judge instructed the jury on reasonable doubt by referring to the ordinary everyday meaning of the phrase.

235 In finding that the trial judge's instruction constituted an error in law justifying a new trial, Cory J. explained that the instruction contained two central flaws. First, it did not provide a definition of "reasonable doubt". Second, it described the words "reasonable doubt" as "ordinary, everyday words" with no specific meaning in the context of a criminal trial. Cory J. found that these errors were not cured when the jury charge was viewed as a whole, even though the charge was, in all other respects, "a model of clarity and conciseness" (para. 44).

236 The trial judge in *Bisson, supra*, explained to the jury that proof to an absolute certainty was not required, and that a reasonable doubt was something more than simply a frivolous, capricious, or imaginary doubt. He then drew an analogy between the standard of proof beyond a reasonable doubt and the standard of proof used in everyday activities such as checking the oil in one's car, emphasizing at some length that there was no distinction between the two standards. Writing for the Court, Cory J. explained that a trial judge should avoid providing examples from daily life of what may constitute a reasonable doubt, for two key reasons. First, everyday examples are problematic because, almost invariably, they involve the application of a standard of probability rather than one of proof beyond a reasonable doubt. Second, examples tend to be applied subjectively, depending upon the degree of care taken by different jurors prior to making everyday decisions, whereas

Tant dans l'arrêt *Lifchus*, précité, que dans l'arrêt *Bisson*, précité, notre Cour a conclu que la directive sur le doute raisonnable qui avait été donnée au jury créait une probabilité raisonnable de méprise quant à la norme de preuve applicable. Dans *Lifchus*, le juge du procès avait donné une directive au jury sur le doute raisonnable en mentionnant le sens ordinaire de tous les jours de cette expression.

En concluant que la directive du juge du procès constituait une erreur de droit justifiant la tenue d'un nouveau procès, le juge Cory a expliqué que cette directive comportait deux lacunes majeures. Premièrement, elle ne donnait aucune définition du «doute raisonnable». Deuxièmement, les mots «doute raisonnable» y étaient décrits comme étant «des mots ordinaires, de tous les jours» qui n'ont aucun sens particulier dans le contexte d'un procès criminel. Le juge Cory a conclu que, considéré dans son ensemble, l'exposé au jury ne remédiait pas à ces erreurs même s'il était, à tout autre égard, «un modèle de clarté et de concision» (par. 44).

Dans l'arrêt *Bisson*, précité, le juge du procès a expliqué au jury qu'une preuve correspondant à la certitude absolue n'était pas requise et qu'un doute raisonnable était plus qu'un simple doute frivole, arbitraire ou imaginaire. Il a ensuite fait une analogie entre la norme de preuve hors de tout doute raisonnable et la norme de preuve qui est utilisée dans les activités de tous les jours, comme la vérification du niveau d'huile d'une automobile, en soulignant à un certain nombre de reprises qu'il n'y avait aucune différence entre les deux normes. Le juge Cory a expliqué, au nom de notre Cour, que le juge du procès devrait éviter de s'inspirer de la vie quotidienne pour illustrer ce qui peut constituer un doute raisonnable, et ce, pour deux raisons fondamentales. Premièrement, les exemples tirés de la vie de tous les jours posent un problème parce qu'ils comportent presque toujours l'application d'une norme de probabilité plutôt que celle d'une norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, ces exemples tendent à être appliqués de façon subjective, selon la diligence dont font preuve les différents jurés avant de pren-

the reasonable doubt standard is a single, objective, and exacting standard of proof.

Before turning to examine the charge to the jury in the present appeal, I would like to emphasize that in *Lifchus* and *Bisson*, we set out to improve the existing standard for instructions on reasonable doubt. This was not intended to suggest that a new trial is warranted for all previous convictions obtained following jury charges that were not in strict compliance with every aspect of *Lifchus* and *Bisson*. To the contrary, as Cory J. made clear in *Lifchus*, *supra*, at para. 40, there is no "magic incantation". A court reviewing a pre-*Lifchus* jury charge must examine it to make sure that it was in substantial compliance with the principles set out in that case.

(2) Inadequacy of the Reasonable Doubt Charge in This Case

It should be pointed out that the trial judge in the present appeal, like the trial judge in *Bisson*, *supra*, gave his charge to the jury without the benefit of the decision of this Court in *Lifchus*. However, I agree with Twaddle J.A. that the reasonable doubt instruction given in this case falls prey to many of the same difficulties outlined in *Lifchus*, and likely misled the jury as to the content of the criminal standard of proof. For ease of reference, I will set out again the relevant portion of the charge in this case:

It is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the burden of proof on the Crown is only to prove the guilt of the accused beyond reasonable doubt. What, then, is proof beyond a reasonable doubt?

The words "reasonable doubt" are used in their everyday, ordinary sense and not as a legal term having some special connotation. The words have no magic meaning

dre des décisions dans leur vie de tous les jours, tandis que la norme du doute raisonnable est une seule norme de preuve objective et stricte.

Avant d'aborder l'examen de l'exposé qui a été fait au jury en l'espèce, j'aimerais souligner que, dans les arrêts *Lifchus* et *Bisson*, nous avons cherché à améliorer la norme existante en matière de directives sur le doute raisonnable. Nous ne voulions pas laisser entendre que la tenue d'un nouveau procès serait justifiée pour toutes les déclarations de culpabilité antérieures prononcées à la suite d'exposés au jury qui n'étaient pas en tous points conformes aux arrêts *Lifchus* et *Bisson*. Au contraire, comme le juge Cory l'a dit clairement dans l'arrêt *Lifchus*, précité, au par. 40, il n'y a pas de «formule magique». La cour qui examine un exposé au jury antérieur à l'arrêt *Lifchus* doit le faire dans le but de s'assurer qu'il était conforme, pour l'essentiel, aux principes établis dans cet arrêt.

(2) Le caractère insuffisant de l'exposé sur le doute raisonnable en l'espèce

Il y a lieu de souligner que, dans la présente affaire comme dans l'affaire *Bisson*, précitée, le juge du procès a fait son exposé au jury sans bénéficier de l'arrêt *Lifchus* de notre Cour. Je suis cependant d'accord avec le juge Twaddle pour dire que la directive sur le doute raisonnable qui a été donnée en l'espèce pose, dans une large mesure, les mêmes difficultés que celles exposées dans l'arrêt *Lifchus* et qu'elle a probablement induit le jury en erreur quant au contenu de la norme de preuve applicable en matière criminelle. Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau la partie pertinente de l'exposé qui a été fait en l'espèce:

[TRADUCTION] Il est rarement possible d'établir quelque chose avec une certitude absolue, de sorte que le ministère public n'a qu'à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. En quoi consiste donc la preuve hors de tout doute raisonnable?

L'expression «doute raisonnable» est utilisée dans son sens ordinaire de tous les jours et non pas en tant qu'expression juridique ayant une connotation particu-

237

238

that is peculiar to the law. A reasonable doubt is an honest, fair doubt, based upon reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous one resting on speculation or guess rather than upon the evidence you heard in this courtroom.

So you can see, the words "reasonable doubt" are ordinary words we use in our everyday language. So if you can say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has met the onus upon it. If you cannot say those words — if you cannot say, I am satisfied beyond a reasonable doubt, the Crown has not met the onus on it, and the accused is entitled to have your doubt resolved in his favour.

239 The key difficulty with this instruction is that it was not made clear to the jury that the Crown was required to do more than prove the appellant's guilt on a balance of probabilities. The trial judge told the jury that they could convict on the basis of something less than absolute certainty of guilt, but did not explain, in essence, how much less. In addition, rather than telling the jury that the words "reasonable doubt" have a specific meaning in the legal context, the trial judge expressly instructed the jury that the words have no "special connotation" and "no magic meaning that is peculiar to the law". By asserting that absolute certainty was not required, and then linking the standard of proof to the "ordinary everyday" meaning of the words "reasonable doubt", the trial judge could easily have been understood by the jury as asserting a probability standard as the applicable standard of proof.

240 The trial judge did comply with some of the requirements discussed in *Lifchus*, *supra*. He explained that a reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt resting on speculation or guess, and that a reasonable doubt is a real doubt based on reason and common sense upon a review of the evidence. He also explained, as mentioned, that the standard of proof beyond a reasonable

lière. Cette expression n'a aucun sens magique propre au droit. Un doute raisonnable est un doute sincère et légitime qui est fondé sur la raison et le bon sens. C'est un doute réel et non pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions plutôt que sur les témoignages que vous avez entendus dans cette salle d'audience.

Vous pouvez ainsi constater que les mots «doute raisonnable» sont des mots ordinaires que nous utilisons dans la vie de tous les jours. Donc, si vous pouvez dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait. Si vous ne pouvez pas prononcer ces mots — si vous ne pouvez pas dire «je suis convaincu hors de tout doute raisonnable», le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait et l'accusé a le droit de profiter de votre doute.

Le problème fondamental que pose cette directive est qu'on n'a pas indiqué clairement au jury que le ministère public était tenu de faire plus qu'établir la culpabilité de l'appelant selon la prépondérance des probabilités. Le juge du procès a dit au jury qu'il pourrait prononcer une déclaration de culpabilité en fonction d'une norme de preuve moindre que la certitude absolue de culpabilité, sans pour autant expliquer essentiellement jusqu'à quel point elle pourrait être inférieure à cette dernière norme. En outre, au lieu de dire au jury que les mots «doute raisonnable» ont un sens particulier dans le contexte juridique, le juge du procès lui a expressément dit que ces mots n'avaient aucune [TRADUCTION] «connotation particulière» ni «aucun sens magique propre au droit». Lorsque le juge du procès a affirmé que la certitude absolue n'était pas requise et qu'il a ensuite lié la norme de preuve au sens «ordinaire de tous les jours» de l'expression «doute raisonnable», le jury aurait pu facilement comprendre qu'il disait qu'une norme de probabilité était la norme de preuve applicable.

Le juge du procès a respecté certaines exigences analysées dans l'arrêt *Lifchus*, précité. Il a expliqué qu'un doute raisonnable n'est pas un doute imaginaire ou frivole qui repose sur des conjectures ou des suppositions, et qu'un doute raisonnable est un doute réel fondé sur la raison et sur le bon sens, que suscite l'examen de la preuve. Il a également expliqué, comme nous l'avons vu, que la norme de

doubt does not involve proof to an absolute certainty. However, the trial judge's adherence to these requirements would have benefited primarily the Crown, not the appellant.

In the present case, the trial judge did refer to the Crown's onus and to the presumption of innocence, and he stated that the appellant should receive the benefit of any reasonable doubt. The error in the charge is that the jury was not told how a reasonable doubt is to be defined. As was emphasized repeatedly in *Lifchus* and again in *Bisson*, a jury must be instructed that the standard of proof in a criminal trial is higher than the probability standard used in making everyday decisions and in civil trials. Indeed, it is this very requirement to go beyond probability that meshes the standard of proof in criminal cases with the presumption of innocence and the Crown's onus. However, as Cory J. explained in these earlier decisions, it is generally inappropriate to define the meaning of the term "reasonable doubt" through examples from daily life, through the use of synonyms, or through analogy to moral choices. The criminal standard of proof has a special significance unique to the legal process. It is an exacting standard of proof rarely encountered in everyday life, and there is no universally intelligible illustration of the concept, such as the scales of justice with respect to the balance of probabilities standard. Unlike absolute certainty or the balance of probabilities, reasonable doubt is not an easily quantifiable standard. It cannot be measured or described by analogy. It must be explained. However, precisely because it is not quantifiable, it is difficult to explain.

In my view, an effective way to define the reasonable doubt standard for a jury is to explain that it falls much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities. As stated in *Lifchus*, a trial judge is required to explain that something less than absolute certainty is required,

preuve hors de tout doute raisonnable n'implique pas une preuve correspondant à la certitude absolue. Toutefois, le respect de ces exigences par le juge du procès aurait surtout profité au ministère public, et non pas à l'appellant.

Dans la présente affaire, le juge du procès a mentionné l'obligation du ministère public et la présomption d'innocence, et il a dit que l'appellant devait bénéficier de tout doute raisonnable. L'erreur de l'exposé provient du fait que le jury n'a pas été informé de la définition à donner au doute raisonnable. Comme on l'a souligné à maintes reprises dans *Lifchus*, puis de nouveau dans *Bisson*, il faut dire au jury que la norme de preuve applicable dans un procès criminel est plus élevée que la norme de la prépondérance des probabilités qui est utilisée dans les décisions de tous les jours et dans les procès civils. En fait, c'est précisément cette exigence d'aller au-delà de la probabilité qui fait concorder la norme de preuve en matière criminelle avec la présomption d'innocence et l'obligation du ministère public. Cependant, comme le juge Cory l'a expliqué dans ces arrêts antérieurs, il est généralement inopportun de définir l'expression «doute raisonnable» au moyen d'exemples tirés de la vie quotidienne, de l'utilisation de synonymes ou d'une analogie avec des choix moraux. La norme de preuve en matière criminelle a un sens particulier qui est propre au processus judiciaire. C'est une norme de preuve stricte qui se voit rarement dans la vie de tous les jours, et il n'y a aucun exemple de cette notion qui soit intelligible à tous, comme la balance de la justice relativement à la norme de la prépondérance des probabilités. Contrairement à la certitude absolue ou à la prépondérance des probabilités, le doute raisonnable n'est pas une norme facile à quantifier. Il ne peut être ni mesuré ni décrit par analogie. Il doit être expliqué. Toutefois, il est difficile à expliquer justement parce qu'il n'est pas quantifiable.

J'estime qu'une manière efficace de définir la norme du doute raisonnable à un jury consiste à expliquer qu'elle se rapproche davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Comme l'arrêt *Lifchus* l'a précisé, le juge du procès est tenu d'expliquer qu'il

241

242

and that something more than probable guilt is required, in order for the jury to convict. Both of these alternative standards are fairly and easily comprehensible. It will be of great assistance for a jury if the trial judge situates the reasonable doubt standard appropriately between these two standards. The additional instructions to the jury set out in *Lifchus* as to the meaning and appropriate manner of determining the existence of a reasonable doubt serve to define the space between absolute certainty and proof beyond a reasonable doubt. In this regard, I am in agreement with Twaddle J.A. in the court below, when he said, at p. 177:

If standards of proof were marked on a measure, proof "beyond reasonable doubt" would lie much closer to "absolute certainty" than to "a balance of probabilities". Just as a judge has a duty to instruct the jury that absolute certainty is not required, he or she has a duty, in my view, to instruct the jury that the criminal standard is more than a probability. The words he or she uses to convey this idea are of no significance, but the idea itself must be conveyed. . . .

243

In the appellant's case, with respect, the trial judge did not give instructions that could be construed as having located the reasonable doubt standard above the probability standard. Not only was the jury not told that something more than probability was required in order to convict, but nearly all of the instructions they were given (i.e., less than absolute certainty required, ordinary everyday words, no special meaning, more than a frivolous doubt required) weakened the content of the reasonable doubt standard in such a manner as to suggest that probability was indeed the requisite standard of proof. In this regard, the reasonable doubt instruction in the appellant's case cannot be meaningfully distinguished from the impugned instructions in *Lifchus* and *Bisson*. The reasonable likelihood that the jury applied the wrong standard of proof raises a realistic possibility that the appellant's convictions constitute a miscarriage of justice. While obviously a mistake in the charge will not always be fatal, at no point did the instructions in this case cure the mistake. The fact that the trial judge repeatedly stated that the prosecution must prove guilt beyond a reasonable doubt is no cure

faut moins que la certitude absolue et plus que la culpabilité probable pour que le jury prononce une déclaration de culpabilité. Ces deux normes subsidiaires se comprennent assez facilement. Il sera très utile au jury que le juge du procès situe la norme du doute raisonnable de la bonne façon entre ces deux normes. Les directives supplémentaires au jury qui ont été énoncées dans *Lifchus*, quant au sens du doute raisonnable et à la façon d'en déterminer l'existence, servent à définir ce qui sépare la certitude absolue de la preuve hors de tout doute raisonnable. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Twaddle de la Cour d'appel lorsqu'il dit, à la p. 177:

[TRADUCTION] Si les normes de preuve étaient inscrites sur un étalon de mesure, la preuve «hors de tout doute raisonnable» se situerait beaucoup plus près de la «certitude absolue» que de la «prépondérance des probabilités». De la même manière que le juge est tenu de dire au jury que la certitude absolue n'est pas requise, il lui incombe, à mon avis, de lui dire que la norme en matière criminelle est plus qu'une probabilité. Les mots qu'il utilise pour transmettre cette idée n'ont pas d'importance, mais l'idée elle-même doit être transmise. . . .

En toute déférence, le juge du procès n'a pas, dans le cas de l'appelant, donné de directives susceptibles d'être interprétées comme ayant situé la norme du doute raisonnable au-dessus de la norme de la probabilité. Non seulement n'a-t-il pas dit au jury qu'il fallait plus qu'une probabilité pour que celui-ci puisse prononcer une déclaration de culpabilité, mais encore presque toutes les directives qui ont été données (c'est-à-dire, moins que la certitude absolue, les mots ordinaires de tous les jours, aucun sens particulier, plus qu'un doute frivole requis) ont affaibli le contenu de la norme du doute raisonnable au point d'indiquer que la probabilité était effectivement la norme de preuve requise. À cet égard, on ne peut pas établir de distinction utile entre la directive portant sur le doute raisonnable dans le cas de l'appelant et les directives contestées dans les affaires *Lifchus* et *Bisson*. La probabilité raisonnable que le jury ait appliqué la mauvaise norme de preuve soulève une possibilité réaliste que les déclarations de culpabilité de l'appelant constituent une erreur judiciaire. Même s'il est évident qu'une erreur dans l'exposé n'est pas toujours fatale, les directives données en l'espèce

given his failure to ever define reasonable doubt correctly. To hold otherwise would eviscerate the holdings of *Lifchus* and *Bisson*. I reach this finding notwithstanding the fact that, like the jury charge in *Lifchus* when read as a whole, the jury charge in the present case was largely a model of fairness to the accused. The fact that other elements of the charge were fair to the accused cannot eliminate the prejudice caused by the improper instructions. Thus I conclude that there was not substantial compliance with the *Lifchus* principles. I would therefore allow the appeal on this ground as well.

n'ont, à aucun moment, remédié à l'erreur commise. Le fait que le juge du procès a affirmé à maintes reprises que la poursuite doit établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable ne remédie à rien en raison de son omission de définir correctement le doute raisonnable. Conclure le contraire dépouillerait de tout leur sens les décisions rendues dans *Lifchus* et *Bisson*. Je tire cette conclusion en dépit du fait que, à l'instar de l'ensemble de l'exposé au jury dans *Lifchus*, l'exposé au jury en l'espèce était dans une large mesure un modèle d'équité pour l'accusé. Le fait que d'autres éléments de l'exposé aient été équitables pour l'accusé ne saurait éliminer le préjudice causé par les directives inappropriées. Je conclus donc que, pour l'essentiel, les principes établis dans l'arrêt *Lifchus* n'ont pas été respectés. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif également.

I note that, appropriately, the respondent has not seriously attempted to apply the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Je souligne que l'intimée a eu raison de ne pas tenter sérieusement d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

244

VI. Disposition

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and a new trial is directed.

Appeal allowed and new trial ordered, McLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Bernard Laprade, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

VI. Dispositif

The pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge en chef McLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Bernard Laprade, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

245

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

TAB

5

Court of Queen's Bench of Alberta

Citation: Twinn v Sawridge Band, 2017 ABQB 366

Date: 20170607
Docket: 1103 09493
Registry: Edmonton

2017 ABQB 366 (CanLII)

Between:

Catherine Twinn

Applicant

- and -

Sawridge Band

Respondent

**Reasons for Decision
of the
Honourable Madam Justice Dawn Pentelchuk**

I. Introduction

[1] This matter comes before me by way of a Reference from Review Officer Dennis Pawlowski under Rule 10.18 of the *Alberta Rules of Court*. Catherine Twinn [Ms. Twinn] is a barrister and solicitor in Alberta. On June 10, 2011, she filed an application before a Master in Chambers to permit a review of 14 accounts she had issued to the Sawridge Band, now Sawridge First Nation [Sawridge].

[2] These accounts were part of a retainer dating back to the mid 1980's, involving constitutional and *Charter* challenges to Bill C-31, which proposed amendments to membership under the *Indian Act*, RSC 1985, c I-5 [*Indian Act*]. Between 1999 and 2009, Ms. Twinn billed Sawridge in excess of \$5 million on this file. The disputed accounts were issued between October 31, 2005 and October 19, 2009, and total \$213,959.29. Sawridge argues the subject of these accounts did not form part of Ms. Twinn's retainer, are barred under the *Limitations Act*, RSA 2000 CL-12 [*Limitations Act*], and are excessive in any event.

[3] On June 10, 2011, Ms. Twinn filed an Appointment for Review of the disputed accounts.

[4] On July 6, 2011, an order was granted in Master's Chambers permitting review of the accounts.

[5] The review was originally scheduled for July 13 and 14, 2011. The parties appeared before Review Officer J.A.B. Christensen. Mr. Christensen suggested that a Reference to the Court might be required. Ultimately, the review was adjourned pending the appeal by Sawridge of the Master's Order.

[6] The appeal was heard on November 15, 2011, and dismissed by Browne, J with reasons reported at *Twinn v Sawridge Band*, 2012 ABQB 44, 531 AR 158. She held that the *Alberta Rules of Court*, r 10.10(2) (which has since been amended) did not apply to lawyer-initiated reviews. Ms. Twinn's application to permit review was "perhaps wise, but not necessary": at para 62. Browne J held the quantum of the accounts should be decided first, and liability decided by Reference to a Justice of the Court of Queen's Bench.

[7] In September 2015, the parties appeared before Review Officer Dennis Pawlowski. The review did not proceed in order to allow for determination of the following issues outlined in his Reference:

1. Did Sawridge Band expressly, impliedly, orally or [in] writing, enter into any agreement with Catherine Twinn to provide the services that are claimed to have been provided by her and, if so, what was the nature and scope of the agreement or agreements?
2. Are any of Catherine Twinn's claims for legal costs barred by the *Limitations Act* (Alberta)?
3. Is Sawridge Band estopped, in any way, from contesting its liability with respect to any of the statements of account in question?

[8] The evidence in the application before me consists of the following:

1. Affidavit of Catherine Twinn, sworn June 8, 2011;
2. Transcript of Questioning on the Affidavit of Catherine Twinn on July 11, 2011;
3. Exhibits and Answers to Undertakings arising from Questioning on the Affidavit of Catherine Twinn;
4. Affidavit of Roland Twinn, Chief of Sawridge, sworn October 4, 2011;
5. Transcript of Questioning on Affidavit of Roland Twinn on November 2, 2011; and
6. Exhibits and Answers to Undertakings arising from Questioning on the Affidavit of Roland Twinn.

II. Background Facts

[9] Ms. Twinn was admitted to the Law Society of Alberta in 1980, practiced law in various locations in Alberta, and in 1983, opened an office in Edmonton [Lancaster House or Data Room].

[10] Ms. Twinn entered into a retainer agreement dated April 13, 1984 with the Lesser Slave Lake Indian Regional Council and other parts of Treaty 8, signed by Chief Walter Twinn, in his capacity as President [Retainer Agreement]. Ms. Twinn says this Retainer Agreement governs her retainer with Sawridge. It is agreed that Sawridge is part of Treaty 8.

[11] Ms. Twinn married Chief Walter Twinn in November 1984. Walter Twinn died on October 30, 1997. His son, Roland Twinn, was elected as a member of the Sawridge Band Council in September 1997, and in February 2003, became Chief of the Sawridge Band.

[12] The parties agree that the 1984 Retainer Agreement pertained to Bill C-47, which proposed various amendments to the *Indian Act*. This Bill died following the federal election in 1984.

[13] In 1985, Bill C-31 was tabled. Ms. Twinn acted primarily as “instructing solicitor” in a lawsuit commenced in 1986 in the Federal Court by numerous Indian Bands. The lawsuit involved lengthy *Charter* and constitutional challenges to Bill C-31.

[14] The first 79-day trial in Federal Court began in September 1993. Six Bands were named as plaintiffs, including Sawridge. The lawsuit was dismissed, but the plaintiff Bands successfully appealed to the Federal Court of Appeal in 1997. A new trial was ordered based on reasonable apprehension of bias on the part of the trial judge.

[15] The second trial was originally scheduled to commence in January 2005 but did not commence until January 2007. By this point, only two plaintiff Bands remained: Sawridge and Tsuu T’ina First Nation. While the date is not clear on the evidence, Sawridge agreed at some point to cover legal fees on behalf of Tsuu T’ina First Nation.

[16] Throughout these proceedings, the Twinn Law firm was one of the Counsel of Record on behalf of the plaintiffs. Lead counsel at that time was Philip Healey of Aird & Berlis LLP in Toronto.

[17] The claim was extensively case managed. In the course of the second trial, the plaintiffs made a number of controversial and unsuccessful applications, resulting in a cost award against the plaintiff Bands of approximately \$1.8 million for their misconduct. The reasons for the costs award are reported at *Sawridge First Nation v Canada*, 2008 FC 267, 320 FTR 166, aff’d 2009 FCA 123, leave to appeal to SCC refused, [2009] SCCA No 248.

[18] In early 2008, the plaintiff Bands advised the Court they were closing their case, would not be calling any further evidence and, based on the pre-trial rulings, would be appealing to the Federal Court of Appeal. The action was dismissed with reasons reported at *Sawridge Band v Canada*, 2008 FC 322, 319 FTR 217.

[19] The plaintiffs’ appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed on April 21, 2009: *Sawridge First Nation v Canada*, 2009 FCA 123, 391 NR 375. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was denied on December 10, 2009: *Sawridge Band v R*, [2009] SCCA No 248, 403 NR 393.

[20] With that background, I will now turn to an analysis of the issues outlined in the Reference.

1. What was the nature and terms of the retainer agreement between the parties?

a) Does the April 13, 1984 Retainer Agreement govern the parties?

[21] Ms. Twinn argues that the agreement signed April 13, 1984 governs the retainer between the parties and applies to the disputed accounts.

[22] The agreement pertains to "Proposed Membership Amendments To The Indian Act." Ms. Twinn was authorized to "conduct all matters and negotiations required under this retainer and to take any legal steps which may be necessary or desirable in Counsel's sole opinion to protect the Client's interests...." and to retain other counsel as she deemed essential.

[23] As indicated earlier, the agreement was signed by Chief Walter Twinn in his capacity as President of the Lesser SI Slave Lake Indian Regional Council and other parts of Treaty 8. There is no evidence as to the legal status of the Lesser SI Slave Lake Indian Regional Council or which entities formed Treaty 8 in 1984, although it is agreed that Sawridge was, and continues to be, part of Treaty 8. Nor is there other evidence of whether the six Bands that originally filed the lawsuit in 1986 formed part of Treaty 8.

[24] It is agreed that the 1984 Retainer Agreement was executed when the proposed legislation was Bill C-47. However, the lawsuits challenged the subsequently tabled Bill C-31. I heard no evidence as to the degree of similarity between the two bills.

[25] There is no evidence that the parties took formal steps to end the Retainer Agreement, either before or after Chief Walter Twinn's passing. No further written retainer agreement was ever executed nor is there evidence before me of any written amendments to this Retainer Agreement.

[26] The legal fees outlined in the 1984 Retainer Agreement (\$250 per day) increased over time, to \$270 per hour, and Ms. Twinn billed not only for the services she provided personally, but for various staff of Twinn Law firm.

[27] In a broad sense, proposed amendments to membership under the *Indian Act* were the subject of both the Retainer Agreement and the ensuing litigation, but over time, the fundamental terms of the 1984 Retainer Agreement changed. The legal entity that signed the Retainer Agreement (i.e. the Lesser SI Slave Lake Indian Regional Council) is a different legal entity than Sawridge. The basis of billing not only increased, but changed from a daily flat rate to an hourly rate. Further, in reading the terms of the agreement, it cannot be said that the full scope of this protracted litigation was contemplated. The agreement speaks of negotiation and specifically allows for possible withdrawal of counsel if an application to the court is required.

[28] Consequently, I conclude that the Retainer Agreement has no application and does not inform the Review Officer's assessment of the accounts in question.

[29] Notwithstanding my conclusion that the 1984 Retainer Agreement does not apply to the parties, there is no question that Ms. Twinn had a form of retainer agreement with Sawridge.

b) *What was the scope of the retainer and did it cover the subject of the disputed accounts?*

[30] The determination of the type of retainer governing the parties and the terms of that agreement is largely a question of fact. In the case of an oral retainer, the onus is on the solicitor to prove its terms and the client's version is more likely to be accepted if the terms of the retainer have not been reduced to writing: *Davis & Company v Jiwan*, 2006 BCSC 658 at para 73, 2006 CarswellBC 1094; *Peterson, Ross v Kirwood*, [1984] AJ No 863 at para 71, 52 AR 284.

[31] Here, the analysis is hampered by limited and rather vague evidence on the part of Ms. Twinn as well as the absence of evidence from Sawridge on the terms of the retainer. The Questioning of Roland Twinn was focused on Ms. Twinn's handling of the case and other issues not before me in this Reference.

[32] Ms. Twinn's evidence is that her primary role was to act as "instructing solicitor" for the other firms engaged in representing the plaintiff Bands. She was the lawyer primarily responsible for assembling the legal team, locating and documenting evidence as well as marshalling witnesses, including expert witnesses. She deposed she was heavily involved in managing legal and other research.

[33] The scope of Ms. Twinn's retainer was also addressed in her correspondence of October 2005 to the Chiefs of the two plaintiff Bands. She advised that Twinn Law would continue as Solicitor of Record and would be involved in all aspects of the case, including strategy, research and preparation for interlocutory motions and trial. Ms. Twinn would also lead evidence at trial.¹

[34] Ms. Twinn was also described as "the conduit" through which the various legal counsel on the file were provided with the clients' instructions.

[35] The parties agree that the determination of whether or not the subject matter of the disputed accounts fell within the terms of Ms. Twinn's retainer is an issue properly before me.

[36] The accounts in question involve fees and expenses charged for the following:

- i. Attendance at a UN Expert Conference in Arizona in October 2005;
- ii. Set up of Lancaster House (also referred to as Data Room start-up) between June and August 2003;
- iii. Data Room shutdown and creation of the "DML index" between February 2003 and February 2004.

i. UN Expert Conference

[37] In October 2005, Ms. Twinn travelled to Arizona to meet with Willie Littlechild and attend a UN Expert Conference. She billed Sawridge for 34 hours of her time plus expenses totalling \$9,870.15. Ms. Twinn felt attendance at this Conference was part of her duties in connection with Bill C-31. She admits she did not obtain approval from Sawridge to attend the Conference at its expense.

¹ Exhibit A1, Tab 16 from Questioning on Affidavit of Catherine May Twinn on July 11, 2011.

[38] After she issued the account dated October 31, 2005, Sawridge refused to pay, stating this trip had not been approved.

[39] The limited evidence before me does not establish that attendance at this seminar was part of her retainer and, as will be explained later in these reasons, is now barred under the *Limitations Act*, in any event.

ii. Lancaster House/Data Room set-up

[40] In 2003, to facilitate the litigation, Ms. Twinn set up a second office in Edmonton, and staff from her Lac La Biche office began working in Edmonton.

[41] Ms. Twinn recorded time spent between February 2003 and February 2004 (\$54,735) and expenses incurred between June and August 2003 (\$27,204.26) in relation to the Data Room set-up. She did not prepare an account until May 31, 2009, after Sawridge had terminated her retainer. She first presented this account to Sawridge at a "without prejudice" meeting regarding her outstanding accounts, which occurred sometime in October 2009.

[42] Following this meeting, Ms. Twinn reduced her account for these services by 30%, from \$81,939.26 to \$60,943.26. She made hand written changes on the May 31, 2009 account and sent it along with a number of other accounts to Sawridge, on November 20, 2009.

[43] Ms. Twinn suggests the Data Room was established to support the second trial. As Sawridge had agreed to pay for an office for the first trial, this formed part of her understanding that the office set-up for the second trial would also be covered.

[44] Ms. Twinn's evidence is that this office provided a workspace in Edmonton for lead counsel (based in Toronto), a space to meet and interview witnesses, and a space to store trial production. In July 2005, Edward H. Molstad, QC of Parlee McLaws became Counsel of Record, replacing Phillip Healey.

[45] When Questioned on why these expenses were not billed until 2009, Ms. Twinn answered:

Well, there were discussions with Mr. McKinney and -- which also included discussions with my legal counsel; there were discussions with myself, my accountant with them, with Mr. McKinney and this was a matter that was not resolved.²

[46] When asked again why these expenses were not included in her June 2003 account, she answered:

Well, I wanted to have the conversation with the client about the cost of this office that had to be set up, and Samson in their litigation had to set up an office to support the litigation. They retained Terry Munroe and they paid for all the costs associated with that. In the first trial Sawridge also set up an office to support the trial process.

² Questioning on Affidavit of Catherine May Twinn on July 11, 2011 starting on page 56, line 17.

So I was expecting that we would reach some resolution that would be reasonable.³

[47] Ms. Twinn admits that Sawridge never expressly told her that the time and expenses she incurred in the office set up would be paid, but suggests that based on discussions with Michael McKinney, General Counsel to Sawridge, and Bertha L'Hirondelle, then Chief of Sawridge, she "was left with the clear understanding" these expenses would be covered, because Sawridge recognized the need for the office in Edmonton, and she did what was needed to fulfill her professional obligations.

[48] In his letter of April 22, 2010, Mr. McKinney addressed these charges:

DATA ROOM

We note that \$60,943.26 was added to the May 2009 invoice in relation to Data Room start up. We believe that these items and amounts had been the subject of earlier discussions. We have previously advised you of our concerns with respect to these amounts, including the fact that some of these costs are office costs which would normally be incurred by legal counsel on their own account, the fact that the Band may have reduced or avoided these amounts had it been consulted and involved in the set up of the Data Room at a later time, the fact that some of the time included appears to be for the move of your office from the Band Administration building to your residence, the set up of an office at Enoch and the set up of an office at Hobbema and the fact that some of this work was charged at legal rates when it could have been done by others at non-legal rates. These issues have not been addressed.

[49] Was this expense an implied term of the retainer?

[50] In 2003, lead counsel was based in Toronto. It is logical that Ms. Twinn, as the coordinator and conduit of this litigation, would need space in Edmonton to support the trial. The issue is not whether an Edmonton office was logically required, but whether the resulting expense in establishing it was part of the retainer such that the client is responsible for it.

[51] The record before me does not suggest the monthly costs for leasing the space were charged to Sawridge.

[52] While it is entirely possible for a client to negotiate such an expense as part of his or her retainer, in this instance, nothing was reduced to writing and the evidence supporting Ms. Twinn's "clear understanding" (that the expenses would be covered) is scant. In the absence of an express agreement, would the client expect to absorb this expense as an incidental part of its retainer, or would it expect that this expense is part and parcel of a lawyer doing business?

[53] It is certainly conceivable that a lawyer may spend significant time and money setting up, or adapting their practice in order to serve their client. Absent an express agreement, it does not follow that time and money incurred with administrative functions should be the responsibility of the client. For instance, it cannot be said that a lawyer's time spent in hiring a legal assistant or buying a photocopier, or researching and learning new software programs, is an incidental part of a lawyer's retainer, even if those steps are driven by the retainer.

³ *Ibid*, page 56, line 27 to page 57, line 10.

[54] Further, Ms. Twinn's actions disaffirmed her assertion that she understood these expenses would be covered. From inception, she billed her time and disbursements regarding the Data Room to a different file, and never actually sent the account until her retainer ended, some six years later.

[55] While the concept of an Edmonton office or "war room" seems entirely logical given the scope of this litigation, I am unable to imply a term of this retainer that Sawridge was responsible not only for Ms. Twinn's disbursements in setting up the office, but significant professional time too. Accordingly, these accounts will not be before the Review Officer.

iii. Office shutdown and DML (June 2008 – September 2008)

[56] Sometime in early 2008, after the second trial was dismissed, Ms. Twinn wrote to Mr. McKinney and requested a meeting to discuss facilitating the intervention and winding down of the Data Room. Ms. Twinn requested that her counsel, Mr. Kalief, Q.C. be present at the meeting.

[57] Ms. Twinn suggested that the file contents (685 boxes) be put in a storage container and placed on the Sawridge First Nation. Sawridge did not approve this request.

[58] The evidence suggests that all producible documents in the litigation had been scanned through "Summation" software and stored on the Parlee McLaws server.

[59] Nonetheless, Ms. Twinn felt it was necessary to organize the 685 boxes of material in order to retrieve hard copies in the event the appeal was successful. She instructed her staff to create a "detailed DML index" or database to accomplish this objective, and billed Sawridge \$86,028.07. Although there were negligible disbursements associated with this, the account was almost entirely comprised of Ms. Twinn's staff's time, billed at between \$45 and \$60 per hour.

[60] Ms. Twinn believed preparing the file for storage was part of her retainer, but admits she did not receive instructions from Sawridge to create this data base. She deposed she was trying to have discussions with Mr. McKinney but it was a busy time. She did not advise Sawridge of the cost, as she did not know what the cost would be.

[61] In his April 22, 2010 letter, Mr. McKinney questions both the rate and total time charged, but does not dispute liability for these office shutdown expenses or suggest that the expenses were beyond the scope of the retainer. I conclude that these expenses regarding the office shutdown are properly before the Review Officer.

2. Are the claims barred by the *Limitations Act*?

[62] I have determined that the accounts relating to the attendance at the UN Expert Conference and the Data Room start-up did not form part of Ms. Twinn's retainer. Nonetheless, if I am incorrect in this conclusion, I will consider whether any of the accounts are barred by the *Limitations Act*. In order to make this determination, it is necessary to first determine the nature of the retainer agreement between the parties.

[63] In this case, I am satisfied that the retainer between Ms. Twinn and Sawridge was a continual one, as defined by Rooke ACJ in *Samson Cree Nation v O'Reilly & Associés*, 2013

ABQB 350 at paras 29, 67, 564 AR 169, aff'd 2014 ABCA 268, that is, where legal counsel start to act and continue to act until the final appeal, or otherwise instructed.

[64] Clearly in this retainer, Ms. Twinn issued periodic accounts, usually on a monthly basis. Under a continual retainer, counsel and the client may agree to interim or provisional accounts pending the final account, or a series of final accounts.

[65] Whether Ms. Twinn's periodic accounts were interim or final is critical, as this determination informs when the limitation period starts to run.

[66] Ms. Twinn argues that the periodic accounts issued were interim and as a result, the limitation period did not start to run until her final account was rendered at the end of the retainer (November 20, 2009).

[67] Ms. Twinn's Appointment for Review of the disputed accounts is a claim for a remedial order and subject to the two year limitation period in the *Limitations Act: Samson Cree Nation v O'Reilly & Associés*, 2014 ABCA 268 at para 169, 580 AR 181. The Appointment for Review stops the two year limitation period from running.

[68] Ms. Twinn filed her Application for Review of the accounts on June 10, 2011, within two years of the date of her last account. Therefore, she argues, the *Limitations Act* does not preclude review of any of her accounts.

[69] Sawridge argues the periodic accounts issued were each final accounts, and therefore, many of the accounts were issued more than two years prior to the Application for Review filed June 10, 2011, and are now barred under the *Limitations Act*.

[70] In *Samson Cree*, Rooke ACJ provides a helpful distinction between periodic *interim* and periodic *final* accounts (at paras 45-46):

Periodic accounts may be interim or final. An interim account is one that is not final, but is issued pending a final account, and may be changed directly at any future time or in the end result between the time it is issued and the final account. It is thus customary that interim accounts are not the subject of taxation individually, but rather only the final account. When the final account is taxed, all the interim accounts issued leading to the final account are taxable.

Final accounts are ones that conclude all truly interim or provisional accounts before them (in which case, as noted, all the interim accounts are part of that taxation), or are final and taxable in themselves, with no regard to other accounts.

[71] Ms. Twinn issued in excess of 137 accounts in the course of this retainer. Were these accounts periodic interim or periodic final?

[72] In *Samson Cree*, Rooke AJC undertook a comprehensive review of the authorities in determining whether a periodic account is interim or final. Those authorities were succinctly summarized in the later decision of Brown, J (as he then was) in *Lewis Estates Communities Inc v Brownlee LLP*, 2013 ABQB 508 at para 42, 2013 CarswellAlta 1704 [*Lewis Estates*]:

Taken together, these authorities have focussed on whether the lawyer and the client considered each of the accounts in question to be the lawyer's final account for the work recorded. And, in determining with regard to the dealings of the parties and the circumstances whether the parties intended that each account

would be final, they establish that a periodic account is likely to be considered final [where] the parties understand that the lawyer's charges will be based upon hours spent and the lawyers' billable rates, and that the charges will not be adjusted, whether upwards or downwards, upon issuance of a final bill at the conclusion of the matter.

[73] It is not disputed that for the most part, Ms. Twinn issued accounts on a monthly basis and, with the exception of the disputed accounts, were paid by Sawridge.

[74] Ms. Twinn points to Roland Twinn's evidence that Sawridge reserved the right to question and reduce all legal accounts issued, including those of Ms. Twinn, as a factor suggesting the accounts were periodic interim. In my view, it is entirely appropriate (and expected) that Sawridge would develop an internal account review process. Over the course of this litigation, millions of dollars in legal fees were paid to various lawyers, including to Ms. Twinn. Good governance and an internal review of accounts are not determinative of this issue.

[75] There is nothing to suggest that Ms. Twinn's accounts overall, would either increase or decrease depending on the results of the litigation or some other contingency, or that the parties agreed to adjust the accounts up or down at the end of the retainer. Ms. Twinn's accounts included her professional services for a specific period, and were billed according to the time spent at the agreed hourly rates.

[76] Based on the conduct of the parties where each of the monthly accounts that pertained to the professional services rendered by Ms. Twinn were paid as due by Sawridge, I conclude that the periodic accounts issued by Ms. Twinn in the course of this very lengthy retainer are properly characterized as periodic final accounts, and were considered to be so by both Ms. Twinn and Sawridge: *Lewis Estates* at paras 44-46.

[77] As a result, Ms. Twinn had no more than two years from the date of the account, to pursue a remedial order by way of review.

[78] Ms. Twinn concedes that if I find the accounts were periodic final, then her Appointment for Review for the account dated October 31, 2005, in relation to her attendance at the UN Expert Conference, is clearly out of time.

a) The May 31, 2009 Account-Data Room Start-Up

[79] In the course of oral argument, I questioned counsel on whether a limitation issue arose from the fact that the time and expenses relating to Lancaster House/Data Room start-up were incurred between 2003 and 2004, but not billed until 2009. This had not been addressed by the parties in their Briefs, as they were focused on limitation issues arising from the date the account was issued.

[80] Counsel provided further written submissions on this issue on April 28, 2017.

[81] Section 3(1) of the *Limitations Act* provides the limitation period for actions and remedial orders. It states:

Subject to subsections (1.1) and (1.2) and section 11, if a claimant does not seek a remedial order within

- (a) 2 years after the date on which the claimant first knew, or in the circumstances ought to have known,
- (i) that the injury for which the claimant seeks a remedial order had occurred,
 - (ii) that the injury was attributable to conduct of the defendant, and
 - (iii) that the injury, assuming liability on the part of the defendant, warrants bringing a proceeding,
- or
- (b) 10 years after the claim arose, whichever period expires first, the defendant, on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim.

[82] This section must be applied to the facts of any given case, taking into account the circumstances existing, to determine the starting date for a limitation period. A plaintiff is not required to bring a claim until two years after discovery of the three criteria listed in s 3(1)(a): *Gayton v Lacasse*, 2010 ABCA 123 at paras 18-21, 482 AR 179.

[83] The parties agree that the limitation period to bring a claim for services rendered started when Ms. Twinn knew or ought to have known of the injury, that the injury could be attributable to Sawridge and that the injury warranted bringing an action. In the case of agreements, an injury is defined as “non-performance of an obligation”: s 1, *Limitations Act*.

[84] Ms. Twinn argues that she understood, and her reasonable belief was, that she would be paid her time and the expenses incurred in setting up the Data Room. She argues the Court should not assume that she ought to have known “that the Band intended to be dishonest and deceitful with respect to its intention to pay the claim.” She points out there is no evidence to contradict her reasonable belief that the Band, through continued discussions, would agree to pay these costs. Further, she argues, she could not have known Sawridge would refuse to pay until she actually rendered an account. Alternatively, Ms. Twinn argues that Sawridge’s failure to pay did not warrant bringing a proceeding until her retainer was terminated, because the stakes were high in this litigation and jeopardizing the Band’s position by suing over the relatively small cost of the Data Room set-up was not warranted.

[85] Sawridge argues the injury attributable to it occurred when the expense and the work was actually incurred, and Ms. Twinn should have issued invoices in the months the costs were incurred, in keeping with her usual practice.

[86] In the circumstances of this case, it is difficult to accept that Ms. Twinn, a barrister and solicitor, did not know and ought not to have known, that the *Limitations Act* applied to her claim for non-performance of Sawridge’s obligation to pay.

[87] Significantly, in *GJ White Construction Ltd v Palermo* (1999), 2 CPC (5th) 110, 7 CLR (3d) 13 (Ont SCJ) (WL), the evidence before the Court in that case was that the invoice for work done in July and August 1989 was not sent out until December 30, 1994. In light of that circumstance, Nordheimer J commented, at para 20, that it would be improper to use the time when the invoice was *delivered* as the basis for determining when the plaintiff knew, or ought to have known, the material facts giving rise to the cause of action because to “select [the invoice

delivery] date would allow the plaintiff to effectively toll the limitation period for as long as it wished by simply withholding delivery of an invoice.”

[88] Taking Ms. Twinn’s evidence at its highest, she relies on a clear belief or a clear understanding she would be paid. With respect, this cannot delay the commencement of the limitation period. She leads no evidence to suggest that Sawridge waived the limitation period or voluntarily entered into some type of standstill agreement. A plaintiff cannot unilaterally impose a standstill agreement for delaying the preparation of an invoice: *Royal Well Servicing Ltd v Murphy Oil Co*, 2016 ABQB 418 at para 14 (Alta Master) [*Royal Well*].

[89] Nor on these facts, is Ms. Twinn justified in issuing the account only after her retainer had been terminated, in light of her argued significant legal and fiduciary duties to the Band. Given the legal principle that a service provider cannot suspend the limitation period by delaying the issuance of an invoice, Ms. Twinn could have issued the account but delayed her request for payment pending discussions with Sawridge, or she could have negotiated a stand-still agreement on review. She did neither. (See *Royal Well* at para 14; *Hugh Munro Construction Ltd v Moschuk*, 2012 ONCA 109 at para 1, 2012 CarswellOnt 1854).

[90] It is neither fair nor in the interests of justice to issue an account to a client five to six years after the work was done, particularly when the long standing practice was to issue monthly accounts for time and expenses incurred. It is incongruous to permit the lawyer an open-ended period in which to issue an account while imposing on the client, a regulatory limit of six months to review that account: *Alberta Rules of Court*, r 10.10; See also, the Law Society of Alberta, *Code of Conduct*, ch III, 3.6-3, Commentary 2, which stipulates, *inter alia*, that, “[s]ubject to any special agreement with the client, a final account should be rendered within a reasonable time after completion of the services.”

[91] Further, the inordinate delay by Ms. Twinn in issuing the account for the Data Room start-up puts Sawridge at a distinct disadvantage in being able to recall any discussions surrounding the subject matter of the account. It also thwarts the client’s ability to properly budget for and monitor its legal expenses. The modern approach to litigation delay and presumed prejudice, most recently articulated by our Court of Appeal in *Humphreys v Trebillock*, 2017 ABCA 116, 2017 CarswellAlta 647, has, in my view, application to *all* aspects of litigation, including the rendering, enforcement of and challenge to accounts.

[92] Consequently, I conclude that the account of May 31, 2009, relating to the Data Room start-up, was issued too late and the Appointment for Review of that account was filed too late. Therefore, I find that the May 31, 2009 Data Room start-up account is barred by s 3(1)(a) of the *Limitations Act*.

b) The Accounts dated June 30, 2008-October 31, 2008 – Data Room shut-down and Creation of DML Index

[93] The five invoices in question were sent to Sawridge with Ms. Twinn’s letter dated November 20, 2009. Ms. Twinn’s Appointment for Review was filed June 10, 2011, more than two years from the date services were provided and more than two years from the date of the accounts. However, the limitation period may be extended by the application of s 8 of the *Limitations Act*, which extends the limitation period if, during the limitation period, there has been an acknowledgment of or part payment toward the claim.

Does Section 8 of the Limitations Act apply to any of the Disputed Accounts?

[94] Section 8 of the *Limitations Act* reads as follows:

(2) Subject to subsections (3) and (4) and section 9, if a person liable in respect of a claim acknowledges the claim, or makes a part payment in respect of the claim, before the expiration of the limitation period applicable to the claim, the operation of the limitation period begins again at the time of the acknowledgment or part payment.

(3) A claim may be acknowledged only by an admission of the person liable in respect of it that the sum claimed is due and unpaid, but an acknowledgment is effective

(a) whether or not a promise to pay can be implied from it, and

(b) whether or not it is accompanied with a refusal to pay.

(4) When a claim is for the recovery of both a primary sum and interest on it, an acknowledgment of either obligation, or a part payment in respect of either obligation, is an acknowledgment of, or a part payment in respect of, the other obligation.

[95] Ms. Twinn argues there has been both an acknowledgment and part-payment with respect to the accounts, which would serve to extend the limitation periods.

[96] Sawridge, relying on the decision of Verville J in *Dicorp Properties Ltd v Zellers Inc*, 2005 ABQB 399, 381 AR 19, argues that any acknowledgment or part payment must be in relation to the disputed debt or accounts.

[97] In *Dicorp*, the defendant objected to common area expenses assessed by the claimant landlord, raising concerns about the calculation of the common area taxes, but it did not object to the common area expense attributable to a parking lot. Despite making a payment towards those common area expenses it did not question, Verville J concluded that the defendant's correspondence did not constitute an acknowledgement of the common area taxes being claimed.

[98] Graesser J, in *John Barlot Architect Ltd v 973189 Alberta Ltd*, 2008 ABQB 458, 73 CLR (3d) 44, distinguished *Dicorp*, concluding that the decision turned on the specific wording of the defendant's correspondence and that the case did not otherwise provide guidance as to the nature or necessary form an acknowledgment must take to extend a limitation period.

[99] Graesser J held it was not necessary for the acknowledgment to refer to the specific amount of the debt. Citing *Re Heffren*, [1922] 2 WWR 1038, 68 DLR 766 (Man KB), he concluded that an acknowledgment is sufficient if the words either expressly or by implication amount to an unconditional acknowledgment of the debt, but the acknowledgement must be in writing. See also *Nikel Investments Ltd v Gallaher*, 2012 ABQB 276 at paras 22-23, 538 AR 373 (per Manderscheid J).

[100] *John Barlot* involved a claim for outstanding architectural fees in relation to three different projects. Graesser J considered the application of s 8 of the *Limitations Act* in relation to the "Haven Project."

[101] Graesser J reviewed three pieces of correspondence issued by the client. The first was a letter in July 2004 saying “in follow up with our discussions of July 15, 2004, you have advised me that you will prepare the completion certificates for the Haven [Project]. Once these certificates are completed, please contact me so that I can certify the cheque for final payment...”

[102] Then, in early 2005, a settlement meeting took place between the parties. The plaintiff asked the client that the proposal be put in writing. The client made an offer in writing to pay the full amount owing under the “Haven Project” and some amount to another project.

[103] Finally, on April 20, 2005, the client wrote requesting certain schedules be prepared to obtain completion certificates for the various units and that upon completion of the requested schedules, the client would “prepare a certified cheque in the amount of \$87,007.79” being the full amount owing on the “Haven Project.”

[104] In dismissing the related appeal, the Court of Appeal concluded that the July 2004 letter, the February 2005 settlement offer and the April 2005 letter, either alone or in combination, provided ample support for Graesser J’s conclusion that the client had acknowledged the plaintiff’s claim respecting the “Haven Project,” and therefore extended the limitation period, pursuant to s 8: *John Barlot Architect Ltd v 973189 Alberta Ltd*, 2009 ABCA 307 at para 15, 460 AR 393.

[105] In reviewing the authorities provided, the following principles emerge:

- “Claim” is defined in s 8(1) as being an “accrued liquidated pecuniary sum”;
- For the purposes of s 8, an acknowledgement need not refer to the specific amount of the debt;
- The acknowledgement must be in writing; oral promises to pay are not sufficient;
- The words used must expressly or by implication amount to an *unconditional* acknowledgement of the debt;
- The limitation period may be extended by either an acknowledgment or a part payment.

[106] I would add that the analysis is factually driven, and the words used must be assessed in the context of the circumstances existing.

[107] In *Dicorp*, the defendant never acknowledged the claim relating to common area taxes, because its correspondence consistently questioned the calculations. The part payments made were found to be made towards amounts not in dispute. In that case, Verville J, at paras 68-69, commented:

[68] Partial payment, sometimes constituting a form of acknowledgement, may extend a limitation. However, here the Defendant clearly indicated to the Plaintiffs that it would pay only with respect to the separate parking lot, which debt it did not dispute. The Defendant submitted that this was not an acknowledgement of the remainder of the debt.

[69] *Brandon v. Dale*, [1930] 2 D.L.R. 272 (Sask.C.A.) stands for the principle that for a part payment to extend a limitation, it must be made on account of the debt for which the action is brought, and it must appear that the payment was made on account of a greater debt, because unless a payment amounts to an

admission that more is due, it cannot be taken as an admission of a still existing debt. There is nothing in the [*Limitations Act*] which indicates that this principle is no longer applicable. I find that the Defendant's payment was on account of the charges with respect to which it admitted liability, not for any of the disputed debt. The payment did not extend the limitation.

[108] In *John Barlot*, while the correspondence seemed to tie payment to requests that further services be provided, the defendant nevertheless agreed to pay the entire amount owing.

[109] In the matter before me, Ms. Twinn points to a series of communications from Sawridge as evidencing its acknowledgment of her claims. First, a letter from Roland Twinn, dated September 17, 2009, in response to Ms. Twinn's explanatory letter regarding certain contentious invoices. In this letter, Roland Twinn advised that Sawridge would like to resolve all outstanding accounting matters between Ms. Twinn and Sawridge, and requested that she issue accounts for the period July 2008 to September 2008 so that all issues and concerns could be dealt with at one time.

[110] In response, Ms. Twinn sent a series of accounts under her cover of November 20, 2009. These accounts included new accounts isolating the DML indexing charges as well as accounts for the period July 2008 to September 2008.

[111] Secondly, she relies on Mr. McKinney's letter to her, dated December 1, 2009, advising that Sawridge would be paying \$10,000 per month towards the remaining outstanding balance and that he would be reviewing the invoices recently submitted, and advising of any issues or comments.

[112] Mr. McKinney's comments and concerns were later outlined in his letter of April 22, 2010.

[113] Counsel for Sawridge concedes that part payments were made on three accounts, thus extending the limitation period to allow for review: September 9, 2008 (Inv. 1034.200809), October 31, 2008 (Inv. 1034.200810) and December 31, 2008 (Inv. 1034.200812).

[114] Regarding the balance of the invoices that relate to the Data Room shut down and DML Index, Sawridge argues it did not provide an acknowledgement as contemplated by the *Limitations Act*, s 8, because at the time Sawridge issued the letter of September 17, 2009, it had not received the majority of the accounts in issue, and the balance of the correspondence clearly outlined various concerns as well as questions regarding the accounts issued.

[115] In *Nickel Investments Ltd*, Manderscheid J referenced the Alberta Law Reform Institute's December 1989 Report No 55, *Limitations*, discussing the policy reasons for allowing an extension of the limitation period where there is an acknowledgement of the debt by the debtor:

There are two policy reasons for the common law doctrine of acknowledgement:

1. If a debtor has admitted his indebtedness and his legal duty to pay the debt, he has, by his conduct, renounced his need for the protection afforded by a limitations system. If he has admitted his legal liability, the reasons for limitations protection based on stale evidence, peace and repose, and economic cost are so reduced that a renewed limitation period is justified;

2. The second reason is based on estoppel. If the debtor has promised to pay a debt, the creditor should be permitted to rely on this new promise without bringing an action for a renewed limitation period.

[116] These stated policy reasons are consistent with the established principle that to extend the limitation period, the acknowledgment must be unconditional.

[117] In *Dicorp*, it was clear that the partial payment made by the defendant related only to the debt it did not dispute. In *John Barlot*, the defendant agreed to pay the entire amount owing. Here, the correspondence of September 17, 2009, December 1, 2009 and April 22, 2010 is not clear cut.

[118] The letter of April 22, 2010 provides a detailed outline of questions and concerns regarding various accounts covering the period June 2008 to December 2008 and May 2009 through October 2009. While there is no indication that Sawridge was refusing to pay these accounts outright (as was the case with the charges for attendance at the UN expert seminar) it cannot be said this letter, in isolation or together with the earlier correspondence, viewed contextually, constitutes an unconditional acknowledgment. This is evidenced in the penultimate paragraph of that letter:

“We note that we are still paying \$10,000 per month in respect of the outstanding amounts *which we do not have concerns with...*” (Emphasis added)

[119] With the exception of the three invoices in which part payments were made, referenced earlier, the invoices dated June 30, 2008 (Inv. DML 200806), July 31, 2008 (Inv. DML 200807) and August 31, 2008 (Inv. DML 200808) are barred by the *Limitations Act* as the Appointment for Review was not filed in time and there was no acknowledgement or a part payment extending the limitation period for these invoices.

3. Estoppel

[120] In the alternative, Ms. Twinn argues Sawridge is estopped from relying on the limitation period by reason of representations by Sawridge that it would pay for the costs relating to the Data Room start-up and shut-down that she relied on to her detriment.

[121] Words or conduct, combined with detrimental reliance, may estop a party from relying on the *Limitations Act* as a bar to the claim. The common law doctrine of promissory estoppel continues to operate in conjunction with the *Limitations Act*. Whether the words or conduct constitute a representation and whether that representation was relied on to a party's detriment, are findings of fact: *Brar v Roy*, 2005 ABCA 269 at para 32, 371 AR 290.

[122] The evidence before me does not establish that Sawridge, through its words or conduct, represented that it would pay these costs, nor does it establish that Ms. Twinn relied on these representations to her detriment. The alternative claim of estoppel is dismissed.

III. Conclusion

[123] The account relating to Ms. Twinn's attendance at the UN Expert seminar in Phoenix did not form part of her retainer with Sawridge, and in any event, is barred under the *Limitations Act*.

[124] The accounts relating to the Lancaster House/Data Room start-up did not form part of Ms. Twinn's retainer with Sawridge, and in any event, are barred by the *Limitations Act*.

[125] The accounts relating to the Data Room shut down and DML index constitute an incidental part of Ms. Twinn's retainer, with the exception of the accounts noted below however, the accounts are barred by the *Limitations Act* as the limitation period to enforce these accounts was not extended by virtue of s 8 of the *Limitations Act*.

[126] Therefore the following accounts shall be remitted to a Review Officer for review in accordance with the *Alberta Rules of Court*:

- Invoice 1034.200809 dated September 9, 2008;
- Invoice 1034.200810 dated October 31, 2008;
- Invoice 1034.200812 dated December 31, 2008;
- Invoice 1034.200905 dated June 30, 2009;
- Invoice 1034.200907 dated July 31, 2009;
- Invoice 1034.200909 dated September 9, 2009;
- Invoice 1034.200910 dated October 9, 2009.

Heard on the 24th day of March, 2017.

Dated at the City of Edmonton, Alberta, this 7th day of June, 2017.

Dawn Pentelechuk
J.C.Q.B.A.

Appearances:

Brian P. Kalief, Q.C.
Miller Thomson LLP
for the Applicant

Patty Ko
Bishop & McKenzie LLP
for the Respondent

TAB

6



PARLEE McLAWS^{LLP}
BARRISTERS & SOLICITORS | PATENT & TRADE-MARK AGENTS

19651 E

WATERS' LAW OF TRUSTS IN CANADA

Fourth Edition

By

Editor-in-Chief

Donovan W.M. Waters, Q.C.

M.A., D.C.L. (Oxon.), Ph. D. (London), LL.D. (Hons.) Victoria, McGill, F.R.S.C.
Emeritus Professor, University of Victoria, B.C., of Lincoln's Inn, Barrister at
Law, Counsel, Horne Coupar, Barristers & Solicitors, Victoria, B.C.

Contributing Editors

Mark R. Gillen

B.Comm. (Toronto), M.B.A. (York), LL.B. (Osgoode), LL.M. (Toronto),
Faculty of Law, University of Victoria

Lionel D. Smith

B.Sc., LL.M. (Cantab.), D. Phil., M.A. (Oxon.),
James McGill Professor of Law, McGill University,
of the Bar of Alberta

CARSWELL®

that the payor can use the account for his own benefit during his life; but that on his death, the account shall belong beneficially to another, the volunteer. As Rothstein J. noted, this is not a joint account situation; the payor is the sole account holder throughout. Although the retention of such a high degree of control by the settlor/trustee might cast doubt on whether there was genuinely an intention to create a trust, Rothstein J. noted that U.S. authority has accepted that such trusts can be created.²⁵⁷ There is also Canadian and English authority to similar effect.²⁵⁸ The best analysis of this situation is presumably that the settlor/trustee has a power to encroach on the capital for his own benefit, but the underlying beneficial interest, in default of the exercise of the power, is in the volunteer.²⁵⁹ This interest subsists when, on the payor's death, the legal right to the account falls into the payor's estate. But here, too, as Rothstein J. noted, the creation of this defeasible beneficial interest takes place *inter vivos*, and is not testamentary.²⁶⁰

5. Conclusion

The joint bank account is a popular device, particularly among married people, but increasingly between parents and their children, and it has long been recognized by banking practice. Sheard, Hull and Fitzpatrick felt compelled to warn practitioners in their *Canadian Forms of Wills*²⁶¹ that "such accounts are a prolific source of litigation," and that "with the passing of years the difficulties ... have certainly not decreased." Nor has this concern since declined. Those who open such accounts would do well to make their intentions perfectly clear, as the case law shows that the potential for uncertainty and litigation is vast.

F. Exhaustion or Failure of Express Trust Objects

We come now to the second group of resulting trust situations. A resulting trust will arise when for some reason an express trust fails, and the trustees are left holding the trust property. Clearly the trustees cannot as trustees take the property beneficially, unless this is expressly provided and, so, the question is what they are to do

²⁵⁷ *Pecore*, *supra*, note 244, at para. 52.

²⁵⁸ *Paul v. Constance*, [1977] 1 W.L.R. 527, [1977] 1 All E.R. 195 (Eng. C.A.), in which both payor and volunteer were equally beneficially interested during the joint lives, but the surviving volunteer had the sole beneficial interest in the balance of the account remaining on the death of the payor. For another example of a trust of "whatever remains" after the life of a trustee who also had the power to encroach during her life for her own benefit, involving property other than bank accounts, see *Re Shamas*, 1967 CarswellOnt 111, [1967] 2 O.R. 275 (Ont. C.A.). In *Birmingham v. Renfrew* (1937), 57 C.L.R. 666 (Australia H.C.) the High Court of Australia noted that the trust that binds the survivor in a mutual will situation is often of this kind; see chapter 11, Part II F 3 (d).

²⁵⁹ This was the interpretation in *Re Shamas*, *ibid.*

²⁶⁰ Again, the payor cannot unilaterally revoke the arrangement, even though he has the ability to defeat the volunteer's interest by exercise of the power. A testamentary gift can always be revoked before death (at least outside of the mutual wills context).

²⁶¹ *Sheard, Hull and Fitzpatrick*, at 266.

TAB

7

Court of Queen's Bench of Alberta

Citation: 1985 Sawridge Trust v Alberta (Public Trustee), 2017 ABQB 436

Date: 20170712
Docket: 1103 14112
Registry: Edmonton

In the Matter of the Trustee Act, RSA 2000, c T-8, as amended

**And in the matter of the Sawridge Band, Inter Vivos Settlement, created by
Chief Walter Patrick Twinn, of the Sawridge Indian Band, No. 19, now known
as Sawridge First Nation, on April 15, 1985 (the "1985 Sawridge Trust" or "Trust")**

Between:

Maurice Felix Stoney and His Brothers and Sisters

Applicants

**Roland Twinn, Catherine Twinn, Walter Felix Twin, Bertha L'Hirondelle
and Clara Midbo, As Trustees for the 1985 Sawridge Trust
(the "1985 Sawridge Trustees" or "Trustees")**

Respondents (Original Applicants)

- and -

Public Trustee of Alberta ("OPTG")

Respondent

- and -

**The Sawridge Band
(the "Band" or "SFN")**

Intervenor

**Case Management Decision (Sawridge #6)
of the
Honourable Mr. Justice D.R.G. Thomas**

Table of Contents

I.	Introduction.....	2
II.	Background	3
III.	Preliminary Issue #1 - Who is/are the Applicant or Applicants?.....	4
IV.	Preliminary Issue #2 - The Proposed Sawridge Band Intervention and Motion to Strike Out the Stoney Application.....	4
V.	Positions of the Parties on the Application to be Added	5
	A. Maurice Stoney	5
	B. Sawridge Band	6
	C. 1985 Sawridge Trustees	7
VI.	Analysis.....	7
VII.	Vexatious Litigant Status	10
VIII.	Costs.....	12

I. Introduction

[1] This is a case management decision on an application filed on August 12, 2016 (the "Stoney Application") by Maurice Felix Stoney "and his brothers and sisters" (Billy Stoney, Angeline Stoney, Linda Stoney, Bernie Stoney, Betty Jean Stoney, Gail Stoney, Alma Stoney, and Bryan Stoney) to be added "as beneficiaries to these Trusts". In his written brief of September 28, 2016, Maurice Stoney asks that his legal costs and those of his siblings be paid for by the 1985 Sawridge Trust.

[2] The Stoney Application is opposed by the Trustees and the Sawridge Band, which applied for and has been granted intervenor status on this Application. The Public Trustee of Alberta ("OPTG") did not participate in the Application.

[3] The Stoney Application is denied. Maurice Stoney is a third party attempting to insert himself (and his siblings) into a matter in which he has no legal interest. Further, this Application is a collateral attack which attempts to subvert an unappealed and crystallized judgment of a Canadian court which has already addressed and rejected the Applicant's claims and arguments. This is serious litigation misconduct, which will have costs implications for Maurice Stoney and also potentially for his lawyer Priscilla Kennedy.

II. Background

[4] This Action was commenced by Originating Notice, filed on June 12, 2011, by the 1985 Sawridge Trustees and is sometimes referred to as the "Advice and Direction Application".

[5] The history of the Advice and Direction Application is set out in previous decisions (including the Orders taken out in relation thereto) reported as *1985 Sawridge Trust v Alberta (Public Trustee)*, 2012 ABQB 365, 543 AR 90 ("Sawridge #1"), aff'd 2013 ABCA 226, 543 AR 90 ("Sawridge #2"), *1985 Sawridge Trust v Alberta (Public Trustee)*, 2015 ABQB 799 ("Sawridge #3"), time extension for appeal denied 2016 ABCA 51, 616 AR 176, *1985 Sawridge v Alberta (Public Trustee)*, 2017 ABQB 299 ("Sawridge #4"). A separate motion by three third parties to participate in this litigation was rejected on July 5, 2017, and that decision is reported as *1985 Sawridge Trust v Alberta (Public Trustee)*, 2017 ABQB 377 ("Sawridge #5"), (collectively the "Sawridge Decisions").

[6] Some of the terms used in this decision ("Sawridge #6") are also defined in the various Sawridge Decisions.

[7] I directed that this Application be dealt with in writing and the materials filed include the following:

August 12, 2016	Application by Maurice Felix Stoney and His Brothers and Sisters
September 28, 2016	Written Argument of Maurice Stoney, supported by an Affidavit of Maurice Stoney sworn on May 17, 2016.
September 28, 2016	Written Submission of the Sawridge Band, supported by an Affidavit of Roland Twinn, dated September 21, 2016, for the Sawridge Band to be granted Intervenor status in the Advice and Direction Application in relation to the August 12, 2016 Application, and that the Application be struck out per <i>Rule</i> 3.68.
September 30, 2016	Application by the Sawridge Trustees that Maurice Stoney pay security for costs.
October 27, 2016	Written Response Argument to the Application of Sawridge First Nation filed by Maurice Stoney.
October 31, 2016	The OPTG sent the Court and participants a letter indicating it has "no objection" to the Stoney Application.
October 31, 2016	Trustees' Written Submissions in relation to the Maurice Stoney Application and the proposed Sawridge Band intervention.
October 31, 2016	Sawridge Band Written Submissions responding to the Maurice Stoney Application.
November 14, 2016	Reply argument to Maurice Stoney's Written Response Argument filed by the Sawridge Band.

November 15, 2016

Further Written Response Argument of Maurice Stoney.

III. Preliminary Issue #1 - Who is/are the Applicant or Applicants?

[8] As is apparent from the style of cause in this Application, the manner in which the Applicants have been framed is unusual. They are named as "Maurice Felix Stoney and His Brothers and Sisters". The Application further states that the Applicants are "Maurice Stoney and his 10 living brothers and sisters" (para 1). Para 2 of the Application states the issue to be determined is:

Addition of Maurice Stoney, Billy Stoney, Angeline Stoney, Linda Stoney, Bernie Stoney, Betty Jean Stoney, Gail Stoney Alma Stoney, Alva Stoney and Bryan Stony as beneficiaries of these Trusts.

[9] There is no evidence before me or on the court file that indicates any of these named individuals other than Maurice Stoney has taken steps to involve themselves in this litigation. The "10 living brothers or sisters" are simply named. Maurice Stoney's filings do not include any documents such as affidavits prepared by these individuals, nor has there been an *Alberta Rules of Court*, Alta Reg 124/2010 [the "Rules", or individually a "Rule"] application or appointment of a litigation representative, per *Rules* 2.11-2.21. In fact, aside from Maurice Stoney, the Applicant(s) materials provide no biographical information or records such as birth certificates for any of these additional proposed litigants, other than the year of their birth.

[10] Counsel for Maurice Stoney, Priscilla Kennedy, has not provided or filed any data to show she has been retained by the "10 living brothers or sisters".

[11] Participating in a legal proceeding can have significant adverse effects, such as exposure to awards of costs, findings of contempt, and declarations of vexatious litigant status. Being a litigant creates obligations as well, particularly in light of the positive obligations on litigation actors set by *Rule* 1.2.

[12] In the absence of evidence to the contrary and from this point on, I limit the scope of Maurice Stoney's litigation to him alone and do not involve his "10 living brothers and sisters" in this application and its consequences. I will return to this topic because it has other implications for Maurice Stoney and his lawyer Priscilla Kennedy.

IV. Preliminary Issue #2 - The Proposed Sawridge Band Intervention and Motion to Strike Out the Stoney Application

[13] To this point, the role of the Sawridge Band in this litigation has been what might be described as "an interested third party". The Sawridge Band has taken the position it is not a party to this litigation: *Sawridge #3* at paras 15, 27. The Sawridge Band does not control the 1985 Sawridge Trust, but since the beneficiaries of that Trust are defined directly or indirectly by membership in the SFN, there have been occasions where the Sawridge Band has been involved in respect to that underlying issue, particularly when it comes to the provision of relevant information on procedures and other evidence: see *Sawridge #1* at paras 43-49; *Sawridge #3*.

[14] The Sawridge Band argued that its intervention application under *Rule 2.10* should be granted because the Stoney Application simply continues a lengthy dispute between Maurice Stoney and the Sawridge Band over whether Maurice Stoney is a member of the Sawridge Band.

[15] The Trustees support the application of the Sawridge Band, noting that the proposed intervention makes available useful evidence, particularly in providing context concerning Maurice Stoney's activities over the years.

[16] The Applicant, Stoney responds that intervenor status is a discretionary remedy that is only exercised sparingly. Maurice Stoney submits the broad overlap between the Sawridge Band and the Trustees means that the Band brings no useful or unique perspectives to the litigation. Maurice Stoney alleges the Sawridge Band operates in a biased and discriminatory manner. If any party should be involved it should be Canada, not the Sawridge Band. Maurice Stoney demands that the intervention application be dismissed and costs ordered against the Band.

[17] Two criteria are relevant when a court evaluates an application to intervene in litigation: whether the proposed intervenor is affected by the subject matter of the proceeding, and whether the proposed intervenors have expertise or perspective on that subject: *Papaschase Indian Band v Canada (Attorney General)*, 2005 ABCA 320, 380 AR 301; *Edmonton (City) v Edmonton (Subdivision and Development Appeal Board)*, 2014 ABCA 340, 584 AR 255.

[18] The Sawridge Band intervention is appropriate since that response was made in reply to a collateral attack on its decision-making on the core subject of membership. The common law approach is clear; here the Sawridge Band is particularly prejudiced by the potential implications of the Stoney Application. Indeed, it is hard to imagine a more fundamental impact than where the Court considers litigation that potentially finds in law that an individual who is currently an outsider is, instead, a part of an established community group which holds title and property, and exercises rights, in a *sui generis* and communal basis: *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010, 153 DLR (4th) 193; *R v Van der Peet*, [1996] 2 SCR 507, 137 DLR (4th) 289.

[19] I grant the Sawridge Band application to intervene and participate in the Advice and Direction Application, but limited to the Stoney Application only.

V. Positions of the Parties on the Application to be Added

A. Maurice Stoney

[20] The Applicant's argument can be reduced to the following simple proposition. Maurice Stoney wants to be named as a party to the litigation or as an intervenor because he claims to be a member of the Sawridge Band. The Sawridge 1985 Trust is a trust that was set up to hold property on behalf of members of the Sawridge Band. He is therefore a beneficiary of the Trust, and should be entitled to participate in this litigation.

[21] The complicating factor is that Maurice Stoney is not a member of the Sawridge Band. He argues that his parents, William and Margaret Stoney, were members of the Sawridge Band, and provides documentation to that effect. In 1944 William Stoney and his family were "enfranchised", per *Indian Act*, RSC 1927, c 98, s 114. This is a step where an Indian may accept a payment and in the process lose their Indian status. The "enfranchisement" option was subsequently removed by Federal legislation, specifically an enactment commonly known as "Bill C-31".

[22] Maurice Stoney argues that the enfranchisement process is unconstitutional, and that, combined with the result of a lengthy dispute over the membership of the Sawridge Band, means he (and his siblings) are members of the Sawridge Band. In his Written Response argument this claim is framed as follows:

Retroactive to April 17, 1985, Bill C-31 (R.S.C. 1985, c. 32 (1st Supp.) amended the provisions of the Indian Act, R.S.C. 1985, I-5 by removing the enfranchisement provisions returning all enfranchised Indians back on the pay lists of the Bands where they should have been throughout all of the years.

[23] In 2012, Maurice Stoney applied to become a member of the Sawridge Band, but that application was denied. Maurice Stoney then conducted an unsuccessful judicial review of that decision: *Stoney v Sawridge First Nation*, 2013 FC 509, 432 FTR 253. Maurice Stoney says all this is irrelevant to his status as a member of the Sawridge Band; the definition of beneficiaries is contrary to public policy, and unconstitutional. The Court should order that Maurice Stoney and his siblings are beneficiaries of the 1985 Sawridge Trust and add them as parties to this Action. The Trust should pay for all litigation costs.

[24] The Written Response claims the Sawridge Band is in breach of orders of the Federal Court, that Maurice Stoney and others "have faced a tortuous long process with no success". Maurice Stoney and his siblings' participation does not cause prejudice to the Trustees, and claims that Maurice Stoney has not paid costs are false. I note the Written Response was not accompanied by any evidence to establish that alleged fact.

[25] The October 27, 2016 Written Response Argument stresses the Sawridge Band is not a party to this litigation, it has voluntarily elected to follow that path, and a third party should not be permitted to interfere with Maurice Stoney's litigation. In any case, the Sawridge Band is wrong - Maurice Stoney is already a member of the Sawridge Band. He deserves enhanced costs in response to the *Rule 3.68* Application by the Band.

B. Sawridge Band

[26] The Sawridge Band points to the decision in *Stoney v Sawridge First Nation* and says the Maurice Stoney Application is an attempt to revisit an issue that was decided and which is now subject to *res judicata* and issue estoppel. Maurice Stoney is wrong when he argues that he automatically became a Sawridge Band member when Bill C-31 was enacted. His Affidavit contains factual errors. Maurice Stoney's claim to be a Sawridge Band member was rejected in court judgments that Maurice Stoney did not appeal.

[27] Instead, Maurice Stoney had a right to apply to become a Sawridge Band member. He did so, and that application was denied, as was the subsequent appeal. The Federal Court reviewed and confirmed that result in the *Stoney v Sawridge First Nation* decision. The issue of Maurice Stoney's potential membership in the Sawridge Band is therefore closed.

[28] The Sawridge Band has entered evidence that Maurice Stoney has not paid the costs that were awarded against him in the *Stoney v Sawridge First Nation* action, and that Maurice Stoney has unpaid costs awards in relation to the unsuccessful appeal in *1985 Sawridge Trust v Alberta (Public Trustee)*, 2016 ABCA 51, 616 AR 176.

[29] On January 31, 2014, Maurice Stoney filed a Canadian Human Rights Commission complaint concerning the Sawridge Band's decision to refuse him membership. The Commission

refused the complaint, and concluded the issue had already been decided by *Stoney v Sawridge First Nation*.

[30] The Sawridge Band says this Court should do the same and strike out the Stoney Application per *Rule* 3.68.

[31] As for the “10 brothers and sisters”, the Sawridge Band indicates it has received and refused an application from one individual who may be in that group.

[32] The Sawridge Band seeks solicitor and own client costs, or elevated costs, in light of Maurice Stoney’s litigation history in relation to his alleged membership in the Sawridge Band.

C. 1985 Sawridge Trustees

[33] The Trustees echo the Sawridge Band’s arguments, assert the Application is “unnecessary, vexatious, frivolous, *res judicata*, and an abuse of process”, and that the Stoney Application should be denied. The Trustees seek solicitor and own client costs or enhanced costs as a deterrent against further litigation abuse by Maurice Stoney.

VI. Analysis

[34] The law concerning *Rule* 3.68 is well established and is not in dispute. This is a civil litigation procedure that is used to weed out hopeless proceedings:

3.68(1) If the circumstances warrant and a condition under subrule (2) applies, the Court may order one or more of the following:

- (a) that all or any part of a claim or defence be struck out;
- (b) that a commencement document or pleading be amended or set aside;
- (c) that judgment or an order be entered;
- (d) that an action, an application or a proceeding be stayed.

(2) The conditions for the order are one or more of the following:

...

- (b) a commencement document or pleading discloses no reasonable claim or defence to a claim;
- (c) a commencement document or pleading is frivolous, irrelevant or improper;
- (d) a commencement document or pleading constitutes an abuse of process;

...

(3) No evidence may be submitted on an application made on the basis of the condition set out in subrule (2)(b).

(4) The Court may

- (a) strike out all or part of an affidavit that contains frivolous, irrelevant or improper information;

...

[35] An action or defence may be struck under *Rule* 3.68 where it is plain and obvious, or beyond reasonable doubt, that the action cannot succeed: *Hunt v Carey Canada Inc.*, [1990] 2 SCR 959, 74 DLR (4th) 321. Pleadings should be considered in a broad and liberal manner: *Tottrup v Lund*, 2000 ABCA 121 at para 8, 186 DLR (4th) 226.

[36] A pleading is frivolous if its substance indicates bad faith or is factually hopeless: *Donaldson v Farrell*, 2011 ABQB 11 at para 20. A frivolous plea is one so palpably bad that the Court needs no real argument to be convinced of that fact: *Haljan v Serdahely Estate*, 2008 ABQB 472 at para 21, 453 AR 337.

[37] A proceeding that is an abuse of process may be struck on that basis: *Reece v Edmonton (City)*, 2011 ABCA 238 at para 14, 335 DLR (4th) 600. "Vexatious" litigation may be struck under either *Rule* 3.682(c) or (d): *Wong v Leung*, 2011 ABQB 688 at para 33, 530 AR 82; *Mcmeekin v Alberta (Attorney General)*, 2012 ABQB 144 at para 11, 537 AR 136.

[38] The documentary record introduced by Maurice Stoney makes it very clear that in 1944 William J. Stoney, his wife Margaret, and their two children Alvin Joseph Stoney and Maurice Felix Stoney, underwent the enfranchisement process and ceased to be Indians and members of the Sawridge Band per the *Indian Act*.

[39] As noted above, the Advice and Direction Application was initiated on June 11, 2011.

[40] On December 7, 2011, the Sawridge Band rejected Maurice Stoney's application for membership. An appeal of that decision was denied.

[41] Maurice Stoney then pursued a judicial review of the Sawridge Band membership application review process, in the Federal Court of Canada, which resulted in a reported May 15, 2013 decision, *Stoney v Sawridge First Nation*. At that proceeding, Maurice Stoney and two cousins argued that they were automatically made members of the Sawridge Band as a consequence of Bill C-31. At paras 10-14, Justice Barnes investigates that question and concluded that this argument is wrong, citing *Sawridge v Canada*, 2004 FCA 16, 316 NR 332.

[42] At para 15, Justice Barnes specifically addresses Maurice Stoney:

I also cannot identify anything in Bill C-31 that would extend an automatic right of membership in the Sawridge First Nation to [Maurice] Stoney. He lost his right to membership when his father sought and obtained enfranchisement for the family. The legislative amendments in Bill C-31 do not apply to that situation.

I note the original text of this paragraph uses the name "William Stoney" instead of "Maurice Stoney". This is an obvious typographical error, since it was William Stoney who in 1944 sought and obtained enfranchisement. Maurice Stoney is William Stoney's son.

[43] Justice Barnes continues to observe at para 16 that this very same claim had been advanced in *Huzar v Canada*, [2000] FCJ 873, 258 NR 246 (FCA), but that Maurice Stoney as a respondent in that hearing at para 4 had acknowledged this argument had no basis in law:

It was conceded by counsel for the respondents that, without the proposed amending paragraphs, the unamended statement of claim discloses no reasonable cause of action in so far as it asserts or assumes that the respondents are entitled to Band membership without the consent of the Band. [Emphasis added.]

[44] Justice Barnes at para 17 continues on to observe that:

It is not open to a party to relitigate the same issue that was conclusively determined in an earlier proceeding. The attempt by these Applicants to reargue the question of their automatic right of membership in Sawridge is barred by the principle of issue estoppel ...

[45] As for the actual judicial review, Justice Barnes concludes the record does not establish procedural unfairness due to bias: paras 19-21. A *Charter*, s 15 application was also rejected as unsupported by evidence, having no record to support the relief claims, and because the Crown was not served notice of a challenge to the constitutional validity of the *Indian Act*: para 22.

[46] Maurice Stoney did not appeal the *Stoney v Sawridge First Nation* decision.

[47] The Sawridge Band and the Trustees argue that Maurice Stoney's current application is an attempt to attack an unappealed judgment of a Canadian court. They are correct. Maurice Stoney is making the same argument he has before - and which has been rejected - that he now is one of the beneficiaries of the 1985 Sawridge Trust because he is automatically a full member of the Sawridge Band, due to the operation of Bill C-31.

[48] In summary, there are four separate grounds for rejecting Maurice Stoney's application:

1. He is estopped from making this argument via his concession in *Huzar v Canada* that this argument has no legal basis.
2. He made this same argument in *Stoney v Sawridge First Nation*, where it was rejected. Since Mr. Stoney did not choose to challenge that decision on appeal, that finding of fact and law has 'crystallized'.
3. In *Sawridge #3* at para 35 I concluded the question of Band membership should be reviewed in the Federal Court, and not in the Advice and Direction Application.
3. In any case I accept and adopt the reasoning of *Stoney v Sawridge First Nation* as correct, though I am not obliged to do so.

[49] Maurice Stoney has conducted a "collateral attack", an attempt to use 'downstream' litigation to attack an 'upstream' court result. This offends the principle of *res judicata*, as explained by Abella J in *British Columbia (Workers' Compensation Board) v Figliola*, 2011 SCC 52 at para 28, [2011] 3 SCR 422:

The rule against collateral attack similarly attempts to protect the fairness and integrity of the justice system by preventing duplicative proceedings. It prevents a party from using an institutional detour to attack the validity of an order by seeking a different result from a different forum, rather than through the designated appellate or judicial review route ... [Emphasis added.]

[50] McIntyre J in *Wilson v The Queen*, [1983] 2 SCR 594 at 599, 4 DLR (4th) 577 explains how it is the intended effect that defines a collateral attack:

It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally — and a collateral attack may be

described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment. [Emphasis added.]

See also: *R v Litchfield*, [1993] 4 SCR 333, 86 CCC (3d) 97; *Quebec (Attorney General) v Laroche*, 2002 SCC 72, 219 DLR (4th) 723; *R v Sarson*, [1996] 2 SCR 223, 135 DLR (4th) 402.

[51] While I am not bound by the Federal Court judgments under the doctrine of *stare decisis*, I am constrained by *res judicata* and the prohibition against collateral attacks on valid court and tribunal decisions. Maurice Stoney's application to be a member of the Sawridge Band was rejected, and his court challenges to that result are over. He did not pursue all available appeals. He cannot now attempt to slip into the Sawridge Band and 1985 Sawridge Trust beneficiaries pool 'through the backdoor'.

[52] I dismiss the Stoney Application to be named either as a party to this litigation, or to participate as an intervenor. Maurice Stoney has no interest in the subject of this litigation, and is nothing more than a third-party interloper. In light of this conclusion, it is unnecessary to address the Sawridge Band's application that Maurice Stoney pay security for costs.

VII. Vexatious Litigant Status

[53] Maurice Stoney's conduct in relation to the Advice and Direction Application has been inappropriate. He arguably had a basis to be an interested party in 2011, because when the Trustees initiated the distribution process he had a live application to join the Sawridge Band. Therefore, at that time he had the potential to become a beneficiary. However, by 2013, that avenue for standing was closed when Justice Barnes issued the *Stoney v Sawridge First Nation* decision and Maurice Stoney did not appeal.

[54] Maurice Stoney nevertheless persisted, appearing before the Alberta Court of Appeal in *1985 Sawridge Trust (Trustee for) v Alberta (Public Trustee)*, 2016 ABCA 51, 616 AR 176, where Justice Watson concluded Mr. Stoney should not receive an extension of time to challenge *Sawridge #3* because he had no chance of success as he did not have standing and was "... in fact, a stranger to the proceedings insofar as an appeal from the decision of Mr. Justice Thomas to the Court of Appeal is concerned.": paras 20-21. Now Maurice Stoney has attempted to add himself (and his siblings) to this action as parties or intervenors, in a manner that defies *res judicata* and in an attempt to subvert the decision-making of the Sawridge Band and the Federal Court of Canada.

[55] *Chutskoff v Bonora*, 2014 ABQB 389 at para 92, 590 AR 288, aff'd 2014 ABCA 444 is the leading Alberta authority on the elements and activities that define abusive litigation. That decision identifies eleven categories of litigation misconduct which can trigger court intervention in litigation activities. Several of these indications of abusive litigation have already emerged in Maurice Stoney's legal actions:

1. Collateral attacks that attempt to determine an issue that has already been determined by a court of competent jurisdiction, to circumvent the effect of a court or tribunal decision, using previously raised grounds and issues;
2. Bringing hopeless proceedings that cannot succeed, here in both the present application and the *Sawridge #3* appeal where Maurice Stoney was declared to be an uninvolved third party; and

3. Initiating “busybody” lawsuits to enforce the rights of third parties, here the recruited participation of Maurice Stoney’s “10 living brothers and sisters.”

[56] The Sawridge Band says Maurice Stoney does not pay his court-ordered costs. Maurice Stoney denies that. Failure to pay outstanding cost awards is another potential basis to conclude a person litigates in an abusive manner. However, I defer any finding on this point until a later stage.

[57] Any of the abusive litigation activities identified in *Chutskoff v Bonora* are a basis to declare a person a vexatious litigant and restrict access to Alberta courts. Maurice Stoney has exhibited three independent bases to take that step. The Alberta Court of Queen’s Bench has adopted a two-step vexatious litigant application process to meet procedural justice requirements set in *Lymer v Jonsson*, 2016 ABCA 32, 612 AR 122, see *Hok v Alberta*, 2016 ABQB 651 at paras 10-11, leave denied 2017 ABCA 63; *Ewanchuk v Canada (Attorney General)*, 2017 ABQB 137 at para 97.

[58] I therefore exercise this Court’s inherent jurisdiction to control litigation abuse (*Hok v Alberta*, 2016 ABQB 651 at paras 14-25, *Thompson v International Union of Operating Engineers Local No. 955*, 2017 ABQB 210 at para 56, affirmed 2017 ABCA 193; *Ewanchuk v Canada (Attorney General)* at paras 92-96; *McCargar v Canada*, 2017 ABQB 416 at para 110) and to examine whether Maurice Stoney’s future litigation activities should be restricted.

[59] To date this two-step process has sometimes involved a hearing on the second step, for example *Kavanagh v Kavanagh*, 2016 ABQB 107; *Ewanchuk v Canada (Attorney General)*; *McCargar v Canada*. However, other vexatious litigant analyses have been conducted via written submissions and affidavit evidence: *Hok v Alberta*, 2016 ABQB 651. Veldhuis J in *Hok v Alberta*, 2017 ABCA 63 at para 8 specifically reproduces the trial court’s instruction that the process was conducted via written submissions and subsequently concludes the vexatious litigant analysis and its result shows no error or legal issues that raise a serious issue of general importance with a reasonable chance of success: para 10.

[60] In this case, I follow the approach of Verville J. in *Hok v Alberta* and proceed using a document-only process. In *R v Cody*, 2017 SCC 31, the Court at para 39 identified that one of the ways courts may improve their efficiencies is to operate on a documentary record rather than to hold in-person court hearings. That advice was generated in the context of criminal proceedings, which are accorded a special degree of procedural fairness due to the fact the accused’s liberty is at stake.

[61] The Ontario courts use a document-based ‘show cause’ procedure authorized by *Rules of Civil Procedure*, RRO 1990, Reg 194, s 2.1 to strike out litigation and applications that are obviously hopeless, vexatious, and abusive. This mechanism has been confirmed as a valid procedure for both trial level (*Scaduto v Law Society of Upper Canada*, 2015 ONCA 733, 343 OAC 87, leave to the SCC denied 36753 (21 April 2016)) and appellate proceedings (*Simpson v Institute of Chartered Accountants of Ontario*, 2016 ONCA 806).

[62] I conclude the procedural fairness requirements indicated in *Lymer v Jonsson* are adequately met by a document-only approach, particularly given that the implications for a litigant of a criminal proceeding application, or for the striking out of a civil action or application, are far greater than the potential consequences of what is commonly called a vexatious litigant order. As Justice Verville observed in *Hok v Alberta*, 2016 ABQB 651 at paras

30-34, the implications of a restriction of this kind should not be exaggerated, it instead "... is not a great hurdle."

[63] I therefore order that Maurice Stoney is to make written submissions **by close of business on August 4, 2017**, if he chooses to do so, on whether:

1. his access to Alberta courts should be restricted, and
2. if so, what the scope of that restriction should be.

[64] The Sawridge Band and the Trustees may make submissions on Maurice Stoney's potential vexatious litigant status, and introduce additional evidence that is relevant to this question, see *Chutskoff v Bonora* at paras 87-90 and *Ewanchuk v Canada (Attorney General)* at paras 100-102. Any submissions by the Sawridge Band and the Trustees are due **by close of business on July 28, 2017**.

[65] In addition, I follow the process mandated in *Hok v Alberta*, 2016 ABQB 335 at para 105, and order that Maurice Stoney's court filing activities are immediately restricted. I declare that Maurice Stoney is prohibited from filing any material on any Alberta court file, or to institute or further any court proceedings, without the permission of the Chief Justice, Associate Chief Justice, or Chief Judge of the court in which the proceeding is conducted, or his or her designate. This order does not apply to:

1. written submissions or affidavit evidence in relation to the Maurice Stoney's potential vexatious litigant status; and
2. any appeal from this decision.

[66] This order will be prepared by the Court and filed at the same time as this Case Management decision.

VIII. Costs

[67] I have indicated Maurice Stoney's application had no merit, and was instead abusive in a manner that exhibits the hallmark characteristics of vexatious litigation. The Sawridge Band and Trustees seek solicitor and own client indemnity costs against Maurice Stoney. Those are amply warranted. In *Sawridge #5*, I awarded solicitor and own client indemnity costs against two of the applicants since their litigation conduct met the criteria identified by Moen J in *Brown v Silvera*, 2010 ABQB 224 at paras 29-35, 488 AR 22, affirmed 2011 ABCA 109, 505 AR 196, for the Court to exercise its *Rule 10.33* jurisdiction to award costs beyond the presumptive *Rule 10.29(1)* party and party amounts indicated in Schedule C. The same principles apply here.

[68] The costs award to the Sawridge Band is appropriate given its valid intervention and the important implications of Maurice Stoney's attempted litigation, as discussed above.

[69] In *Sawridge #5*, at paras 50-51, I observed that there is a "new reality of litigation in Canada":

Rule 1.2 stresses this Court should encourage cost-efficient litigation and alternative non-court remedies. The Supreme Court of Canada in *Hryniak v Mauldin*, 2014 SCC 7 at para 2, [2014] 1 SCR 87 has instructed it is time for trial courts to undergo a "culture shift" that recognizes that litigation procedure must reflect economic realities. In the subsequent *R v Jordan*, 2016 SCC 27, [2016]

1 SCR 631 and *R v Cody*, 2017 SCC 31 decisions, Canada's high court has stressed it is time for trial courts to develop and deploy efficient and timely processes, "to improve efficiency in the conduct of legitimate applications and motions" (*R v Cody*, at para 39). I further note that in *R v Cody* the Supreme Court at para 38 instructs that trial judges test criminal law applications on whether they have "a *reasonable* prospect of success" [emphasis added], and if not, they should be dismissed summarily. That is in the context of *criminal* litigation, with its elevated protection of an accused's rights to make full answer and defence. This Action is a civil proceeding where I have found the addition of the Applicants as parties is unnecessary.

This is the new reality of litigation in Canada. The purpose of cost awards is notorious; they serve to help shape improved litigation practices by creating consequences for bad litigation practices, and to offset the litigation expenses of successful parties. ...

[Emphasis in original.]

[70] Then at para 53, I concluded that the "new reality of litigation in Canada" meant: ... one aspect of Canada's litigation "culture shift" is that cost awards should be used to deter dissipation of trust property by meritless litigation activities by trust beneficiaries.

[71] The Supreme Court of Canada has recently in *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v Jodoin*, 2017 SCC 26 ["*Jodoin*"] commented on another facet of the problematic litigation, where lawyers abuse the court and its processes. *Jodoin* investigates when a costs award is appropriate against criminal defence counsel. At para 56, Justice Gascon explicitly links court discipline of abusive lawyers to the "culture of complacency" condemned in *R v Jordan* and *R v Cody*. Costs awards are a way to help control this misconduct, and are a tool to help achieve the badly needed "culture shift" in civil and criminal litigation.

[72] I pause at this point to note that *Jodoin* focuses on *criminal* litigation, where the Courts have traditionally been cautious to order costs against defence counsel "in light of the special role played by defence lawyers and the rights of accused persons they represent"; para 1.

[73] At paras 16-24 Justice Gascon discusses the issue of costs awards against lawyers in a more general manner:

The courts have the power to maintain respect for their authority. This includes the power to manage and control the proceedings conducted before them ... A court therefore has an inherent power to control abuse in this regard ... and to prevent the use of procedure "in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute" ...

It is settled law that this power is possessed both by courts with inherent jurisdiction and by statutory courts ... It is therefore not reserved to superior courts but, rather, has its basis in the common law ...

There is an established line of cases in which courts have recognized that the awarding of costs against lawyers personally flows from the right and duty of the

courts to supervise the conduct of the lawyers who appear before them and to note, and sometimes penalize, any conduct of such a nature as to frustrate or interfere with the administration of justice ... As officers of the court, lawyers have a duty to respect the court's authority. If they fail to act in a manner consistent with their status, the court may be required to deal with them by punishing their misconduct ...

The power to control abuse of process and the judicial process by awarding costs against a lawyer personally applies in parallel with the power of the courts to punish by way of convictions for contempt of court and that of law societies to sanction unethical conduct by their members. ...

... although the criteria for an award of costs against a lawyer personally are comparable to those that apply to contempt of court ... the consequences are by no means identical. Contempt of court is strictly a matter of law and can result in harsh sanctions, including imprisonment. In addition, the rules of evidence that apply in a contempt proceeding are more exacting than those that apply to an award of costs against a lawyer personally, as contempt of court must be proved beyond a reasonable doubt. Because of the special status of lawyers as officers of the court, a court may therefore opt in a given situation to award costs against a lawyer personally rather than citing him or her for contempt ...

In most cases, of course, the implications for a lawyer of being ordered personally to pay costs are less serious than those of the other two alternatives. A conviction for contempt of court or an entry in a lawyer's disciplinary record generally has more significant and more lasting consequences than a one-time order to pay costs. Moreover, as this appeal shows, an order to pay costs personally will normally involve relatively small amounts, given that the proceedings will inevitably be dismissed summarily on the basis that they are unfounded, frivolous, dilatory or vexatious.

[Emphasis added, citations omitted.]

[74] This costs authority operates in a parallel but separate manner from the disciplinary and lawyer control functions of law societies: paras 22-23. Cost awards against a lawyer are potentially triggered by either:

1. "an unfounded, frivolous, dilatory or vexatious proceeding that denotes a serious abuse of the judicial system by the lawyer", or
2. "dishonest or malicious misconduct on his or her part, that is deliberate".

[Jodoin, para 29]

[75] The Court stresses that an investigation of a particular instance of potential litigation misconduct should be restricted to the specific identified litigation misconduct and not put the lawyer's "career[,] on trial": para 33. This investigation is not of the lawyer's "entire body of work", though external facts can be relevant in certain circumstances: paras 33-34.

[76] . The lawyer who is potentially personally subject to a costs sanction must receive notice of that, along with the relevant facts: para 36. This normally would occur after the end of litigation, once "... the proceeding has been resolved on its merits.": para 36.

[77] I conclude this is one such occasion where a costs award against a lawyer is potentially warranted. Maurice Stoney's attempted participation in the Advice and Direction Application has ended, so now is the point where this issue may be addressed. I consider the impending vexatious litigant analysis a separate matter, though also exercised under the Court's inherent jurisdiction. I do not think this is an appropriate point at which to make any comment on whether Ms. Kennedy should or should not be involved in that separate vexatious litigant analysis, given her litigation representative activities to this point.

[78] I have concluded that Maurice Stoney's lawyer, Priscilla Kennedy, has advanced a futile application on behalf of her client. I have identified the abusive and vexatious nature of that application above. This step is potentially a "serious abuse of the judicial system" given:

1. the nature of interests in question;
2. this litigation was by a third party attempting to intrude into an aboriginal community which has *sui generis* characteristics;
3. that the applicant sought to indemnify himself via a costs claim that would dissipate the resources of aboriginal community trust property;
4. the application was obviously futile on multiple bases; and
5. the attempts to involve other third parties on a "busybody" basis, with potential serious implications to those persons' rights.

[79] I therefore order that Priscilla Kennedy **appear before me at 2:00 pm on Friday, July 28, 2017**, to make submissions on why she should not be personally responsible for some or all of the costs awards against her client, Maurice Stoney.

[80] I note that in *Morin v TransAlta Utilities Corporation*, 2017 ABQB 409, Graesser J. applied *Rule 10.50* and *Jodoin* to order costs against a lawyer who conducted litigation without obtaining consent of the named plaintiffs. Justice Graesser concludes at para 27 that a lawyer has an obligation to prove his or her authority to represent their clients. Here, that is a live issue for the "10 living brothers and sisters".

[81] *Jodoin* at para 38 indicates the limited basis on which the other litigants may participate in a hearing that evaluates a potential costs award against a lawyer. The Sawridge Band and Trustees may introduce evidence as indicated in paras 33-34 of that judgment. They should also appear on July 28th to comment on this issue.

Heard and decided on the basis of written materials described in paragraph 7 hereof.

Dated at the City of Edmonton, Alberta this 12th day of July, 2017.

D.R.G. Thomas
J.C.Q.B.A.

Submissions in writing from:

Priscilla Kennedy
DLA Piper
for Maurice Felix Stoney (Applicant)

D.C. Bonora and
A. Loparco, Q.C.
Dentons LLP
for 1985 Sawridge Trustees (Respondents)

J.L. Hutchison
Hutchison Law LLP
for the OPTG (Respondent)

Edward Molstad, Q.C.
Parlee McLaws LLP
for the Sawridge Band (Intervenor)

TAB

8

Federal Court



Cour fédérale

Date: 20130515

Docket: T-923-12

Docket: T-922-12

Citation: 2013 FC 509

Ottawa, Ontario, May 15, 2013

PRESENT: The Honourable Mr. Justice Barnes

Docket: T-923-12

BETWEEN:

MAURICE FELIX STONEY

Applicant

and

SAWRIDGE FIRST NATION

Respondent

Docket: T-922-12

BETWEEN:

**ALINE ELIZABETH (MCGILLIVRAY)
HUZAR AND JUNE MARTHA
(MCGILLIVRAY) KOLOSKY**

Applicants

and

SAWRIDGE FIRST NATION

Respondent

2013 FC 509 (CanLII)

REASONS FOR JUDGMENT AND JUDGMENT

[1] This is an application for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, RSC, 1985, c F-7. The Applicants are all descendants of individuals who were at one time members of the Sawridge First Nation, but who, either voluntarily or by operation of the law at the time, lost their band memberships. As a result the Applicants were excluded from membership in the Sawridge First Nation. They now ask this Court to review the Sawridge First Nation Appeal Committee's decision to uphold the Sawridge Chief and Council's decision which denied their applications for membership.

[2] The father of the Applicant Maurice Stoney was William J. Stoney. William Stoney was a member of the Sawridge First Nation but in April 1944 he applied to the Superintendent General of Indian Affairs to be enfranchised under section 114 of the *Indian Act*, c 98, RSC 1927. In consideration of payments totalling \$871.35, William Stoney surrendered his Indian status and his membership in the Sawridge First Nation. By operation of the legislation, William Stoney's wife, Margaret Stoney, and their two children, Alvin Stoney and Maurice Stoney, were similarly enfranchised thereby losing their Indian status and their membership in the Sawridge First Nation.

[3] The Applicants Aline Huzar and June Kolosky are sisters and, like Mr. Stoney, they are the grandchildren of Johnny Stoney. The mother of Ms. Huzar and Ms. Kolosky was Johnny Stoney's daughter, Mary Stoney. Mary Stoney married Simon McGillivray in 1921. Because of her marriage Mary Stoney lost both her Indian status and her membership in Sawridge by operation of law. When Ms. Huzar and Ms. Kolosky were born in 1941 and 1937 respectively Mary Stoney was

not a member of the Sawridge Band First Nation and she did not reacquire membership before her death in 1979.

[4] In 1985, with the passing of Bill C-31, *An Act to amend the Indian Act*, 33 – 34 Eliz II c 27, and pursuant to section 10 of the *Indian Act*, the Sawridge First Nation delivered its membership rules, supporting documentation and bylaws to the Deputy Minister of Indian and Northern Affairs, who accepted them on behalf of the Minister. The Minister subsequently informed Sawridge that notice would be given pursuant to subsection 10(7) of the *Indian Act* that the Sawridge First Nation had control of its membership. From that point on, membership in the Sawridge First Nation was determined based on the Sawridge Membership Rules.

[5] Ms. Kolosky submitted her application for membership with the Sawridge First Nation on February 26, 2010. Ms. Huzar submitted her application on June 21, 2010. Mr. Stoney submitted his application on August 30, 2011. In letters dated December 7, 2011, the Applicants were informed that their membership applications had been reviewed by the First Nation Council, and it had been determined that they did not have any specific “right” to have their names entered in the Sawridge Membership List. The Council further stated that it was not compelled to exercise its discretion to add the Applicants’ names to the Membership list, as it did not feel that their admission would be in the best interests and welfare of Sawridge.

[6] After this determination, “Membership Processing Forms” were prepared that set out a “Summary of First Nation Councils Judgement”. These forms were provided to the Applicants and outlined their connection and commitment to Sawridge, their knowledge of the First Nation, their

character and lifestyle, and other considerations. In particular, the forms noted that the Applicants had not had any family in the Sawridge First Nation for generations and did not have any current relationship with the Band. Reference was also made to their involvement in a legal action commenced against the Sawridge First Nation in 1995 in which they sought damages for lost benefits, economic losses, and the “arrogant and high-handed manner in which Walter Patrick Twinn and the Sawridge Band of Indians has deliberately, and without cause, denied the Plaintiffs reinstatement as Band Members...”. The 1995 action was ultimately unsuccessful. Although the Applicants were ordered to pay costs to the First Nation, those costs remained unpaid.

[7] In accordance with section 12 of the Sawridge Membership Rules, the Applicants appealed the Council’s decision arguing that they had an automatic right to membership as a result of the enactment of Bill C-31. On April 21, 2012 their appeals were heard before 21 Electors of the Sawridge First Nation, who made up the Appeal Committee. Following written and oral submissions by the Applicants and questions and comments from members of the Appeal Committee, it was unanimously decided that there were no grounds to set aside the decision of the Chief and Council. It is from the Appeal Committee’s decision that this application for judicial review stems.

[8] The Applicants maintain that they each have an automatic right of membership in the Sawridge First Nation. Mr. Stoney states at para 8 of his affidavit of May 22, 2012 that this right arises from the provisions of Bill C-31. Ms. Huzar and Ms. Kolosky also argue that they “were persons with the right to have their names entered in the [Sawridge] Band List” by virtue of section 6 of the *Indian Act*.

[9] I accept that, if the Applicants had such an acquired right of membership by virtue of their ancestry, Sawridge had no right to refuse their membership applications: see *Sawridge v Canada*, 2004 FCA 16 at para 26, [2004] FCJ no 77.

[10] Ms. Huzar and Ms. Kolosky rely on the decisions in *Sawridge v Canada*, 2003 FCT 347, [2003] 4 FC 748, and *Sawridge v Canada*, 2004 FCA 16, [2004] FCJ no 77 in support of their claims to automatic Sawridge membership. Those decisions, however, apply to women who had lost their Indian status and their band membership by virtue of marriages to non-Indian men and whose rights to reinstatement were clearly expressed in the amendments to the *Indian Act*, including Bill C-31. The question that remains is whether the descendants of Indian women who were also deprived of their right to band membership because of the inter-marriage of their mothers were intended to be protected by those same legislative amendments.

[11] A plain reading of sections 6 and 7 of Bill C-31 indicates that Parliament intended only that persons who had their Indian status and band memberships directly removed by operation of law ought to have those memberships unconditionally restored. The only means by which the descendants of such persons could gain band membership (as distinct from regaining their Indian status) was to apply for it in accordance with a First Nation's approved membership rules. This distinction was, in fact, recognized by Justice James Hugessen in *Sawridge v Canada*, 2003 FCT 347 at paras 27 to 30, 4 FC 748, [2003] 4 FC 748:

27 Although it deals specifically with Band Lists maintained in the Department, section 11 clearly distinguishes between automatic, or unconditional, entitlement to membership and conditional entitlement to membership. Subsection 11(1) provides for automatic

entitlement to certain individuals as of the date the amendments came into force. Subsection 11(2), on the other hand, potentially leaves to the band's discretion the admission of the descendants of women who "married out."

28 The debate in the House of Commons, prior to the enactment of the amendments, reveals Parliament's intention to create an automatic entitlement to women who had lost their status because they married non-Indian men. Minister Crombie stated as follows (*House of Commons Debates*, Vol. II, March 1, 1985, page 2644):

... today, I am asking Hon. Members to consider legislation which will eliminate two historic wrongs in Canada's legislation regarding Indian people. These wrongs are discriminatory treatment based on sex and the control by Government of membership in Indian communities.

29 A little further, he spoke about the careful balancing between these rights in the Act. In this section, Minister Crombie referred to the difference between status and membership. He stated that, while those persons who lost their status and membership should have both restored, the descendants of those persons are only automatically entitled to status (*House of Commons Debates*, idem, at page 2645):

This legislation achieves balance and rests comfortably and fairly on the principle that those persons who lost status and membership should have their status and membership restored. [page 766]
While there are some who would draw the line there, in my view fairness also demands that the first generation descendants of those who were wronged by discriminatory legislation should have status under the Indian Act so that they will be eligible for individual benefits provided by the federal Government. However, their relationship with respect to membership and residency should be determined by the relationship with the Indian communities to which they belong.

30 Still further on, the Minister stated the fundamental purposes of amendments, and explained that, while those purposes may conflict, the fairest balance had been achieved (*House of Commons Debates*, idem, at page 2646):

... I have to reassert what is unshakeable for this Government with respect to the Bill. First, it must include removal of discriminatory provisions in the Indian Act; second, it must include the restoration of status and membership to those who lost status and membership as a result of those discriminatory provisions; and third, it must ensure that the Indian First Nations who wish to do so can control their own membership. Those are the three principles which allow us to find balance and fairness and to proceed confidently in the face of any disappointment which may be expressed by persons or groups who were not able to accomplish 100 per cent of their own particular goals...

[Emphasis added]

This decision was upheld on appeal in *Sawridge v Canada*, 2004 FCA 16, [2004] FCJ no 77.

[12] The legislative balance referred to by Justice Hugessen is also reflected in the 2010

Legislative Summary of Bill C-31 titled the *Gender Equity in Indian Registration Act*, SC 2010, c 18.

There the intent of Bill C-31 is described as follows:

Bill C-31 severed status and band membership for the first time and authorized bands to control their own membership and enact their own membership codes (section 10). For those not exercising that option, the Department of Indian Affairs would maintain "Band Lists" (section 11). Under the legislation's complex scheme some registrants were granted automatic band membership, while others obtained only conditional membership. The former group included women who had lost status by marrying out and were reinstated under paragraph 6(1)(c). The latter group included their children, who acquired status under subsection 6(2).

[Emphasis added]

[13] While Mary Stoney would have an acquired right to Sawridge membership had she been alive when Bill C-31 was enacted, the same right did not accrue to her children. Simply put neither Ms. Huzar or Ms. Kolosky qualified under section 11 of Bill C-31 for automatic band membership. Their only option was to apply for membership in accordance with the membership rules promulgated by Sawridge.

[14] This second generation cut-off rule has continued to attract criticism as is reflected in the Legislative Summary at p 13, para 34:

34. The divisiveness has been exacerbated by the Act's provisions related to band membership, under which not all new or reinstated registrants have been entitled to automatic membership. As previously mentioned, under provisions in Bill C-31, women who had "married out" and were reinstated did automatically become band members, but their children registered under subsection 6(2) have been eligible for conditional membership only. In light of the high volume of new or returning "Bill C-31 Indians" and the scarcity of reserve land, automatic membership did not necessarily translate into a right to reside on-reserve, creating another source of internal conflict.

Notwithstanding the above-noted criticism, the legislation is clear in its intent and does not support a claim by Ms. Huzar and Ms. Kolosky to automatic band membership.

[15] I also cannot identify anything in Bill C-31 that would extend an automatic right of membership in the Sawridge First Nation to William Stoney. He lost his right to membership when his father sought and obtained enfranchisement for the family. The legislative amendments in Bill C-31 do not apply to that situation.

[16] Even if I am wrong in my interpretation of these legislative provisions, this application cannot be sustained at least in terms of the Applicants' claims to automatic band membership. All of the Applicants in this proceeding, among others, were named as Plaintiffs in an action filed in this Court on May 6, 1998 seeking mandatory relief requiring that their names be added to the Sawridge membership list. That action was struck out by the Federal Court of Appeal in a decision issued on June 13, 2000 for the following reasons:

[4] It was conceded by counsel for the respondents that, without the proposed amending paragraphs, the unamended statement of claim discloses no reasonable cause of action in so far as it asserts or assumes that the respondents are entitled to Band membership without the consent of the Band.

[5] It is clear that, until the Band's membership rules are found to be invalid, they govern membership of the Band and that the respondents have, at best, a right to apply to the Band for membership. Accordingly, the statement of claim against the appellants, Walter Patrick Twinn, as Chief of the Sawridge Indian Band, and the Sawridge Indian Band, will be struck as disclosing no reasonable cause of action.

See *Huzar v Canada*, [2000] FCJ no 873, 258 NR 246.

[17] It is not open to a party to relitigate the same issue that was conclusively determined in an earlier proceeding. The attempt by these Applicants to reargue the question of their automatic right of membership in Sawridge is barred by the principle of issue estoppel: see *Danyluk v Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 SCR 460.

[18] The Applicants are, nevertheless, fully entitled to challenge the lawfulness of the appeal decision rejecting their membership applications.

[19] The Applicants did not challenge the reasonableness of the appeal decision but only the fairness of the process that was followed. Their argument is one of institutional bias and it is set out with considerable brevity at para 35 of the Huzar and Kolosky Memorandum of Fact and Law:

35. It is submitted that the total membership of Sawridge First Nation is small being in the range of 50 members. Only three applicants have been admitted to membership since 1985 and these three are (were) the sisters of deceased Chief, Walter Twinn. The Appeal Committee consisted of 21 of the members of Sawridge and three of these 21 were the Chief, Roland Twinn and Councillors, Justin Twinn and Winona Twin, who made the original decision appealed from.

[20] In the absence of any other relevant evidence, no inference can be drawn from the limited number of new memberships that have been granted by Sawridge since 1985. While the apparent involvement of the Chief and two members of the Band Council in the work of the Appeal Committee might give rise to an appearance of bias, there is no evidence in the record that would permit the Court to make a finding one way or the other or to ascertain whether this issue was waived by the Applicants' failure to raise a concern at the time.

[21] Indeed, it is surprising that this issue was not fully briefed by the Applicants in their affidavits or in their written and oral arguments. It is of equal concern that no cross-examinations were carried out to provide an evidentiary foundation for this allegation of institutional bias. The issue of institutional bias in the context of small First Nations with numerous family connections is nuanced and the issue cannot be resolved on the record before me: see *Sweetgrass First Nation v Favel*, 2007 FC 271 at para 19, [2007] FCJ no 347, and *Lavalee v Louison*, [1999] FCJ no 1350 at paras 34-35, 91 ACWS (3d) 337.

[22] The same concern arises in connection with the allegation of a section 15 Charter breach. There is nothing in the evidence to support such a finding and it was not advanced in any serious way in the written or oral submissions. The record is completely inadequate to support such a claim to relief. There is also nothing in the record to establish that the Crown was provided with any notice of what constitutes a constitutional challenge to the *Indian Act*. Accordingly, this claim to relief cannot be sustained.

[23] For the foregoing reasons these applications are dismissed with costs payable to the Respondent.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that these applications are dismissed with costs payable to the Respondent.

"R.L. Barnes"
Judge

FEDERAL COURT

SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: T-923-12
T-922-12

STYLE OF CAUSE: STONEY v SAWRIDGE FIRST NATION
and
HUZAR ET AL v SAWRIDGE FIRST NATION

PLACE OF HEARING: Edmonton, Alberta

DATE OF HEARING: March 5, 2013

REASONS FOR JUDGMENT: BARNES J.

DATED: May 15, 2013

APPEARANCES:

Priscilla Kennedy	FOR THE APPLICANTS
Edward H. Molstad	FOR THE RESPONDENT

SOLICITORS OF RECORD:

Davis LLP Edmonton, Alberta	FOR THE APPLICANTS
Parlee McLaws LLP Edmonton, Alberta	FOR THE RESPONDENT

TAB

A

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE OF EDMONTON

IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT,
R.S.A. 2000, c. T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND INTER VIROS
SETTLEMENT CREATED BY CHIEF WALTER PATRICK
TWINN, OF THE SAWRIDGE INDIAN BAND, NO, 19, now
known as SAWRIDGE FIRST NATION ON APRIL 15, 1985
(the "1985 Sawridge Trust")

ROLAND TWINN, MARGARET WARD, TRACEY SCARLETT,
EVERETT JUSTIN TWIN AND DAVID MAJESKI, as Trustees for
the 1985 Trust ("Sawridge Trustees")

Applicants

PROCEEDINGS

Edmonton, Alberta
April 25, 2019

Transcript Management Services
Suite 1901-N, 601-5th Street, SW
Calgary, Alberta T2P 5P7
Phone: (403) 297-7392 Fax: (403) 297-7034

1 saw that there was limited evidence available to provide an explanation for what had
2 transpired. But we do also have other background information of a circumstantial nature
3 that does assist in understanding what went on and we know, at least one can infer -- and
4 I'm happy to hear if you don't accept the inferences or where I'm headed but we do see
5 that the 1985 trust was created for a very specific purpose. That purpose was to ensure that
6 the trust assets were not going to be shared with a group of people who were likely to
7 become members of the band as a result of proposed modifications to the *Indian Act* in
8 1985, which were imminent, and which would permit women, primarily, to re-join the band
9 as members. And, therefore, if that happened without the trust being changed, they would
10 then become beneficiaries of the trust.

11
12 So I confess that I had some concern with respect to what I was seeing. I asked myself how
13 it could possibly be that we had really substantial assets -- I don't know, there's evidence
14 or numbers kicking around 70 million or 220 million or whatever they are -- whatever the
15 number is, it's a lot of money. So I had concerns with respect to how we were seeing a
16 modification of a trust without any judicial approval, without any compliance with section
17 42, without anything other than simply the creation of a new trust. So I questioned -- and I
18 could totally be wrong about this and I'm more than happy to hear all of you out -- I
19 question the legitimacy of the 1985 trust declaration at all.

20
21 I did consider Justice Thomas' order -- a consent order of August 24th, 2016. You may
22 consider that to be the total answer to all of the problems and you could well be right and
23 I'm happy to hear you on that. On the surface I don't accept that but I'm open minded and
24 I'm happy to hear from you. But I can tell you that I have fundamental concerns. So how
25 does that relate to the issue that the parties together have defined for today the jurisdictional
26 issue. I think you are all on board that there are three ways in which a trust can be varied.
27 One is the reservation in the trust declaration. All of you are in agreement that that's not
28 the case here so we put that aside.

29
30 Secondly is section 42 of the *Trustee Act*. We all agree that that's properly enforced and
31 must be complied with. There's some disagreement with respect to whether enough effort
32 has been made to try to comply but I would say -- again, without hearing more argument -
33 - that section 42 is definitely available. Whether it is practically available is really the issue
34 and because we have competing interests the likelihood of getting a hundred percent
35 approval is slim to nil and I would think nil is probably closer than slim. So practically
36 speaking, section 42 doesn't look like a way to achieve the result that everyone would like.

37
38 Which leads to the ability of the Court at common law through the exercise of discretion
39 to amend the terms of the trust apart from section 42 of the *Trustee Act*. And I think it's
40 fair to say that the law in terms of my ability -- any Court's ability to modify the terms of
41 a trust on that basis is quite limited. And to achieve that result through the common law or

TAB

B

Action No. 1103-14112
E-File Name: EVQ19TWINNR
Appeal No. _____

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE OF EDMONTON

IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT,
R.S.A. 2000, c. T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND INTER VIROS
SETTLEMENT CREATED BY CHIEF WALTER PATRICK
TWINN, OF THE SAWRIDGE INDIAN BAND, NO, 19, now
known as SAWRIDGE FIRST NATION ON APRIL 15, 1985
(the "1985 Trust") and the SAWRIDGE TRUST ("Sawridge Trust")

ROLAND TWINN, MARGARET WARD, BERTHA L'HIRONDELLE,
EVERETT JUSTIN TWINN AND DAVID MAJESKI, as Trustees for
the 1985 Trust ("Sawridge Trustees")

Applicants

P R O C E E D I N G S

Edmonton, Alberta
November 22, 2019

Transcript Management Services
Suite 1901-N, 601-5th Street SW
Calgary, Alberta, T2P 5P7

Phone: (403) 297-7392
Email: TMS.Calgary@csadm.just.gov.ab.ca

This transcript may be subject to a publication ban or other restriction on use, prohibiting the publication or disclosure of the transcript or certain information in the transcript such as the identity of a party, witness, or victim. Persons who order or use transcripts are responsible to know and comply with all publication bans and restrictions. Misuse of the contents of a transcript may result in civil or criminal liability.

1 that interpretation, that sets the direction for where we go forward, does it not?

2
3 Like, if -- just if I were to say, for example, that these assets are being held for the 1982
4 beneficiaries, where would we be? Like --

5
6 MR. FAULDS: And the Court of Appeal, My Lord, as you
7 indicated, but --

8
9 THE COURT: Well, of course. I expect -- listen, don't get your
10 -- I expect this to be in the Court of Appeal no matter what I do, so there you go. That's the
11 lay of the land here.

12
13 MR. FAULDS: Right.

14
15 THE COURT: But in terms of next steps, like, maybe, Mr.
16 Molstad, and I didn't see this in his brief to be totally honest, but maybe he is asking me to
17 make a direction that one thing or another that amounts to a remedy. I don't know, but I
18 have a pretty clear vision as to where -- the type of order I need to make, but my concern
19 is listening to your submissions that you think that wouldn't be a remedy, but it comes
20 awfully close to that, doesn't it?

21
22 MR. FAULDS: My Lord, my concern is not that the Court have
23 regard to the context and circumstances and the relevant law. My concern only is that we
24 have a common understanding that what the purpose of the hearing is is to interpret the
25 order that has been granted as opposed to granting a remedy based on submissions that they
26 -- that the -- that that which the order approved in fact shouldn't have been approved.

27
28 THE COURT: True. Well, I don't think that I'm going to be
29 saying the order shouldn't have approved anything. I'm going to -- because it's not for me
30 to say whether we should have done one thing or another. That's for other people, not me.

31
32 MR. FAULDS: Right.

33
34 THE COURT: The order is there. What does it mean? What is
35 the effect of it? Are the assets being held for the 1985 beneficiaries or for the 1982
36 beneficiaries or for something else or is it uncertain? And what's the theoretical basis? If -
37 - what's the theoretical basis in trust law that gets us to wherever we get to? What was the
38 theoretical basis that existed before, the moment before the order was granted? What's the
39 theoretical basis after the order is granted? But once I give that interpretation subject to
40 whatever is said the Court of Appeal, that is looking awfully close to a remedy. And I think
41 Ms. Bonora's brief that I got yesterday which again, I just superficially scanned, is

TAB

C

Action No.: 1103-14112
E-File Name.: EVQ19TWINNR
Appeal No.: _____

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE OF EDMONTON

IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT,
R.S.A. 2000, c. T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND INTER VIVOS
SETTLEMENT CREATED BY CHIEF WALTER PATRICK TWINN,
OF THE SAWRIDGE INDIAN BAND, NO. 19, now known as
SAWRIDGE FIRST NATION ON APRIL 15, 1985
(the "1985 Trust") and the SAWRIDGE TRUST ("Sawridge Trust")

ROLAND TWINN, MARGARET WARD, TRACEY SCARLETT,
EVERETT JUSTIN TWIN and DAVID MAJESKI, as
TRUSTEES FOR THE 1985 SAWRIDGE TRUST (the "1985 Trustees")

Applicants

P R O C E E D I N G S

Edmonton, Alberta
November 27, 2019

Transcript Management Services
Suite 1901-N, 601-5th Street SW
Calgary, Alberta, T2P 5P7
Phone: (403) 297-7392
Email: TMS.Calgary@csadm.just.gov.ab.ca

This transcript may be subject to a publication ban or other restriction on use, prohibiting the publication or disclosure of the transcript or certain information in the transcript such as the identity of a party, witness, or victim. Persons who order or use transcripts are responsible to know and comply with all publication bans and restrictions. Misuse of the contents of a transcript may result in civil or criminal liability.

1
2 Mr. Faulds, you --

3
4 MR. FAULDS:

Oh, no. No, I was just saying no, My Lord.

5
6 THE COURT:

Good. When we left off last time, I indicated
7 that I would review the transcripts from the previous proceedings. Thank you very much
8 for providing those to me. I have had an opportunity to review them. That review was for
9 the purpose of attempting to determine whether or not there was any concern with respect
10 to the issue raised in relation to the application on the asset transfer issue that was to be
11 argued November 27th, but which we have now arranged for January 16th.

12
13 I have reviewed the transcripts. I see no lack of clarity with respect to the issues that have
14 been set out. The issues I initially raised on April 25th, 2019, as I review that transcript,
15 and I was speaking at that time when I knew much less about the case than I do today,
16 but, in any event, going back to that transcript I think that it sets out quite clearly what
17 my concerns were. I raised those very same concerns on September the 4th when the
18 parties were before me. And the notice of motion was filed shortly thereafter. And the
19 notice of motion, it's now called an application I'm afraid, so the application that was
20 filed sets out the application that is being made. There is clarity in that. It conforms very
21 closely to what I discussed in my comments on April 25th and again on September the
22 4th. There is, in my view, no lack of clarity here.

23
24 The issues that we are going to hear on January 16th are a question of the interpretation
25 and the effect of Justice Thomas' order from August of 2016. As part of that process,
26 we're going to consider whether that order should be interpreted so as to confirm that the
27 trust assets are being held by the 1985 trustees for the benefit of the beneficiaries as
28 defined in the 1985 trust deed. Or, alternatively, whether those trust assets are being held
29 by the 1985 trustees for the benefit of the beneficiaries described in the 1982 trust deed.
30 Or, as I mentioned last time, a third alternative. The third alternative is I will not be able
31 to answer that question.

32
33 And maybe I will just elaborate a little more clearly with respect to what I was thinking
34 there because I see that I didn't articulate that the last time. I have not been able to review
35 all the materials on this file. The application refers to essentially the materials on the file
36 as being a record that the trustees rely on in seeking advice and direction. One of two
37 things is going to happen: either I will have sufficient confidence in the state of the record
38 that I will be permitted to answer the question posed by the trustees, or I will not. If I
39 have sufficient confidence in the state of the record, I will provide an answer to the
40 question - do the trustees hold for the benefit of the 1985 beneficiaries? If not, do they
41 hold for the benefit of the 1982 beneficiaries? Or, if the record shows some other

1 alternative, maybe that will arise as well.

2
3 But if I do not have sufficient confidence in the state of the record, I reserve the right to
4 say no, this will not happen on this application. I can't tell you how I will rule on that
5 until I have a better handle on the record that's before me. And I don't have that today, I
6 will propose to address that issue specifically in the reasons. So, I will hear argument, I
7 hopefully will be able to give you an answer, I will do my best to give an answer, but I,
8 sitting here today, cannot tell you with an absolute certainty that you will walk away with
9 an answer. There is a chance that I will be concerned about the state of the record and,
10 therefore, I will not be able to give you an answer. And that's really where I think we will
11 be.

12
13 I want to specifically address a concern or a caution that was raised with me by Mr.
14 Faulds, I believe, at the last appearance, and that is inviting me to look at page 56 and 57
15 of the transcript of the October 30th hearing. And there, Mr. Faulds I think was pointing
16 me to commentary that could suggest that there were two issues at stake here - one, is
17 whether I agreed or would conclude that the 1985 trust assets were being held by the
18 1985 trustees for the benefit of the 1985 beneficiaries; and, if I didn't agree on that front,
19 we would stop and do something else. And I see his -- I see that there is something in the
20 record that would point in that direction but I can tell you that that is not what I was
21 attempting to articulate at the time I made those comments. What I was doing, and if we
22 follow along, I was trying to suggest that that is something that Mr. Faulds had referred to
23 earlier in the presentation.

24
25 The two issues that I see, and always have, are the asset transfer issue and the
26 jurisdictional issue. It would not be possible to cut the asset transfer issue in two parts
27 and finish off by saying yes or no to whether or not the 1985 trustees hold for the benefit
28 of the 1985 beneficiaries, and then wait for further argument. That is not possible.
29 Because to get to the point where I make a ruling on 1985, I'm going to have to have
30 considered the context, and the background, and most importantly, what was the status of
31 this trust immediately prior to Justice Thomas granting his order.

32
33 So that is where I think we are. Now, we did hear further submissions from the parties
34 last time with respect to two issues - document production and process. I've previously
35 given a ruling, and indeed there was debate about that just a few minutes ago, my prior
36 ruling was that there's no need for any further document production. That is the ruling. If
37 there is something in particular that any of the parties think they need in order to properly
38 advocate their position, I am prepared at least on the surface to reconsider my ruling if
39 you tell me what you want and why it would impact the decision that I have to make. So
40 if anyone wants to make submissions on that, they're welcome to do that.

41

TAB

D

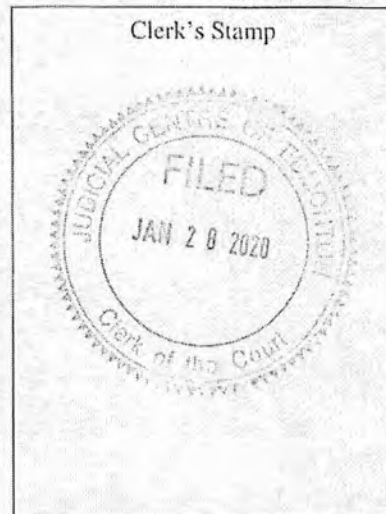
COURT FILE NO. 1103 14112

COURT COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL
CENTRE EDMONTON

IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT R.S.A.
2000, CT-8 AS AMENDED
IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND
INTER VIVOS SETTLEMENT CREATED BY
CHIEF WALTER PATRICK TWINN, OF THE
SAWRIDGE INDIAN BAND, NO.19 now known as
SAWRIDGE FIRST NATION ON APRIL 15, 1985

Clerk's Stamp



APPLICANTS ROLAND TWINN, MARGARET WARD, TRACEY SCARLETT, EVERETT JUSTIN
TWIN AND DAVID MAJESKI, AS TRUSTEES FOR THE 1985 SAWRIDGE TRUST

RESPONDENTS THE OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN AND TRUSTEE and CATHERINE
TWINN

DOCUMENT AFFIDAVIT OF CATHERINE TWINN

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT	McLennan Ross LLP Suite 600 McLennan Ross Building 12220 Stony Plain Road Edmonton, AB T5N 3Y4	Lawyers: Telephone: Facsimile: E-mail: File No.	D. Risling and C. Osualdini (780) 482-9200 (780) 482-9100 cosualdini@mross.com 144194
--	--	---	---

I Catherine Twinn, of the Sawridge Indian Reserve 150 G and the City of Edmonton, in the Province of Alberta, SWEAR AND SAY THAT:

1. I am a former trustee of the Sawridge Band Inter Vivos Settlement, April 15, 1985 (the "1985 Trust") and the Sawridge Trust, August 15, 1986 (the "1986 Trust") (collectively referred to as the "Trusts"), and, as such, have a personal knowledge of the matters hereinafter deposed to, save where stated to be based upon information and belief. I served as a trustee of the Trusts from 1986 until 2018. I was one of the original trustees of the 1986 Trust. I am also the widow of Chief Walter Twinn, the settlor of the Trusts.
2. As a long serving trustee of the Trusts, I have a great deal of personal familiarity with the circumstances that arose in and around 1985 and which led to the assets of the Sawridge Band Trust (the "1982 Trust") being transferred to the 1985 Trust (the "Asset Transfer").

3. I am aware that my late husband, Chief Twinn engaged a good deal of professional expertise to advise on the Trusts and the Asset Transfer. I am aware that one of those individuals was Ron Ewoniak, Chartered Accountant, of the accounting firm now known as Deloitte.
4. I recently spoke with Mr. Ewoniak, who is now a retired partner of the Edmonton office of Deloitte.
5. Mr. Ewoniak advised me of the following:
 - (a) In his capacity as an accountant at Deloitte, he provided professional advice to my late husband, Chief Walter Twinn ("Walter"). While he was a partner at Deloitte, Walter was the instructing client for numerous matters that Mr. Ewoniak worked with him on. Mr. Ewoniak first met and began to provide professional advice to Walter in or about 1969-1970.
 - (b) He was aware that Walter was the settlor of the Trusts and Mr. Ewoniak provided professional services to Walter in relation to these Trusts and the assets held by them until his retirement from Deloitte in 1996.
 - (c) After his retirement from Deloitte, he was asked and accepted the position as chair of the Trusts. Mr. Ewoniak held that position in 2008 and withdrew as chair in 2009.

TRUST STRUCTURE AND ASSETS

- (d) At some point in the late 1970s, he suggested to Walter it was advantageous to create and use a trust structure to hold corporate assets. Walter accepted his advice. They established a trust in 1982 and subsequently established the 1985 Trust and the 1986 Trust. Mr. Ewoniak understood that Walter wished to keep assets out of the Band and keep ownership of the assets separate from the SFN. This would allow for tax planning and limit the exposure of the assets to Band politics. They engaged a number of lawyers with expertise in trust law to assist with the structure from various law firms. Over the years, these lawyers included Dave Fennel, David Jones, Maurice Cullity who became a Justice in Ontario as well as others. A great deal of legal expertise was engaged.
- (e) Throughout the period of Mr. Ewoniak's assistance to Walter, several businesses were created and developed. Ultimately these corporations were owned by the 1985 Trust and 1986 Trust. A chronology of some of the developments and events that Mr. Ewoniak recalled or had some involvement with or knowledge of included the following:
 - 1972 – Sawridge Motor Hotel opens in the Town of Slave Lake;
 - 1981 – Additions are made to the Sawridge Motor Hotel and staff apartments are built in Slave Lake;
 - 1983 – The Sawridge Hotel in Jasper is constructed;
 - February 12, 1984 – There is a grand opening of the Sawridge Hotel, in Jasper;
 - January 15, 1985 – The Sawridge Truck Stop is opened;
 - 1985 – The Sawridge Manor Apartment complex (56 Suites) is opened;

- April 7, 1988 – The Sawridge Hotel in Fort McMurray is acquired;
 - March 1990 – The Sawridge Plaza Mall in the Town of Slave Lake is opened;
 - 1993 – The Water Bottling Plant is acquired.
- (f) The first entrepreneurial venture to build the hotel in Slave Lake in 1972 was financed by money from outside the SFN. Third Parties provided funding for this project, such as grants from the Department of Regional Economic Expansion ("DREE"). His recollection is that SFN funds were not invested into the Slave Lake Hotel. He recalls there was a mortgage on that property and the mortgagor required various conditions with respect to the operations of the hotel that included outsourcing the hotel manager who ultimately was recruited from the Hotel MacDonald in Edmonton.
- (g) He recalls a video created in 1987 wherein he spoke about the financing of the Slave Lake Hotel. In that video he specifically addressed that it was basically impossible for a Band to obtain funding to finance projects like the projects Walter was pursuing. In that video he indicated that, after several months of negotiations, money was obtained from DREE and provided to a corporate entity, consistent with the intention to separate assets from the SFN.
- (h) He believed that Walter obtained a skilled group of professional advisors to assist him with developing these assets and the structure within which they were held. He believed it was done properly and that was certainly the advice that he and Walter were receiving at the time.
- (i) Mr. Ewoniak was involved when the 1985 Trust and the 1986 Trust were created. He took care to ensure that everything was properly completed. Walter retained and received advice from quality advisors in relation to the Asset Transfer, again including Maurice Cullity. At the time of the transfer from the 1982 Trust to the 1985 Trust they had the same beneficiaries and this was determined by the same Legislation. He attended many meetings that addressed details with respect to establishing the 1985 Trust and the 1986 Trust, including what assets were created and transferred.
- (j) His recollection was that a combination of the 1985 Trust and the 1986 Trust captured all of the interests of the beneficiaries, including people who may become SFN members pursuant to Bill C-31.
- (k) At the time, he understood that Walter was concerned that proposed Legislation changes would result in a significant increase in Band members with voting power. This in turn would result in potential changes to voting rights and would possibly result in a significant transfer of power and control to a potential influx of new members. He understood that one of Walter's concerns was that this influx may result in a new Band council which may dissipate assets. This is partly why that trust structure was contemplated to protect the assets.
- (l) He recalled that Walter was concerned about the equitable treatment of band members who had previously enfranchised compared to members who remained. People who previously enfranchised received a per capital payment of money from the SFN. His recollection is that there was large sum of money paid out during this process and that, afterwards, Walter felt it would be unfair if these peoples' memberships were restored

without repayment of those funds when people who did not enfranchise did not receive a payout.

- (m) At the time the Trusts were set up, which is now several decades ago, there were certainly numerous compelling reasons why he and Walter set up the Trust structure and legal advice was obtained throughout the process.
- (n) He understood that the 1982 Trust was dissolved after the Asset Transfer and he and Walter conducted themselves on that understanding. After the 1982 Trust was dissolved, he believes there were no financial statements created for the 1982 Trust, no tax filings, no meetings, no resolutions or records of decisions because they believed it had ceased to exist.
- (o) He inquired with Deloitte whether it had maintained any records in relation to these historical transactions and Deloitte did not have records that far back. However, he expected that there are records either held by the Trusts, at law firms or in the possession of the SFN that would corroborate the information he provided to me.
- (p) It was the intention and the understanding of himself and Walter that the companies and corporate assets that were transferred into the 1985 Trust and 1986 Trust were owned by those Trusts for the beneficiaries of each of those Trusts. This was clear to him and appeared to him to be clear to all whom he was involved with at the time, including Walter.
- (q) For many years, the 1985 Trust distributed a large cheque to one or more of the beneficiaries, for the purpose of triggering a tax advantage. This distribution was then wholly gifted back to the 1985 Trust by the beneficiary. Therefore there were distributions made from the 1985 Trust. He believes the Trusts should have records of these distributions. Any suggestion that the 1985 Trust has never made a distribution of its assets to its beneficiaries is inaccurate.

6. I swear this Affidavit as evidence for the Court and for no improper purpose.

SWORN BEFORE ME at the
City of Edmonton
in the Province of Alberta
the 24 day of January 2020

Crista C. Osu.
A Commissioner for Oaths in and
for the Province of Alberta

)
)
)
)
)
)
)
)
)
)
Catherine Twinn
CATHERINE TWINN

Crista C. Osuaidini
a Notary Public and Commissioner for Oaths
in and for the Province of Alberta
My Appointment expires at the Pleasure
of the Lieutenant Governor

TAB E

1 COURT FILE NO: 1103 14112

2 COURT: QUEEN'S BENCH OF ALBERTA

3 JUDICIAL CENTRE: EDMONTON

4 IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT,
5 R.S.A. 2000, c. T-8, AS AMENDED, and

6 IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND
7 INTER VIVOS SETTLEMENT CREATED BY
8 CHIEF WALTER PATRICK TWINN, OF THE
9 SAWRIDGE INDIAN BAND, NO. 19, now
known as SAWRIDGE FIRST NATION ON
APRIL 15, 1985 (the "1985 Sawridge
Trust")

10 APPLICANT: ROLAND TWINN, MARGARET WARD, TRACEY
11 SCARLETT, EVERETT JUSTIN TWINN AND
12 DAVID MAJESKI, as Trustees for the
13 1985 Sawridge Trust

14 -----
15 QUESTIONING RE ASSET TRANSFER
16 ORDER APPLICATION

17 OF

18 CATHERINE TWINN
19 -----

19 S. Elzen-Hoskyn, Esq. For the Applicants

20 Ms. J. Hutchison and
21 P.J. Faulds, Esq. For the Public Trustee

22 Ms. C. Osualdini For Catherine Twinn

23 Ms. E. Sopko For Sawridge First Nation

24 Susan Stelter Court Reporter

25 Edmonton, Alberta

26 12 March, 2020
27

1 CATHERINE TWINN, SWORN AT 10:05 A.M., MARCH 12, 2020

2 QUESTIONED BY MS. HUTCHISON:

3 MS. HUTCHISON: Good morning, Ms. Twinn. Before we
4 get started I understand that we have counsel today
5 that would like to put some statements on the record so
6 I am just going to wait until they have an opportunity
7 to do that and then we will begin.

8 A Thank you.

9 MS. SOPKO: I am Ellery Sopko, I represent the
10 Sawridge First Nation which I will refer to just as
11 Sawridge. We are in receipt of Ms. Osualdini's letter
12 of March 6th and Ms. Hutchison's letter of March 10 and
13 responded in turn with our letter yesterday of March
14 11th. Sawridge is reserving its rights with respect to
15 the evidence that will be given by Ms. Twinn today, and
16 Sawridge wishes to make the following points on the
17 record:

18 First, it is Sawridge's position that this is a
19 questioning on an Affidavit. Second, Sawridge is
20 concerned over disclosure of information that Ms. Twinn
21 would have in her former capacity as counsel to
22 Sawridge. Ms. Twinn acted for Sawridge beginning in
23 the 1980s on matters involving the Sawridge Trust and
24 the Sawridge Trust assets. And third, Sawridge First
25 Nation questions the appropriateness of this
26 examination as the Public Trustee and Catherine Twinn
27 are not parties adverse in interest on the asset

1 transfer application. And Sawridge takes the position
2 that questioning can only be conducted by parties
3 adverse in interest under the Rules of Court.

4 Consequently, and having regard to those rules,
5 Sawridge reserves the right to make further submissions
6 at the application, the asset transfer application, on
7 May 19th relating to the appropriateness of the Public
8 Trustee's questioning of Ms. Twinn and the
9 admissibility of any evidence obtained through
10 questioning, and Sawridge reserves its right to
11 challenge the admissibility of evidence on the grounds
12 that it was obtained through questioning by a party who
13 is not adverse in interest, that it is subject of
14 privilege, that it is irrelevant or immaterial, or any
15 other proper objection.

16 MR. ELZEN-HOSTYN: And I am Simon Elzen-Hostyn of
17 Dentons Canada, and I represent Roland Twinn, Margaret
18 Ward, and Tracey Scarlett and Everett Justin Twinn and
19 David Majeski as Trustees for the 1985 Sawridge Trust,
20 and who I will refer to as the 1985 Trustees.

21 We have Ms. Osualdini's letter of March 6th, 2020
22 and Ms. Hutchison's letter of March 10th, 2020 and the
23 1985 Trustees are reserving their rights with respect
24 to the evidence that will be given by Ms. Twinn today.
25 The 1985 Trustees make the following points on the
26 record:

27 Firstly, the 1985 Trustees question the

1 MS. SOPKO: Is there a Sawridge document number
2 on it?

3 MS. HUTCHISON: Sawridge Document Number 1429, or
4 001429.

5 Q MS. HUTCHISON: Now, Ms. Twinn, the origin of this
6 document, it was produced by Mr. Bujold in response to
7 his own answers to undertakings. But is the date given
8 there for your commencement as a Trustee at December
9 18th, 1986, do you have any reason to believe that that
10 date is not accurate?

11 A No reason to believe it is not accurate. I did not do
12 the underlying research, and I had never seen the
13 underlying documentation. But I would accept those
14 dates.

15 Q Okay. And then in the course of this litigation, Ms.
16 Twinn, I understand you resigned as a Trustee, and that
17 was announced to be effective March 19th of 2018?

18 A Which is that?

19 Q If that date doesn't ring a bell, tab 27. Do you
20 recognize that document, Ms. Twinn?

21 A Yes.

22 Q I think that we will actually mark that as an exhibit
23 if the date doesn't ring a bell for you.

24 So. Ms. Twinn, you agree that your term as a
25 Sawridge Trustee ended March 19th, 2018?

26 A Correct.

27 Q Can we mark that.

1 beginning of my awakening.

2 And then in 1989 Walter finally did gain sobriety.
3 And from 1989 until 1997 he was sober. But when you
4 are inside an addictive system you know there are
5 rules. Don't talk, don't trust, don't feel. There is
6 a lot of scapegoating. I was a scapegoat. There is a
7 lot of blaming, there is a lot of dualism, it is black
8 or white, this or that, and it is chaotic. It is
9 chaotic.

10 So this period that we are talking about, you know,
11 '82 transfer, '85, '86, that was a period for me
12 personally that was high toxic stress. Also, I was a
13 mother and we have four sons. And one son was born in
14 October of '85, another son was born in January of '88,
15 and the three sons then -- the three oldest sons
16 experienced the alcoholism, the alcoholic family
17 system. And I can say that there was a lot of people
18 that wanted Walter drunk, and there is a lot of
19 exploitation.

20 Q So what I am hearing, Ms. Twinn, is this was a
21 disruptive time, there wasn't a process or a system to
22 educate new Trustees, to tell you about what your role
23 was or what the history was.

24 Was there a point in your role as an '85 Trustee
25 when you came to understand why the '85 Trust had been
26 created and what the history of that Trust was?

27 A Well, my understanding of the '85 Trust was Walter had

1 a number of concerns. And one of them was the
2 potential high impact of Bill C-31 on the membership
3 number. And Sawridge had experienced a very, very high
4 rate of enfranchisement. One family had enfranchised
5 and received a per capita share of about 1.2 million in
6 those dollars.

7 Q Do you know what year that was, Ms. Twinn, or roughly?

8 A I am going to guess early '80s.

9 Q Okay. And was that 1.3 million per person?

10 A I think it was 1.2. I think that was the family, and I
11 don't know how many family members there were.

12 Q Okay.

13 A And I know that in around that early '80s, that period,
14 it wasn't atypical for a per capita distribution upon
15 enfranchisement to be 3 to \$400,000 per person.

16 Q And when we are talking about enfranchisement, Ms.
17 Twinn, we are including women that lost their status
18 under Section 12 sub --

19 A However you went out. There were many, many ways in
20 which you could enfranchise, and there was a bit of a
21 legal fiction created around voluntary and involuntary
22 enfranchisement. For example, the male head of
23 household could enfranchise on his application his
24 entire family, which is involuntary in my mind. But --
25 and it is also a form of sex discrimination. But there
26 were those kinds of examples.

27 Then there were examples where people voluntarily

1 was taken out of the Indian Act and particularized.

2 But that was also the formulation that determined who
3 the members were under the '82 Trust.

4 Q Ms. Twinn, I'm just going to interject with a question.
5 So the payments that you are talking about on
6 enfranchisement, was it your understanding that those
7 payments came out of capital and revenue funds?

8 A Correct, that is my understanding.

9 Q And capital/revenue funds in part were used to settle
10 the Trusts that we are talking about as well?

11 A Correct. But I might add that not all of those assets
12 came from capital and revenue account monies.

13 Q Okay.

14 A Ron Ewoniak --

15 Q And we are talking '85?

16 A '85 Trust. I'm talking about the '85 Trust assets, I am
17 talking about the Sawridge Hotel in Slave Lake.

18 Q Okay.

19 A I am talking about a video that I did to honour Walter
20 on his 20th anniversary as Chief in 1986, which is a
21 public document.

22 Q I'm going to interrupt you for two seconds.

23 MS. OSUALDINI: Can I clarify your earlier
24 question, were you talking about settling the Trust or
25 being transferred into the Trust?

26 MS. HUTCHISON: The '86 Trust I believe it was
27 settled into.

1 when he retired. It says until his retirement from
2 Deloitte in 1996.

3 Q Okay. And obviously Mr. Ewoniak is still alive?

4 A He is still alive. He is very competent. And by the
5 way, so is Maurice Cullity, despite suggestions from
6 Dentons that he was not. He is very competent. He has
7 frailties given his age.

8 Q It appears from this January 24th, 2020 Affidavit that
9 you had a fairly recent conversation with Mr. Ewoniak,
10 is that fair?

11 A Correct.

12 Q Do you recall roughly the time frame?

13 A It was probably --

14 Q I see in paragraph 4 you recently spoke to him?

15 A Yeah, it would have been probably December and January
16 of 2020.

17 Q Okay.

18 A So before I filed, you know, just before I filed this
19 Affidavit.

20 Q And is Mr. Ewoniak --

21 A The discussions with Ron Ewoniak were very fresh, which
22 is why I wanted to file this Affidavit.

23 Q Thank you. Is Mr. Ewoniak still living in Alberta, in
24 Canada?

25 A He lives in Edmonton. He vacations typically from
26 January to March in Australia, and I believe -- wasn't
27 that when Australia was burning in January?

1 Q I believe so.

2 A Yeah, because I remember making a comment to him about
3 going in to the fire. And he said I will be a long
4 distance from that.

5 Q Okay. And my understanding from reading your Affidavit
6 is that Mr. Ewoniak is willing to share information
7 about these matters?

8 A He shared with me.

9 Q Has he indicated if he has maintained any of his own
10 records about these matters?

11 A I did not ask him if he personally had records, but I
12 would think that these large professional entities like
13 Deloitte, and Davies Ward Phillips & Vineberg and
14 others would have retained records which would be
15 available and helpful.

16 Q Okay. So we were chatting about your understanding of
17 the purpose of the '85 Trust?

18 A Yeah.

19 Q Is there a time frame that you can sort of pinpoint
20 about when you became aware of those purposes?

21 A Well, I talked about one purpose.

22 Q M-hm.

23 A I didn't talk about the other purpose.

24 Q Okay, please continue.

25 A So the first purpose being prevention of dissipation
26 and securing some equity as between people who had left
27 and taken out per capita shares and those who had

1 of payables.

2 Q And is it your recollection that Shannon Twin acted as
3 sort of an admin assistant to the Trustees, or was she
4 more of an executive --

5 A She was an accountant.

6 Q An accountant, okay.

7 A So she would have been housed in the Sawridge
8 administration building.

9 Q Okay.

10 A And how all of that worked I don't know. Mike McKinney
11 would know all of this.

12 Q Okay. And I realize that it is a long time ago, but if
13 I try to take you back to some of the -- well, I should
14 ask this. Between '86, your appointment, and 2003 did
15 the 1985 Trustees meet on a regular basis?

16 A No.

17 Q Did they meet at all?

18 A Well, they may have met. Sorry, 2003. No, let me go
19 back to --

20 Q I am using that for --

21 A I'm thinking when things for me became very active was
22 1997. Walter died October 1997.

23 Q Okay.

24 A And November 1997 is when I started to become active.

25 Q Okay.

26 A And prior to that I was not. And I believe Bertha was
27 appointed in November of 1997 as a Trustee. But I need

1 to look at the tab with the list.

2 Q Tab 18.

3 A Tab 18.

4 Q So Sawridge 001429 indicates November 21st, 1997.

5 A That sounds right.

6 Q Okay.

7 A And she was also installed as a Chief in around then.

8 And the reporting and affairs regarding the management
9 of Trust assets was going through that Sawridge Band
10 administration. And I was outside of that. I was not
11 a Band employee, I was not -- I didn't have any
12 employment capacity.

13 Q Okay.

14 A So I was not in the know, per se.

15 Q Okay. And did that change in November 1997?

16 A Yes. Well, it started to change. And my involvement
17 grew from there.

18 Q Okay. So in terms of how things were managed, how
19 meetings were organized, who attended Trustee meetings
20 prior to that November 1997, I take it that you have
21 limited information?

22 A Well, there were meetings between '97 and 2003.

23 Q Okay. Let's go before '97, though. Do you have any
24 information?

25 A Again, records would have been in the Sawridge Band
26 administration.

27 Q And you don't have those records?

TAB

F

29/1-97182/5-121204spm

SAWRIDGE ENTERPRISES LTD.

(Incorporated under the laws of the Province of Alberta)

DEMAND DEBENTURE - \$12,000,000.00

WHEREAS:

A. ^{address on 2nd page.}
WALTER P. TWINN (herein called the "Holder") as Trustee for the SAWRIDGE INDIAN BAND a band of Indians maintaining a reserve at or near the Town of Slave Lake in the Province of Alberta, has advanced to SAWRIDGE ENTERPRISES LTD. formerly known as Sawridge Native Enterprises Ltd; (herein called the "Company") the sum (herein called the "Present Indebtedness") of TEN MILLION EIGHT HUNDRED SEVENTY THOUSAND (\$10,870,000.00) DOLLARS as evidenced by a series of demand promissory notes, which demand promissory notes were to be further collaterally secured by way of a debenture.

B. The Company has requested an additional sum of money (herein called the "Additional Indebtedness") in the amount of ONE MILLION ONE HUNDRED THIRTY THOUSAND (\$1,130,000.00) DOLLARS.

C. WHEREAS the Holder has agreed to advance the Additional Indebtedness only if the Company grants a debenture to the Holder in the principal amount of TWELVE MILLION (\$12,000,000.00) DOLLARS (herein called the "Principal Sum"), such debenture to secure the Present Indebtedness and to secure the Additional Indebtedness of the Company to the Holder.

FOR VALUE RECEIVED, the receipt and sufficiency of which is hereby acknowledged, the Company hereby covenants and agrees with the Holder as follows:

1. (a) The Company acknowledges itself indebted to and promises to pay to the Holder on demand, or on such earlier date as the indebtedness hereby secured becomes payable in accordance with

the terms of this debenture or by operation of law, at his office located at the Sawridge Indian Reserve, Slave Lake, Alberta or at such other address as the Company may receive written notice of from the Holder from time to time, the Principal Sum together with interest thereon or on so much thereafter as shall from time to time remain unpaid at the rate specified in clause 1(b), such interest being payable before and after demand, default and judgment. Interest at the rate specified shall accrue from and after June 1, 1984, being the interest adjustment date, and shall be calculated half-yearly not in advance on the 1st day of June and on the 1st day of December, in each and every year during which this debenture remains undischarged by the Holder (the first of which calculations and compounding shall be made on the first of such dates next following the interest adjustment date); and

- (b) Interest shall accrue at the rate per annum equal to Three (3%) per cent in excess of the "Prime Rate" as herein defined. The "Prime Rate" means the prime commercial lending rate published and charged by The Bank of Nova Scotia (a chartered bank of Canada with corporate head offices in the City of Halifax, in the Province of Nova Scotia) on substantial Canadian Dollar loans to its prime risk commercial customers. It is understood and agreed that the Prime Rate is a variable rate published and charged by The Bank of Nova Scotia from time to time and that if and whenever the Prime Rate is varied by The Bank of Nova Scotia the interest rate hereunder shall also be varied, so that at all times the interest rate hereunder, computed on the daily minimum balance, shall be the Prime Rate then in effect plus Three (3%) per annum. The Company by these presents, hereby waives dispute of and contest with the Prime Rate, and of the effective date of any change thereto, whether or not the Company shall have received notice in respect of any change. It being provided and agreed that interest at the Prime Rate in effect from time to time on the Principal Sum, or on such part thereof as has been

from time to time advanced and is then outstanding is computed from (and including) the date the Principal Sum or any part thereof is advanced.

2. The amount of the Principal Sum already advanced under and secured by this debenture is the Present Indebtedness and the rate of interest chargeable thereon is the Prime Rate plus Three (3%) per centum per annum calculated half yearly and not in advance. The amount of Principal Sum which remains to be advanced under and secured by this debenture is the Additional Indebtedness and the rate of interest chargeable thereon is the Prime Rate plus Three (3%) per centum per annum calculated half-yearly and not in advance.

3. As security for the due payment of the Principal Sum and interest and all other debts, liabilities and indebtedness of the Company to the Holder, whether such indebtedness arises under this debenture or not, from time to time owing on the security of these presents and for the due performance of the obligations of the Company herein contained:

- (a) The Company hereby mortgages by way of a fixed and specific mortgage and charge to and in favour of the Holder all its estate and interest in fee simple in possession of those parcels of land (herein called the "Lands") situate in the Town of Slave Lake, in the Province of Alberta, more particularly described in the First Schedule hereto and including all buildings, improvements, plant, erections, fixtures and fixed equipment of the Company now or at any time hereafter placed thereon and any and all rights, interests, licenses, franchises and privileges appertaining thereto or connected therewith, and any replacement property subject however to such encumbrances, liens and interests as are described in the first schedule hereto as "Permitted Encumbrances";

(b) The Company hereby mortgages by way of a fixed and specific mortgage and charge to and in favour of the Holder its leasehold estate in possession and interest in that parcel of land (herein called the "Leased Lands") situate in the Town of Jasper, in the Province of Alberta, more particularly described in the Second Schedule hereto, and including all buildings, improvements, plant, erections, fixtures and fixed equipment of the Company now or at any time hereafter placed thereon and any and all rights, interests licenses, franchises and privileges appertaining thereto or connected therewith, and any replacement property subject however to such encumbrances, liens and interests as are described in the second schedule hereto as "Permitted Encumbrances"; and

(c) The Corporation hereby grants, assigns, transfers sets over, mortgages, pledges, charges, confirms and encumbers, as and by way of a floating charge, to and in favour of the Holder, all its undertaking and all its property and assets, real and personal, movable and immovable, of whatsoever nature and wheresoever situate, both present and future, including, without in any way limiting the generality of the foregoing, its present and future goodwill, trademarks, inventions, processes, patents and patent rights, franchises, benefits, immunities, materials, supplies, inventories, furniture, equipment, revenues, incomes, contracts, leases, licences, credits, book debts, accounts receivable, negotiable and non-negotiable instruments, judgments, choses in actions, stocks, shares, securities, including without limiting the generality of the foregoing its uncalled capital and all other property and things of value tangible or intangible, legal or equitable, including without limitation all interests of the Company under any conditional sales, mortgage or lease agreements subject however to such encumbrances, liens and interests as are described in the third

schedule hereto as "Permitted Encumbrances"; Provided that the floating charge created in this clause 3(c) shall not in any way hinder or prevent the Company (until the security hereby constituted shall have become enforceable) from leasing, mortgaging, pledging, selling, alienating, assigning, giving security to its bankers under The Bank Act or otherwise charging, disposing of or dealing with that portion of the Mortgaged Property that is subject to the floating charge in the ordinary course of its business and for the purpose of carrying on the same and without limitation shall not hinder or prevent the Company from borrowing from bankers or others upon the security of the Company's accounts or bills receivable or mercantile documents or any other property, such sums of money as the Company may from time to time deem necessary in the ordinary course of the Company's business and for the purpose of carrying on the same.

- (d) It is acknowledged that the property charged by clauses 3(a), 3(b), and 3(c) is herein collectively called the "Mortgaged Property".

4. Neither the execution nor registration nor acceptance of this debenture, nor the advance of part of the monies secured hereby shall bind the Holder to advance the entire sum or any unadvanced portion thereof, but nevertheless this debenture and the mortgage and charge hereby created shall take effect forthwith upon the execution hereof, whether the monies hereby secured shall be advanced before, after or upon the date of execution of these presents, and if the Principal Sum or any part thereof shall not be advanced at the date hereof, the Holder may advance the same in one or more sums to the Company or to its order at any future date or dates, and the amounts of such advances when so made shall be secured hereby and be repayable with interest as herein provided.

5. This Debenture is issued subject to and with the benefit of the conditions and schedules hereto annexed which are deemed to be part of it.

- 6 -

In witness whereof the Company has executed this debenture by the hands of its duly authorized officers in that behalf and under its corporate seal this 21 day of January, 1985.

SAWRIDGE ENTERPRISES LTD.

Per: [Signature]
President

(corporate seal)

Per: [Signature]
Secretary

CONDITIONS OF DEBENTURE

THE FOLLOWING ARE THE CONDITIONS REFERRED TO IN THE DEBENTURE DATED JANUARY 21, 1985 AND TO WHICH THESE CONDITIONS ARE ATTACHED.

THE COMPANY HEREBY COVENANTS AND AGREES WITH THE HOLDER THAT:

1. This debenture is a single debenture securing the Principal Sum of TWELVE MILLION (\$12,000,000.00) DOLLARS, interest and all other sums made payable by this debenture and is a charge upon the Mortgaged Property and the Company is not at liberty to create any mortgage or charge in priority to or pari passu with this debenture, save as specifically provided herein.
2. The Company lawfully owns and is lawfully in possession of the Mortgaged Property; that it has a good right and lawful authority to grant, convey, assign, transfer, hypothecate, mortgage, pledge and/or charge the Mortgaged Property as herein provided; that the Mortgaged Property is free and clear of any deed of trust, mortgage, lien or similar charge or encumbrance except such as are known to and permitted by the Holder and as set out in Schedules 1, 2 and 3 and called the "Permitted Encumbrances"; that on default the Holder shall have quiet possession of the Mortgaged Property, free from all encumbrances save as herein provided; and that it will warrant and defend the title of the Mortgaged Property and every part thereof, whether now owned or hereafter acquired by the Company, against the claims and demands of all persons whomsoever.
3. This debenture is given as additional and collateral security to and not in substitution for a series of 13 promissory notes (the "Notes") given by the Company payable to Holder and dated July 31, 1973, July 31, 1974, July 31, 1975, July 31, 1976, July 31, 1977, November 30, 1977, July 31, 1978, December 31, 1978, December 31, 1979, December 31, 1980, December 31, 1981, December 31, 1982, December 31, 1983 and any renewals, replacements or substitutions thereof. Payments made under the Notes shall be credited against payments due hereunder, and vice versa, and notwithstanding anything contained in the Notes or in any renewals, replacements or substitutions thereof, if the whole of the Principal Sum

hereby secured shall forthwith be due and payable upon any default or breach by the Company of any covenant, agreement or provision of this debenture, the whole of the Principal Sum and interest owing under the Notes or any renewals, replacements or substitutions thereof shall likewise and forthwith shall be due and payable.

4. The Company acknowledges that any monies advanced prior to the execution of this debenture were advanced on the condition that this debenture be granted to the Holder as security for such advance.

5. The Company will duly and punctually pay or cause to be paid to the Holder the Principal Sum together with interest accrued thereon, and in the case of default, compound interest, and any other monies due or payable under the debenture at the date and places and in the manner mentioned herein.

6. The Company will maintain its corporate existence, diligently preserve all its rights, powers, privileges, franchises and good will; carry on and conduct its business in a proper and efficient manner so as to preserve and protect the Mortgaged Property and the earnings, income, rents, issues and profits thereof; duly observe, and perform all valid requirements of any governmental or municipal authority relative to the Mortgaged Property or any part thereof and all covenants, terms and conditions upon or under which the Mortgaged Property is held; and exercise any rights of renewal or extensions of any lease, license, concession, franchise or other right, whenever, in the opinion of the Company, it is advantageous to the Company to do so.

7. The Company will punctually pay and discharge every obligation lawfully incurred by it or imposed upon it or the Mortgaged Property or any part thereof, by virtue of any law, regulation, order, direction or requirement of any competent authority or any contract, agreement, lease, license, concession, franchise or otherwise, the failure to pay or discharge which might result in any lien or charge against the Mortgaged

Property or any part thereof and will exhibit to the Holder when required a certificate of the Company's auditor or other evidence establishing such payment; provided that the Company may, upon furnishing such security, if any, as the Holder may require, refrain from paying and discharging any such obligation so long as it shall in good faith contest its liability therefor.

8. The Company does hereby indemnify and save harmless the Holder from all liability and damages of whatsoever nature which may be incurred or caused in connection with the use and operation of the Mortgaged Property or any part thereof.

9. The Company will fully and effectually maintain and keep maintained the security herein created as a valid and effective security at all times and it will not, save as herein permitted, permit or suffer the registration of any lien, privilege or charge of workmen, builders, contractors, architects or suppliers of materials upon or in respect of the Mortgaged Property or any part thereof which would rank prior to or pari passu with this debenture; provided that the registration of such lien, privilege or charge shall not be deemed to be a breach of this covenant if the Company shall desire to contest the same and shall give security to the satisfaction of the Holder for the due payment or discharge of the amount claimed in respect thereof in case it shall be held to be a valid lien, privilege or charge.

10. The Company will not, without prior written consent of the Holder permit any of its lessees to pay to the Company or to any party whomsoever other than the Holder, in advance of the time specified in any lease (or renewal thereof) of space or premises in the building situate on the Lands or Leased Lands the rentals payable thereunder or permit any such lessee to surrender any lease of such space or premises, or otherwise terminate the term granted by such lease or other renewal thereof, or materially alter or amend or agree to alter or amend any of the provisions of such lease or any renewal thereof.

11. The last day of any term of years or any extended term as the case may be reserved by any lease, verbal or written, or any agreement therefor, now held or hereafter acquired by the Company is excepted out of the Mortgaged Property but the Company shall stand possessed of any such reversion upon trust to assign and dispose thereof as the Holder may direct.

12. (a) The Company will keep proper books of account and make therein true and faithful entries of all dealings and transactions in relation to its business, permit the Holder by its agents, auditors and accountants to examine the books of account, records, reports and other papers of the Company or to conduct an audit of its books and accounts by a qualified accountant selected by the Holder and for such purposes the Company shall make available to such persons all books of record and all vouchers, books, papers and documents which may relate to the Company's business, who may make copies thereof and take extracts therefrom.

(b) The Company will during the continuance of this Debenture and until the same has been discharged by the Holder furnish to the Holder annually within ninety (90) days of the end of each of the Company's fiscal years, balance sheets and statements covering the operations of the Company upon the Lands and the Leased Lands for the preceding year, and in each case with supporting schedules, detailed profit and loss accounts and explanations of all items of an unusual nature, all audited by a chartered accountant or firm of chartered accountants satisfactory to the Holder; and as well copies of every audited financial statement or statements which may be prepared from time to time of the Company's affairs;

(c) The officers or authorized agents of the Holder shall have the right to visit and inspect the Mortgaged Property or any part thereof and discuss the affairs, finances and accounts of the

Company with the officers of the Company, all upon reasonable notice, at reasonable times and as often as the Holder may reasonably require.

13. The Company will pay when and as the same fall due all taxes, rates, assessments, liens, charges, encumbrances or claims which are or may be or become charges or claims against the Mortgaged Property, or which may be validly levied, assessed or imposed upon it or upon the Mortgaged Property; provided that in respect of municipal taxes against the Mortgaged Property or any part thereof upon default of payment by the Company of taxes as aforesaid, then the Holder may pay such taxes and also any liens, charges and encumbrances which may be charged against the Mortgaged Property, but shall not be obligated so to do, and all monies expended by the Holder for any such purposes shall be added to the Principal Sum hereby secured and be repaid by the Company to the Holder forthwith and interest on the unpaid amount shall be at the Prime Rate plus Three (3%) per centum per annum until such sum together with interest is paid calculated from the date of payment by the Holder.

14. All erections, buildings, fences, machinery, plant and improvements, fixed or otherwise, now or hereafter put upon the Lands and Leased Lands including, but without limiting the generality of the foregoing, all furnaces, boilers, plumbing, heating and airconditioning equipment, elevators, light fixtures, storm windows, storm doors and screens and all apparatus and equipment appurtenant thereto, are and will, in addition to any other fixtures thereon, become fixtures and form part of the realty and of the security of this debenture, and the Company will not permit any act of waste thereon.

15. The Company will repair and keep in good order and condition all buildings, erections, machinery and other plant and equipment and appurtenances thereto, the use of which is necessary or advantageous in connection with its business, up to a modern standard of usage and maintain the same consistent with the best practice of other companies working similar undertakings; renew and replace all and any of the same

which may be worn, dilapidated, unserviceable, obsolete, inconvenient or destroyed, or may otherwise require renewal or replacement and at all reasonable times allow the Holder or its representatives access to its premises in order to view the state and condition the same are in, and in the event of any loss or damage thereto or destruction thereof the Holder may give notice to the Company to repair, rebuild, replace or reinstate within a time to be determined by the Holder to be stated in such notice and upon the Company failing to so repair, rebuild, replace or reinstate within such time such failure shall constitute a breach of covenant hereunder.

16. The Company will not remove or destroy the buildings or any machinery, fixtures or improvements thereon now or hereafter in, upon or under the buildings or the Lands and Leased Lands, unless the same be worn out or rendered unfit for use or unless such removal is with a view to immediately replace the same by other property of greater or of at least equal value, unless it shall appear by a certificate of the Company delivered to the Holder and the Holder concurs, that such property is no longer useful in the conduct of the Company's business, and need not be replaced.

17. If the Company shall fail to perform any covenant on its part herein contained the Holder may in its discretion, but shall not be obligated to perform any of the said covenants capable of being performed by it, and if any such covenant requires the payment or expenditure of money it may make such payments or expenditures and all sums so expended or advanced shall be at once repayable by the Company and shall bear interest calculated from the date such sums are expended by the Holder at the Prime Rate plus Three (3%) per annum until paid and shall be secured hereby as is the Principal Sum, but no performance or payment shall be deemed to relieve the Company from any default hereunder.

18. All proper inspectors', lawyers, valuers' and surveyors' fees and expenses for examining the Mortgaged Property and the title thereto and for making or maintaining this debenture and charge upon the Mortgaged Property, together with all sums which the Holder may and does from time

to time advance, expend or incur hereunder for principal, insurance premiums, taxes, rates or in or towards payment of prior liens, charges, encumbrances or claims charged or to be charged against the Lands, Leased Lands or other Mortgaged Property, or in repairing, replacing or reinstating the Mortgaged Property as hereinbefore provided, or in inspecting, leasing, managing or improving the Mortgaged Property or in exercising or enforcing or attempting to enforce or in pursuance of any right, power, remedy or purpose hereunder including legal costs as between solicitor and his own client relative thereto are to be secured hereby and shall be a charge upon the Mortgaged Property together with interest at the Prime Rate plus three (3%) per annum, and all such monies shall be repayable to the Holder on demand.

19. (a) The Company shall at its sole expense forthwith insure and during the continuance of this security keep insured against loss or damage by fire, lightning, explosion, smoke, tornado, cyclone, boiler or such other risks or perils as the Holder may deem expedient or require, with extended coverage and replacement cost endorsements, each and every building now or hereafter erected or placed on the Lands and Leased Lands (and if the property of the Company, the said contents) to their full insurable value, excluding in the case of buildings the cost of excavations and foundations, and in any event to the extent of at least the full insurable value thereof with an insurance company or companies to be approved by the Holder and subject thereto the Company shall duly maintain the amount of insurance thereon that may be required by any co-insurance clause in any such policy.
- (b) The Company shall at its sole expense forthwith insure and during the continuance of this security shall maintain public liability insurance policies in an amount which shall be satisfactory to the Holder and shall name the Holder as an insured under those policies.

20. In the event of loss, the Holder at its option and as it in its sole discretion may deem appropriate, may apply the insurance proceeds regressively against the balance outstanding against the Company or release said proceeds to the Company to repair, replace or rebuild, or apply the said proceeds or any part thereof to repair, replace or rebuild or partly one and partly the others, and that nothing done under this paragraph shall operate as payment or novation or in any way affect the security hereof or any other security for the amount hereby secured.

21. The Company shall also insure and keep insured against loss or damage by the same perils in like manner in like companies or by other approved insurers and to their full insurable value all of its property which is of a character usually insured by same or similar locations and carrying on a business similar to that of the Company.

22. The Company shall promptly pay as they become due all premiums and all other sums payable for maintaining all such insurance and will not do or suffer anything whereby such insurance may be vitiated. The loss under such policy or policies of insurance shall, where appropriate, be made payable to the Holder as its interest may appear and subject to a standard mortgage clause. The Company will forthwith deliver to the Holder such policy or policies of insurance or certified copies thereof and the receipts proving payment of the premiums thereto appertaining. Each policy may be kept by the Holder during the currency of this debenture and until the debenture is discharged by the Holder and should an insurer at any time cease to have the approval of the Holder the Company will forthwith effect such new insurance as the Holder may desire. Notwithstanding anything to the contrary herein contained, if the Company does not keep the Mortgaged Property insured as aforesaid, or pay the said premiums, or deliver such receipts and produce to the Holder at least thirty (30) days before the termination of the insurance then existing proof of renewal thereof, then the Holder will be entitled, but not obligated, to insure the Mortgaged Property or any part of them, and all monies expended by it shall be repaid by the Company on demand, and in the meantime the amount of such payments shall be added to the Principal Sum

hereby secured and shall bear interest at the Prime Rate plus three (3%) per cent per annum from the time of such payment and all such payments shall become a part of the Principal Sum secured by this Debenture and shall be a charge upon the Mortgaged Property. All monies received by virtue of any such policy or policies may at the option of the Holder either be forthwith applied in or towards the payment of the Principal Sum. And in case of surplus then it may be paid over in whole or in part to the Company. On the happening of any loss or damage to Mortgaged Property the Company shall forthwith notify the insurer and the Holder and and the Company at its expense shall complete all the necessary proofs of loss and do all necessary acts to enable the Holder to obtain payment of the insurance monies.

23. The Holder may release any part or parts of the Mortgaged Property at its discretion, either with or without any consideration therefor, without being accountable for the value thereof, or any monies except those actually received by it, and without releasing thereby any other part of the Mortgaged Property or any other securities and without releasing the Company from any other covenants herein expressed or implied.

24. That the Company shall when so directed by the Holder execute, acknowledge, issue and deliver unto the Holder by the proper officers of the Company, deeds or indentures supplemental hereto which thereafter shall form part hereof for any one or more of the following purposes:

- (a) correcting or amplifying the description of any property specifically mortgaged, pledged or charged or intended so to be;
- (b) making any corrections or changes as Counsel advises are required for the purpose of curing or correcting any ambiguity or defective or inconsistent provisions or clerical omission or mistake or manifest error contained herein or in any deed or indenture supplemental or ancillary hereto; and

- (c) executing any other documents or performing any other acts which are reasonably required to better secure the Holder under the debenture.

C. IT IS AGREED BETWEEN THE PARTIES HERETO THAT:

25. The whole of the Principal Sum and interest and other monies owing under the debenture hereby secured, shall at the option of the Holder, immediately become due and payable without demand and the security hereby constituted shall become enforceable:

- (a) if the Company makes default in the payment of the Principal Sum, interest or other monies hereby secured, or in the observance or performance of any covenant, condition or proviso binding upon the Company by virtue of these presents or makes default under any of the covenants contained in any security collateral, supplemental or separate to this debenture, whether or not the Company is in default hereunder;
- (b) if an order is made or an effective resolution passed for the winding up of the Company;
- (c) if the Company becomes insolvent or makes an authorized assignment or commits an act of bankruptcy or is subject to the provisions of the Bankruptcy Act or any successor or replacement legislation or any other bankruptcy or insolvency legislation;
- (d) if any process of execution is enforced or levied upon the Mortgaged Property or any part thereof and remains unsatisfied for a period of five (5) days as to personal property and three (3) weeks as to real property, provided that such process of execution is not in good faith disputed by the Company and in that event provided further that nonpayment shall not, in the sole discretion of the Holder, jeopardize or impair its interests, and that further the Company shall in that event also

give additional security which in the discretion of the Holder shall or may be sufficient to pay in full the amount claimed under any such execution in the event that it shall be held to be valid;

- (e) if a receiver of the Company's undertaking or any part thereof shall be appointed or if the security constituted by any mortgage, bond, trust deed or other debenture or debentures of the Company heretofore or hereafter issued shall become enforceable pursuant to the terms and conditions therein contained;
- (f) if the Company shall except as may be specifically allowed herein sell or dispose of or in any way part with possession of the Mortgaged Property, or any substantial portion thereof or make a bulk sale of its assets, or remove or suffer the removal of the furnishings, chattels and equipment forming a part of the Mortgaged Property or any part thereof from the Lands or Leased Lands;
- (g) if a charge, or encumbrance created or issued by the Company having the nature of a floating or fixed charge upon the Mortgaged Property shall become enforceable;
- (h) if the Company ceases or threatens to cease to carry on its business;
- (i) if the Company shall without the consent of the Holder make or attempt to make any alterations in the provisions of its By-Laws or Articles of Incorporation which might in the sole discretion of the Holder detrimentally affect its security;
- (j) if the Company shall, without the permission of the Holder, create or propose or attempt to create, any charge or mortgage

ranking or which may be made to rank pari passu with or in priority to the security hereby constituted;

(k) if the Company is in default in respect of any indebtedness to any creditor of the Company; and

(l) in any circumstance in which the Holder, in his sole discretion, deems it necessary to protect his security.

26. All payments made by the Company to the Holder shall be applied to interest then outstanding, and the remainder, if any, against the principal.

27. This debenture shall be assignable by the Holder without notice to the Company. Further the Holder may negotiate the debenture without notice to the Company at any time during the currency of the debenture and until the same has been discharged by the Holder.

28. The Company shall immediately, upon request by the Holder, pledge the debenture to the Holder.

29. Upon the happening of any event upon which the security hereby constituted becomes enforceable as in clause 25 hereof, and in addition to all other rights and remedies to which the Holder is entitled either at law or equity the Holder may, without notice to the Company, enter upon and take possession of the Mortgaged Property or any part thereof, either by itself or its agents and may, in its discretion, whether in or out of possession, and either before or after making any such entry, lease or sell, call in, collect or convert into money the same or any part thereof for such terms, periods and at such rents as the Holder shall think proper. Any such sale or conveyance of all or any part of the Mortgaged Property may be either a sale en bloc or in such parcels and either by public auction or by private contract and with or without any special conditions as to upset price, reserve bid, title or evidence of title or other matter as from time to time the Holder in its discretion thinks fit,

with power to vary or rescind any such contract of sale or buy in at any such auction and resell with or without being answerable for any loss. The Holder may at any sale of the Mortgaged Property or any part thereof, sell for a purchase consideration payable by installments either with or without taking security for the second and subsequent installments and may make and deliver to the purchaser good and sufficient transfers, assurances, and conveyances of such Mortgaged Property and give receipts for the purchase money, and any such sale shall be a perpetual bar both at law and in equity against the Company and all others claiming the Mortgaged Property or any part thereof by, from or under the Company. The Holder may become purchaser at any sale of the Mortgaged Property made pursuant to judicial proceedings. Nothing herein contained shall curtail or limit the remedies of the Holder as permitted by any law or statute to a mortgagee or creditor.

30. After the security hereby constituted shall have become enforceable and the Holder shall have determined to enforce the same, the Holder may without notice to the Company, by writing appoint a receiver or receivers of the Mortgaged Property or any part thereof and may remove any receiver so appointed and appoint another in his stead and the following provisions shall take effect:

- (a) such appointment may be made at any time either before or after the Holder shall have entered into or taken possession of the Mortgaged Premises or any part thereof;
- (b) any such receiver may be vested with any of the powers and discretions of the Holder;
- (c) such receiver may carry on the business of the Company or any part thereof;
- (d) such receiver shall have, possess and may exercise all powers vested or herein conferred upon the Holder including its power of sale of the security or part or parts thereof;

- (e) such receiver may, with the consent of the Holder borrow money for the purpose of carrying on the business of the Company, or the maintenance of the Mortgaged Premises or any part of parts thereof, or for other purposes approved by the Holder and any amount so borrowed together with interest thereon shall form a charge upon the Mortgaged Property in priority to the security of this debenture;
- (f) the Holder may from time to time fix the remuneration of every such receiver and direct the payment thereof out of the Mortgaged Property or the proceeds thereof; and
- (g) every such receiver shall, so far as concerns responsibility for his acts, be deemed to be the agent of the Company.

The term "receiver" as used in this debenture includes a receiver and manager.

31. In case the amount realized under any sale of the Mortgaged Property shall be insufficient to pay the whole of the principal, interest, costs, charges and expenses then due, the Company shall and will forthwith pay or cause to be paid unto the Holder any such deficiency.

32. For better securing the punctual payment of the Principal Sum and interest, and other amounts hereby secured the Company hereby attorns and becomes tenant to the Holder in regard to the Lands at a rental equivalent to the amounts hereby secured, and if the whole of the balance of the monies hereby secured shall become immediately due and payable and the security hereby constituted shall become enforceable as hereinbefore provided then such rental shall, if not already payable, be payable immediately thereafter. The legal relationship of landlord and tenant is hereby constituted between the Holder and the Company. The Holder may at any time after default hereunder enter upon the Lands and determine the tenancy hereby created without giving the Company any notice to quit. Neither this clause or anything by virtue thereof or any acts of the

receiver shall render the Holder a mortgagee in possession or accountable for any monies except those actually received.

33. The taking of a judgment or judgments under any of the covenants hereunder or pursuant to any collateral, additional or separate security will not operate as a merger of the said covenants or affect the Holder's right to interest at the rate and upon the terms aforesaid, and compound interest in the manner aforesaid, and the exercise or attempted exercise of one or more of the Holder's rights or remedies will not operate as a waiver of the remainder thereof and any and all of the said rights or remedies may be exercised successively or concurrently.

34. The Company hereby covenants and agrees with the Holder that it will at all times do, execute, acknowledge and deliver or cause to be done, executed, acknowledged and delivered all and every such further acts, deeds, mortgages, transfers and assurances in law as the Holder hereof shall reasonably require for the better assuring, mortgaging, assigning, and confirming unto the Holder the Mortgaged Property hereby mortgaged and charged or intended so to be or which the Company may hereafter become bound to mortgage and charge in favour of the Holder and for the better accomplishing of the intentions of this debenture.

35. In the event of default the Company hereby irrevocably appoints the Holder to be the attorney of the Company in the name and on behalf of the Company to execute and do any and all deeds, transfers, conveyances, assignments, assurances and things which the Company ought to execute and do under the covenants and provisions herein contained, and generally to use the name of the Company in the exercise of any or all of the powers hereby conferred on the Holder.

36. No remedy herein or in any collateral, additional or separate security conferred upon or reserved to the Holder is intended to be exclusive of any other remedy, but each and every such remedy shall be cumulative and shall be in addition to every other remedy given hereunder or under any security collateral hereto or now existing or hereafter to

exist by law or by statute, and the Holder may proceed to realize upon such security howsoever created and to enforce the rights of the Holder thereunder by any one or more of such remedies or any combination of them and in such order as it may deem expedient and shall not release or effect any other security held by the Holder for the payment of the Principal Sum, interest and other sums to be paid hereunder.

37. Except as otherwise herein provided, the monies arising from any sale or other realization of the whole or any part of the Mortgaged Property after default, whether under any sale by the Holder or by judicial process or otherwise shall be applied:

- (a) firstly, in payment of all sums extended or advanced by the Holder and interest thereon as in this debenture provided including the remuneration, costs and expenses of any receiver, the costs and expenses of the sale and the proceedings incidental thereto and all encumbrances, taxes, dues, rates, assessments and other charges on the Mortgaged Property (except those subject to which such sale shall have been made), ranking in priority to this debenture and the interest thereon;
- (b) secondly, in payment of the accrued and unpaid interest and interest on overdue interest;
- (c) thirdly, in payment of the Principal Sum pursuant to this debenture; and
- (d) fourthly, as to the surplus (if any) of such monies in payment to the Company or its assigns.

38. No person dealing with the Holder or the receiver or their agents, shall be under any obligation to inquire whether the security hereby constituted has become enforceable or whether the powers which the Holder or receiver is purporting to exercise have become exercisable, or whether any money remains due upon the security of this debenture, or as to the necessity or expediency of the stipulations and conditions subject to which any sale shall be made or otherwise as to the propriety or

regularity of any sale or of any other dealing by the Company or receiver with the Mortgaged Property.

39. Every request, notice, account, bill or other communication provided for in this debenture or arising in connection therewith shall be in writing and shall be mailed or delivered to such parties addressed as follows:

The Company: Sawridge Enterprises Ltd.
P.O. Box 326
Slave Lake, Alberta

The Holder: Sawridge Indian Band
Sawridge Indian Reserve
Slave Lake, Alberta

Any party may change its mailing and/or delivery address or addresses by giving to the other party written notice to that effect. Every notice, request, account or other communication mailed at any Post Office in Canada in prepaid registered post in an envelope addressed to the party or parties to whom the same is directed, shall be deemed to have been given to and received by the addressee on the second business day following mailing as aforesaid.

40. No action or inaction on the part of the Holder shall constitute a waiver of any default under the debenture by the Company unless the holder notifies the Company in writing that the Holder is waiving that particular default.

41. Time shall be of the essence.

42. If any obligation, covenant or agreement in this debenture or the application thereof to any person or circumstance shall, to any extent, be invalid or unenforceable, the remainder of this debenture or the application of such covenant, obligation and agreement to persons or circumstances other than those as to which it is held invalid or unenforceable, shall not be affected thereby and each covenant, obligation

and agreement shall be separately valid and enforceable to the fullest extent permitted by law.

43. This debenture shall be construed in accordance with and shall be governed by the laws of the Province of Alberta.

44. Words importing the singular number only shall include the plural and vice versa and words importing the masculine gender shall include the feminine and neuter genders and words importing persons shall include companies and trusts as the context may require.

45. This debenture shall enure to the benefit of the Holder and its successors and assigns and shall be binding upon the Company, and its successors and assigns.

IN WITNESS WHEREOF the Company has executed these Conditions under its corporate seal duly attested by the hands of its proper officers in that behalf, this 21 day of January, A.D. 1985.

SANRIDGE ENTERPRISES LTD.

Per: W. J. P. J.

(corporate seal)

Per: G. V. J.

29/1-97182/5.24-270984jb

FIRST SCHEDULE

FIRSTLY: LOT ONE (1)
CONTAINING ONE AND TWELVE HUNDREDTHS (1.12) ACRES
MORE OR LESS
IN BLOCK FIVE-A (5-A)
ON PLAN 3225 T.R.
EXCEPTING THEREOUT:

ACRES	PLAN	NUMBER
0.01	SUBDIVISION	752 0877

(SLAVE LAKE - SE 36-72-6-5)

EXCEPTING THEREOUT ALL MINES AND MINERALS.

Permitted Encumbrances:

1. Mortgage in favour of Her Majesty the Queen in Right of Canada registered as instrument #3673 SS *Discharged*
2. Caveat registered in favour of the Societe Generale (Canada) and registered as instrument #832202427.

SECONDLY: LOT TWO (2)
CONTAINING FOUR AND NINETY SIX HUNDREDTHS (4.96) ACRES
MORE OR LESS
IN BLOCK FIVE-A (5-A)
ON PLAN 3225 T.R.
(SLAVE LAKE - SE 36-72-6-5)

EXCEPTING THEREOUT ALL MINES AND MINERALS.

Permitted Encumbrances:

1. Mortgage in favour of Her Majesty the Queen in Right of Canada registered as instrument #3673 SS *Discharged*
2. Mortgage in favour of Alberta Opportunity Co. registered as instrument #6399 U.B.
3. Postponement registered as instrument #1545 UK and *Discharged*
4. Caveat in favour of Societe Generale (Canada) registered as instrument #832202427.

29/1-97182/5.24-270984jb

FIRST SCHEDULE

FIRSTLY: LOT ONE (1)
CONTAINING ONE AND TWELVE HUNDREDTHS (1.12) ACRES
MORE OR LESS
IN BLOCK FIVE-A (5-A)
ON PLAN 3225 T.R.
EXCEPTING THEREOUT:

ACRES
0.01

PLAN
SUBDIVISION

NUMBER
752 0877

(SLAVE LAKE - SE 36-72-6-5)

EXCEPTING THEREOUT ALL MINES AND MINERALS.

Permitted Encumbrances:

1. Mortgage in favour of Her Majesty the Queen in Right of Canada registered as instrument #3673 SS *Discharged*
2. Caveat registered in favour of the Societe Generale (Canada) and registered as instrument #832202427.

SECONDLY: LOT TWO (2)
CONTAINING FOUR AND NINETY SIX HUNDREDTHS (4.96) ACRES
MORE OR LESS
IN BLOCK FIVE-A (5-A)
ON PLAN 3225 T.R.
(SLAVE LAKE - SE 36-72-6-5)

EXCEPTING THEREOUT ALL MINES AND MINERALS.

Permitted Encumbrances:

1. Mortgage in favour of Her Majesty the Queen in Right of Canada registered as instrument #3673 SS *Discharged*
2. Mortgage in favour of Alberta Opportunity Co. registered as instrument #5399 U.B.
3. Postponement registered as instrument #1545 UK and *Discharged*
4. Caveat in favour of Societe Generale (Canada) registered as instrument #832202427.

29/1-97182/5.25-031084spm

SECOND SCHEDULE - LEASEHOLD

PLAN 4458 R.S.
THE WHOLE OF PARCEL CG
CONTAINING 1.17 HECTARES, MORE OR LESS
JASPER

Permitted Encumbrances:

1. Mortgage registered as instrument No. 832187939 to Societe Generale (Canada)
2. Caveat in favour of Societe Generale (Canada) registered as instrument No. 832202425

29/97182/5,26-161184spm

THIRD SCHEDULE

Permitted Encumbrances:

1. a debenture in the principal amount of FIVE HUNDRED THOUSAND (\$500,000.00) DOLLARS in favour of the Alberta Opportunity Company and registered on the mortgage register at the Corporations Branch on September 19, 1973.
2. a chattel mortgage in favour of the Societe Generale (Canada) and registered at the Central Registry as instrument No. 432294 and in the mortgage register at the Corporations Branch on August 4, 1983 in the principal amount of Eleven Million, Five Hundred Thousand (\$11,500,000.00) Dollars; and
3. an assignment of book debts in favour of the Societe Generale (Canada) and registered at the Central Registry as instrument No. 432573.

TAB
G

ASSIGNMENT OF DEBENTURE

THIS INDENTURE MADE THIS 15th day of April, A.D. 1985

BETWEEN:

WALTER P. TWINN
as Trustee of the Sawridge Indian Band
(hereinafter called the "Assignor")

OF THE FIRST PART

AND:

WALTER P. TWINN, SAM TWIN, AND GEORGE TWIN
As Trustees for the Sawridge Band Inter Vivos Settlement

(hereinafter called "the Assignees")

OF THE SECOND PART

WHEREAS the Assignor holds a certain debenture made in writing and executed on the 21st day of January, 1985, between Sawridge Enterprises Ltd. and the Sawridge Indian Band through its Chief Walter P. Twinn acting Trustee as holder, in the principal amount of \$12,000,000.00.

AND WHEREAS the Assignor has agreed to assign all of its interest in the aforesaid debenture to the Assignees.

AND WHEREAS the Assignees have consented to such assignment.

NOW THEREFORE, in consideration of the sum of \$1.00 together with other good and valuable consideration the adequacy and sufficiency whereof is hereby acknowledged, the Parties hereto covenant and agree as follows:

1. The said Assignor does hereby assign all its interest in the said debenture as hereinbefore described to the said Assignees to have and to hold the said interest in the said debenture, unto and to the use of the Assignees, their heirs and assigns forever, subject to the terms, covenants contained in the said debenture.


2. The said Assignor hereby covenants with the said Assignees that there is now due or accruing due and unpaid under the said debenture, the sum of \$13,157,219.89.

3. The said Assignor covenants that it has done no act or permitted any act to encumber its interest in the said debenture, and it has not done or permitted any act, neither has it been guilty of any omission or laches whereby the said debenture has become in part or entirely in any way impaired or invalid and has not released, assigned, hypothecated or discharged nor has any covenant, condition, or proviso contained in the said debenture been discharged or waived or any breach or non-performance of any covenant contained in the said debenture been waived or condoned and that the Assignor will, upon the request to do so from the Assignees do, perform, or execute every act necessary to enforce the full performance of the covenants or any other matter contained in the said debenture. For the purposes of enforcing all rights of the Assignor, being the SAWRIDGE INDIAN BAND, in the said debenture, the said Assignor does hereby nominate, constitute and appoint the Assignees its true and lawful attorney, irrevocable and to use the name of the Sawridge Indian Band in securing the enforcement of all such rights contained in the debenture.

NOW WHEREFORE the Assignor and Assignee have hereunto affixed
their signatures on the day and month and year first written above.




SAWRIDGE INDIAN BAND

Per:

Walter J 
James

SAWRIDGE BAND INTER VIVOS SETTLEMENT

Per:

Walter J 
James 
James 

TAB

H

1 into the '85 Trust.

2 Q Okay. Thank you. I was finding that a bit confusing.

3 A It is very confusing for us as well, so.

4 Q Okay, thank you. And just so that I am clear on this,
5 going back to paragraph 7, 8, and 9?

6 MS. BONORA: Can we just go off the record for a
7 second, just so that there is a clear picture.

8 (Discussion off the Record.)

9 Q MS. HUTCHISON: We had a useful discussion off the
10 record. Thank you, Ms. Bonora.

11 So my understanding is that the transfer from the
12 '82 Trust to the '85 Trust, we can probably talk about
13 it as being three components. The holdco transfer?

14 A Yes.

15 Q The non-holdco asset transfer?

16 A Yes.

17 Q And then there was a third element that we hadn't
18 discussed until we went off the record, where there was
19 a transfer of a debenture?

20 A Yes.

21 Q From the '82 Trust to the '85 Trust?

22 A There was a debenture held by the First Nation
23 separately, and it was a debenture for the construction
24 of the Slave Lake Hotel and the development of that
25 property. And so that debenture was held by the First
26 Nation itself, and it decided to transfer that
27 debenture to the '85 -- it wasn't part of the '82

1 Trust, but it was added to the 1985 Trust.

2 Q I see. So the '85 Trust ultimately ended up holding
3 more assets actually than the '82 Trust?

4 A Yes, that is right.

5 Q Okay.

6 MS. BONORA: Sorry, if we just go off the
7 record.

8 (Discussion off the Record.)

9 Q MS. HUTCHISON: Mr. Bujold, we are showing you a
10 copy of what we have called the debenture?

11 A Yes.

12 Q Are you familiar with that document?

13 A I am, yes.

14 MS. HUTCHISON: So I wonder if we could mark that
15 as Exhibit 1.

16 EXHIBIT NO. 1:

17 DEMAND DEBENTURE OF SAWRIDGE ENTERPRISES
18 LTD.

19 Q MS. HUTCHISON: Mr. Bujold, I am just showing you a
20 band council resolution dated April 15th, 1985. Is
21 that document familiar to you?

22 A Yes.

23 Q And so if we could mark that as Exhibit 2.

24 EXHIBIT NO. 2:

25 BAND COUNCIL RESOLUTION DATED APRIL 15,
26 1985.

27 Q MS. HUTCHISON: And just by way of clarification,

TAB

I

COURT FILE NO: 1103 14112

COURT: QUEEN'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL CENTRE: EDMONTON

IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT,
R.S.A. 2000, c. T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND
INTER VIVOS SETTLEMENT CREATED BY
CHIEF WALTER PATRICK TWINN, OF THE
SAWRIDGE INDIAN BAND, NO. 19, now
known as SAWRIDGE FIRST NATION ON
APRIL 15, 1985 (the "1985 Sawridge
Trust")

APPLICANT: ROLAND TWINN, MARGARET WARD, TRACEY
SCARLETT, EVERETT JUSTIN TWINN AND
DAVID MAJESKI, as Trustees for the
1985 Sawridge Trust

QUESTIONING RE ASSET TRANSFER
ORDER APPLICATION

OF

PAUL BUJOLD

Ms. D. Bonora For the Applicants

P.J. Faulds, Esq. and
Ms. J. Hutchison For the Public Trustee

Ms. C. Osualdini For Catherine Twinn

M. Cressatti, Esq. For Sawridge First Nation

Susan Stelter Court Reporter

Edmonton, Alberta

26 February, 2020
2 March, 2020

1 A Sorry, ask me the question again?

2 Q The question I asked you, I think, was you understood
3 that in addition to the assets transferred to the 1985
4 Trust by the 1982 Trustees, there was this debenture
5 which was also transferred to the 1985 Trust by Walter
6 Patrick Twinn?

7 A I -- yes, initially I understood that to be the case,
8 yes.

9 Q Now you say initially. Did you come to a different
10 understanding?

11 A Well, I have come to a different understanding recently
12 because we since discovered that this -- I had never
13 seen this actual debenture show up anywhere, I have
14 never seen that value, \$12 million show up anywhere as
15 a singular amount. And when we did a title search
16 recently on this debenture and discovered that it had
17 been registered, the, you know, the debenture wasn't --
18 it didn't follow through. Like it didn't go all of the
19 way to the end. It was released at some point.

20 Q Okay. Now you understand that a debenture is an
21 instrument reflecting a debt?

22 A Yeah, it is a mortgage, yeah.

23 Q Yes, sure. A mortgage which you can register in more
24 ways than you can register a mortgage?

25 A That is right, yes.

26 Q And it isn't confined to land either?

27 A That is right.

1 evidence of the debenture.

2 Q MR. FAULDS: But that would include a line item?

3 A Yeah, so there was no line items, nor were there any
4 other references to this \$12 million debenture. And
5 when I inquired about it I was told that it had no
6 effect. The debenture was cancelled.

7 Q Sir, who did you inquire of?

8 A I inquired of John MacNutt.

9 Q Who is?

10 A The CEO of Sawridge Group of Companies.

11 Q Okay. And where does Sawridge Holdings fit in to that?

12 A Sawridge Holdings is one of the two holding companies
13 that existed at the time that were administered by the
14 Sawridge Group of Companies.

15 Q Okay. And Sawridge Enterprises?

16 A I am not sure where Sawridge Enterprises fit in all of
17 that. It was -- I think Sawridge Enterprises, and I am
18 simply, you know, supposing at this point.

19 MS. BONORA: Don't speculate. If you don't
20 know, you don't know.

21 A I don't know.

22 Q MR. FAULDS: Okay. But you did go to Mr.
23 MacNutt and ask him what about this debenture?

24 A Yes.

25 Q Okay. And when did you do that?

26 A I can't be sure exactly what the date was. It was
27 around 2012, I am guessing.

1 was about. Like was it referring to an asset that
2 belonged to the Trust or not?

3 Q Okay. Well, you understood the debenture had been
4 transferred to the Trust?

5 A Yes.

6 Q So it was an asset of the Trust?

7 A Yes, but I had many documents that referred to --

8 MS. BONORA: Sorry, I feel like we are getting
9 away from -- the evidence I think is going in a circle.
10 He testified that the asset -- he never saw any
11 evidence that this debenture was part of the Trust.
12 That is what he said at the beginning.

13 MR. FAULDS: Well, no. With respect, Ms. Bonora,
14 he said he recognized that this was an asset that was
15 transferred to the Trust.

16 MS. BONORA: Can you ask him that question
17 again, because I don't think that that is his evidence.
18 And if we can just maybe perhaps go off the record.

19 (Discussion off the Record.)

20 Q MR. FAULDS: Okay, Mr. Bujold, if we can go back
21 on the record. Your counsel has said in our discussion
22 off the record that the 1985 Trustees take the position
23 that this debenture never formed a part of the Trust?

24 A Yes.

25 Q And let me ask you this. You recognized from your
26 review that this was, if it was an asset of the Trust,
27 it was a substantial asset given its value?

1 A Yes.

2 Q So what inquiries did you make about what happened with
3 this debenture?

4 A I think I explained it to you already. I asked the
5 Sawridge Group of Companies, through John MacNutt, if I
6 should be considering this as part of the assets of the
7 Trust in the holding company.

8 Q Okay.

9 A And he said the debenture had no effect.

10 Q Okay.

11 A And that it had been discharged a long time ago. So I
12 didn't have any record of that. I didn't find any --
13 in the materials that were given to me at the time, I
14 didn't find any indication of registration of the
15 debenture, I didn't find anything on it.

16 Q Okay. So did you ask Mr. MacNutt why it was of no
17 effect?

18 A I did, and he said that it had -- you know, he had as
19 little information about it as I did.

20 Q So --

21 A So John MacNutt didn't come on the scene until 2003, so
22 he had no knowledge of this other than, you know, other
23 than the knowledge that I had, was here is a document
24 that says that you have \$12 million in assets, so where
25 is it? Both of us went through the same process of
26 trying to figure out okay, what is this about.

27 Q Okay.

1 A And, you know, both of us came to the same conclusion
2 that there was nothing in our records that indicated
3 this debenture had ever actually been transferred into
4 the assets of the '85 Trust.

5 Q Well, again, other than the documents that we just
6 looked at?

7 A Other than the assignment and, you know, other than
8 that, that is all that we had.

9 Q Did you ask Mr. McKinney about the debenture?

10 MS. BONORA: He can't give you any evidence
11 about Mr. McKinney's discussion. Mr. McKinney is a
12 lawyer.

13 MR. FAULDS: Well, Mr. McKinney is also an
14 administrator.

15 MS. BONORA: We are objecting to those
16 questions.

17 Q MR. FAULDS: Well, I am going to ask you. My
18 question is not asking you what Mr. McKinney told you,
19 my question is did you ask Mr. McKinney?

20 MS. BONORA: We are not answering that question.

21 MR. FAULDS: Okay.

22 Q MR. FAULDS: You are saying that you have not
23 seen any records which reflect this debenture as part
24 of the assets of the 1985 Trust?

25 A No.

26 Q Are you confident that you have all of the records
27 relating to the 1985 Trust?

TAB

J



HISTORICAL LAND TITLE CERTIFICATE
TITLE CANCELLED ON SEPTEMBER 04, 2012

S
LINC SHORT LEGAL TITLE NUMBER
0010 961 514 8522283;7;1 852 264 042 B

LEGAL DESCRIPTION
PLAN 8522283
BLOCK 7
LOT 1
EXCEPTING THEREOUT ALL MINES AND MINERALS
AREA: 3.94 HECTARES (9.74 ACRES) MORE OR LESS

ESTATE: FEE SIMPLE
ATS REFERENCE: 5;6;72;36;SE

MUNICIPALITY: TOWN OF SLAVE LAKE

REGISTERED OWNER(S)				
REGISTRATION	DATE (DMY)	DOCUMENT TYPE	VALUE	CONSIDERATION
852 264 042	29/11/1985			NIL

OWNERS

SAWRIDGE HOLDINGS LTD.
OF C/O OGILVIE LLP
SUITE 1400, 10303 JASPER AVENUE
EDMONTON
ALBERTA T5J 3N6
(DATA UPDATED BY: CHANGE OF ADDRESS 102322174)
(DATA UPDATED BY: CHANGE OF NAME 122191127)

ENCUMBRANCES, LIENS & INTERESTS		
REGISTRATION	DATE (D/M/Y)	PARTICULARS
NUMBER		
762 002 490	07/01/1976	UTILITY RIGHT OF WAY GRANTEE - THE TOWN OF SLAVE LAKE. "PART"
772 104 108	07/06/1977	UTILITY RIGHT OF WAY GRANTEE - THE TOWN OF SLAVE LAKE. AS TO PORTION OR PLAN: 7721172

(CONTINUED)

ENCUMBRANCES, LIENS & INTERESTS

PAGE 2

852 264 042 B

REGISTRATION

NUMBER	DATE (D/M/Y)	PARTICULARS
852 050 951	14/03/1985	MORTGAGE MORTGAGEE - WALTER P TWINN SAWRIDGE INDIAN RESERVE, SLAVE LAKE ALBERTA ORIGINAL PRINCIPAL AMOUNT: \$12,000,000 "PART"
852 264 039	29/11/1985	UTILITY RIGHT OF WAY GRANTEE - ALBERTA GOVERNMENT TELEPHONES. "PART"
862 125 067	17/06/1986	MORTGAGE MORTGAGEE - THE BANK OF NOVA SCOTIA. SLAVE LAKE ALBERTA ORIGINAL PRINCIPAL AMOUNT: \$12,000,000
862 135 756	30/06/1986	POSTPONEMENT OF MORT 852050951 TO MORT 862125067
932 109 411	26/04/1993	MORTGAGE MORTGAGEE - THE BANK OF NOVA SCOTIA. 10050 JASPER AVE., EDMONTON ALBERTA ORIGINAL PRINCIPAL AMOUNT: \$500,000
932 118 429	03/05/1993	POSTPONEMENT OF MORT 852050951 TO MORT 932109411
032 443 307	15/11/2003	DISCHARGE OF MORTGAGE 852050951 AND POSTPONEMENT 862135756 AND POSTPONEMENT 932118429
032 456 280	25/11/2003	CAVEAT RE : AGREEMENT CHARGING LAND CAVEATOR - THE BANK OF NOVA SCOTIA. 10050 JASPER AVENUE, EDMONTON ALBERTA T5J1V7 AGENT - PERCIVAL E ODYNAK
102 322 174	13/09/2010	CHANGE OF ADDRESS FOR SERVICE RE: SAWRIDGE ENTERPRISES LTD. 17416-111 AVE EDMONTON ALBERTA T5S0A2 AFFECTS INSTRUMENT: 852264042B
122 191 127	18/06/2012	CHANGE OF NAME

(CONTINUED)

ENCUMBRANCES, LIENS & INTERESTS

PAGE 3

852 264 042 B

REGISTRATION

NUMBER DATE (D/M/Y) PARTICULARS

RE: SAWRIDGE HOLDINGS LTD.
C/O OGILVIE LLP
SUITE 1400, 10303 JASPER AVENUE
EDMONTON
ALBERTA T5J3N6
AFFECTS INSTRUMENT: 852264042B

122 200 513 22/06/2012 BUILDER'S LIEN
LIENOR - 1617235 ALBERTA LTD.
C/O 300, 10335-172 STREET
EDMONTON
ALBERTA T5S1K9
AMOUNT: \$18,210

122 289 407 04/09/2012 TRANSFER OF LAND
OWNERS - SAWRIDGE MANAGEMENT CORPORATION.
17416-111 AVE
EDMONTON
ALBERTA T5S0A2
NEW TITLE ISSUED

TOTAL INSTRUMENTS: 014

THE REGISTRAR OF TITLES CERTIFIES THIS TO BE AN
ACCURATE REPRODUCTION OF THE CERTIFICATE OF
TITLE REPRESENTED HEREIN THIS 14 DAY OF
NOVEMBER, 2019 AT 03:53 P.M.

ORDER NUMBER: 38365259

CUSTOMER FILE NUMBER:



END OF CERTIFICATE

THIS ELECTRONICALLY TRANSMITTED LAND TITLES PRODUCT IS INTENDED
FOR THE SOLE USE OF THE ORIGINAL PURCHASER, AND NONE OTHER,
SUBJECT TO WHAT IS SET OUT IN THE PARAGRAPH BELOW.

THE ABOVE PROVISIONS DO NOT PROHIBIT THE ORIGINAL PURCHASER FROM
INCLUDING THIS UNMODIFIED PRODUCT IN ANY REPORT, OPINION,
APPRAISAL OR OTHER ADVICE PREPARED BY THE ORIGINAL PURCHASER AS
PART OF THE ORIGINAL PURCHASER APPLYING PROFESSIONAL, CONSULTING
OR TECHNICAL EXPERTISE FOR THE BENEFIT OF CLIENT(S).

TAB

K

**ALBERTA GOVERNMENT SERVICES
LAND TITLES OFFICE**

IMAGE OF DOCUMENT REGISTERED AS:

862135756

ORDER NUMBER: 38678563

ADVISORY

This electronic image is a reproduction of the original document registered at the Land Titles Office. Please compare the registration number on this coversheet with that on the attached document to ensure that you have received the correct document. Note that Land Titles Staff are not permitted to interpret the contents of this document.

Please contact the Land Titles Office at (780) 422-7874 if the image of the document is not legible.

8621 3575 6 '86 JUN 30

[Handwritten signature]

[Handwritten mark]



POSTPONEMENT OF DEBENTURE

TO: THE REGISTRAR OF CORPORATIONS
CORPORATE REGISTRY
EDMONTON, ALBERTA

AND
TO: THE REGISTRAR
NORTH ALBERTA LAND REGISTRATION DISTRICT
LAND TITLES OFFICE
EDMONTON, ALBERTA

WALTER P. TWINN, as Trustee for the Sawridge Indian Band, hereby irrevocably and unconditionally agrees to the postponement of all of his and their rights, both present or future, as Debenture Holder with respect to a Demand Debenture made by SAWRIDGE ENTERPRISES LTD. to WALTER P. TWINN, as Trustee for the Sawridge Indian Band, on the 21st day of January, A.D. 1985 and registered as follows:

- (a) at the Office of the Registrar of Corporations in the City of Edmonton, in the Province of Alberta on the 13th day of March, A.D. 1985;
- (b) at the Office of the Registrar of the North Alberta Land Registration District on the 14th day of March, A.D. 1985 as instrument /852050951 against the following lands and premises:

FIRSTLY:

PLAN SLAVE LAKE 852 2283
BLOCK SEVEN (7)
LOT ONE (1)
CONTAINING 3.94 HECTARES, MORE OR LESS
(S.E. 36-72-6-W5TH)
EXCEPTING THEREOUT ALL MINES AND MINERALS

SECONDLY:

LEASEHOLD FOR A TERM OF FORTY TWO (42) YEARS
COMMENCING ON THE 1ST DAY OF MAY, 1981 AND
ENDING ON THE 30TH DAY OF APRIL, 2023

PLAN 4458 R.S.
THE WHOLE OF PARCEL CG
CONTAINING 1.17 HECTARES, MORE OR LESS
JASPER

and said Debenture as described above is postponed to all the rights and remedies in and to that certain Debenture granted by SAWRIDGE ENTERPRISES LTD. to THE BANK OF NOVA SCOTIA on the 6th day of June, A.D. 1986 and registered at the Office of the Registrar of Corporations in the City of Edmonton, in the Province of Alberta on the 11th day of June A.D. 1986, at the Office of the Registrar of the North Alberta Land Registration District against the lands and premises described in paragraph (b) herein on the 17th day of June A.D. 1986 as Instrument Number 862125067 with respect to all sums of money secured or to be secured thereby including any and all monies that may be advanced thereunder so that the said Debenture in favour of The Bank of Nova Scotia shall take absolute precedence and priority in all its respects as principal, interest, claims, charges, rights and remedies.

WALTER P. TWINN, as Trustee of The Sawridge Indian Band hereby further agrees to execute such further and other documents and assurances as may be required from time to time in order to give effect to this postponement.

IN WITNESS WHEREOF WALTER P. TWINN has affixed his hand and seal being duly-authorized in that behalf on behalf of The Sawridge Indian Band on this 6th day of June A.D. 1986.

Wm. S. Shorn
WITNESS

Walter P. Twinn
WALTER P. TWINN
AS TRUSTEE FOR
THE SAWRIDGE INDIAN BAND

AFFIDAVIT OF EXECUTION

CANADA) I, BRUCE THOM)
PROVINCE OF ALBERTA) of the Town of Slave Lake)
TO WIT) in the Province of Alberta)

MAKE OATH AND SAY:

1. I WAS PERSONALLY present and did see WALTER TWINN named in the within instrument, who is personally known to me to be the person named therein, duly sign and executed the same for the purposes named therein.

2. THAT THE SAME was executed at Slave Lake in the Province of Alberta, and I am the subscribing witness thereto.

3. THAT I KNOW the said WALTER TWINN and he is in my belief of the full age of eighteen years.

SWORN BEFORE ME at Slave Lake)
in the Province of Alberta)
this 26 day of June,)
A.D. 1986,)

Bruce S. Thom
BRUCE THOM

William M. Twinn
A Commissioner for Oaths in and
for the Province of Alberta
C. M. Twinn
MARRIED 50th 1982

TAB
L

**ALBERTA GOVERNMENT SERVICES
LAND TITLES OFFICE**

IMAGE OF DOCUMENT REGISTERED AS:

932118429

ORDER NUMBER: 38678619

ADVISORY

This electronic image is a reproduction of the original document registered at the Land Titles Office. Please compare the registration number on this coversheet with that on the attached document to ensure that you have received the correct document. Note that Land Titles Staff are not permitted to interpret the contents of this document.

Please contact the Land Titles Office at (780) 422-7874 if the image of the document is not legible.

932119429 REGISTERED 1993 05 03
POST - PORTONEMENT
DOC 1 OF 1 DRR# 4279494 ADR/IALISHAI
LING/S: 0017646373 0010961514

POSTPONEMENT OF DEBENTURE

TO: THE REGISTRAR
PERSONAL PROPERTY SECURITY REGISTRY
EDMONTON, ALBERTA

AND

TO: THE REGISTRAR OF THE NORTH ALBERTA
LAND REGISTRATION DISTRICT
EDMONTON, ALBERTA

WALTER P. TWINN, as Trustee for The Sawridge Indian Band, hereby irrevocably and unconditionally agrees to the postponement of all of his and their rights, both present or future, as Debenture Holder with respect to a Demand Debenture made by SAWRIDGE ENTERPRISES LTD. to WALTER P. TWINN, as Trustee for The Sawridge Indian Band, on the 21st day of January, A.D. 1985 and registered as follows:

(a) at the Office of the Registrar of Corporations in the City of Edmonton, in the Province of Alberta on the 13th day of March, A.D. 1985;

(b) at the Office of the Registrar of the North Alberta Land Registration District on the 14th day of March, A.D. 1985 as Instrument Number 852 050 951 against the following lands and premises:

FIRSTLY:

PLAN SLAVE LAKE 852 2283
BLOCK SEVEN (7)
LOT ONE (1)
CONTAINING 3.94 HECTARES, MORE OR LESS
(S.E. 36-72-6-W5TH)
EXCEPTING THEREOUT ALL MINES AND MINERALS

SECONDLY:

LEASEHOLD FOR A TERM OF FORTY TWO (42) YEARS COMMENCING ON THE 1ST DAY OF MAY, 1981 AND ENDING ON THE 30TH DAY OF APRIL, 2023


PLAN 4458 R.S.
THE WHOLE OF PARCEL CG
CONTAINING 1.17 HECTARES, MORE OR LESS
JASPER

and said Debenture as described above is postponed to all the rights and remedies in and to that certain Debenture for \$500,000.00 granted by SAWRIDGE ENTERPRISES LTD. to THE BANK OF NOVA SCOTIA on the 31 day of March, A.D. 1993 and registered at the Office of the Registrar, Personal Property Security Registry, in the City of Edmonton, in the Province of Alberta on the 23rd day of March, A.D. 1993, as Instrument Number 93032302734 and in the North Alberta Land Registration District on the 26th day of April, A.D. 1993 as Instrument Number 932109411 with respect to all sums of money secured or to be secured thereby including any and all monies that may be advanced thereunder so that the Debenture in favor of the Bank of Nova Scotia shall take absolute precedence and priority in all its respects as principal, interest, claims, charges, rights and remedies.

WALTER P. TWINN, as Trustee of The Sawridge Indian Band hereby further agrees to execute such further and other documents and assurances as may be required from time to time in order to give to this postponement.

IN WITNESS WHEREOF WALTER P. TWINN has affixed his hand and seal being duly authorized in that behalf on behalf of The Sawridge Indian Band on this 31 day of March, A.D. 1993.


WITNESS


WALTER P. TWINN, es
Trustee for The Sawridge
Indian Band

AFFIDAVIT OF EXECUTION

CANADA
PROVINCE OF ALBERTA
TO WIT:

I, MICHAEL McKINNEY, of the City of Edmonton, in the Province of
Alberta, MAKE OATH AND SAY:

1. THAT I was personally present and did see WALTER P. TWINN named in
the within (or annexed) instrument who is personally known to me to be the person
named therein, duly sign and execute the same for the purpose named therein.
2. THAT the same was executed at the Town of Slave Lake, in the Province of
Alberta, and that I am the subscribing witness thereto.
3. THAT I know the said WALTER P. TWINN and he is in my belief of the
full age of eighteen years.

SWORN before me at the City of
Edmonton, in the Province
of Alberta, this 24 day of
April, A.D. 1993.

A COMMISSIONER FOR OATHS IN
AND FOR THE PROVINCE OF ALBERTA

ODHAN DAHLGREN
MY APPOINTMENT EXPIRES
ON DECEMBER 31, 1997

MICHAEL McKINNEY

TAB

M

**ALBERTA GOVERNMENT SERVICES
LAND TITLES OFFICE**

IMAGE OF DOCUMENT REGISTERED AS:

032443307

ORDER NUMBER: 38365229

ADVISORY

This electronic image is a reproduction of the original document registered at the Land Titles Office. Please compare the registration number on this coversheet with that on the attached document to ensure that you have received the correct document. Note that Land Titles Staff are not permitted to interpret the contents of this document.

Please contact the Land Titles Office at (780) 422-7874 if the image of the document is not legible.

DISCHARGE BY MORTGAGEE

CANADA
PROVINCE OF ALBERTA

To the Registrar of the

NORTH

Alberta Land Registration District:

I, (We) WALTER P. TWINN, as Trustee of the Sawridge Indian Band,

the mortgagee(s), ~~(except in case of joint mortgagors)~~ do hereby acknowledge to have received all the money to become due under the
mortgage ~~(or mortgages)~~ made by SAWRIDGE ENTERPRISES LTD.

to WALTER P. TWINN, as Trustee of the Sawridge Indian Band,

which mortgage ~~(or mortgages)~~ was registered in the LAND TITLES OFFICE for the North

Alberta Land Registration District on the 14th day of March, A.D. 19 85,

as instrument No. 852050951

that the Mortgage has not been transferred; and that the same is wholly discharged.

IN WITNESS WHEREOF I (We) have hereunto subscribed my (our) name(s) ~~(in case of joint mortgagors)~~~~Signed by the mortgagor in presence of~~ this

22

day of October

A.D. 1986

SIGNED by the above named

in the presence of

Walter P. TwinnWalter P. Twinn
WALTER P. TWINN



032443307 REGISTERED 2003 11 15
DISC - DISCHARGE
DOC 1 OF 1 DRR#: 1321183 ADR/SFERNAND
LINC/S: 0017646373 +

to

SAWRIDGE ENTERPRISES LTD.

Discharge by Mortgagee

AFFIDAVIT OF EXECUTION

CANADA)
PROVINCE OF ALBERTA)
TO WIT:)

1. Bruce E. Thom

of EDMONTON

in the Province of Alberta

MAKE OATH AND SAY:

1. I was personally present and did see

WALTER P. TWINN

named in the within instrument, who is (are) personally known to me to be the person(s) named therein, duly sign and execute the same for the purpose(s) named therein.

2. That the same was executed at EDMONTON in the Province of Alberta and that I am the subscribing witness thereto.

3. That I know the said person(s) and he (she, each) is in my belief of the full age of eighteen years.

Bruce E. Thom
SWORN before me Darren Becker

at EDMONTON
in the Province of Alberta
this 22nd day of
A.D. 1986.

DARREN BECKER
BARRISTER & SOLICITOR Commissioner for Oaths for Alberta

TAB

N

APPENDIX A

SAWRIDGE BAND INTER-VIVOS SETTLEMENT TRUST
BALANCE SHEET
YEAR ENDED DECEMBER 31

	1985	1986	1987	1988
ASSETS				
Cash	5,094	-	3,594	2,594
Other receivables				
Accrued interest receivable from Sawridge Holdings Ltd.				
Prepaid expenses				
Due from Sawridge Holdings Ltd.	27,006,161	27,696,128	27,631,128	27,606,128
Investment in Sawridge Holdings Ltd.	32	32	32	32
	<u>27,011,287</u>	<u>27,696,160</u>	<u>27,634,754</u>	<u>27,608,754</u>
LIABILITIES				
Bank indebtedness	-	1,406	6,500	3,500
Accounts payable and accrued liabilities				
Due to beneficiaries				
Income taxes payable	-	-	-	-
	<u>-</u>	<u>1,406</u>	<u>6,500</u>	<u>3,500</u>
TRUST BALANCE	<u>27,011,287</u>	<u>27,694,754</u>	<u>27,628,254</u>	<u>27,605,254</u>
	<u>27,011,287</u>	<u>27,696,160</u>	<u>27,634,754</u>	<u>27,608,754</u>

Info from non-consolidated F/S
- see Docushare site - *Trust 1985/Reports*

APPENDIX A

SAWRIDGE BAND INTER-VIVOS SETTLEMENT TRUST
 INCOME STATEMENT & TRUST BALANCE
 YEAR ENDED DECEMBER 31

	1985	1986	1987	1988
Revenue				
Interest income from Sawridge Holdings Ltd.	-	-	-	-
Sundry revenue				
Interest	3,324,725			
Bank interest income	-	-	-	-
	<u>3,324,725</u>	<u>-</u>	<u>-</u>	<u>-</u>
Expenses				
Bank charges				
Trustee fees	-	-	-	-
Consulting fees				
Professional fees	66,500	66,500	66,500	23,000
Management fees				
Administrative fees				
Unrecoverable GST				
Allowance for decline in value of advances	-	-	-	-
	<u>66,500</u>	<u>66,500</u>	<u>66,500</u>	<u>23,000</u>
Earnings before income taxes	3,258,225	(66,500)	(66,500)	(23,000)
Income taxes	-	-	-	-
Net earnings	<u>3,258,225</u>	<u>(66,500)</u>	<u>(66,500)</u>	<u>(23,000)</u>
Trust balance, beginning of year	See Note below	23,753,062	27,761,254	27,694,754
Contribution by beneficiaries		-	-	-
Beneficiary allocation		-	-	-
Trust balance, end of year		<u>27,011,287</u>	<u>27,694,754</u>	<u>27,628,254</u>

Note: Sawridge Band Inter-Vivos Settlement Trust was created April 15, 1985

Assets previously held by the Sawridge Band Trust (referred to as the "Old Trust")
 were rolled into the Sawridge Band Inter-Vivos Settlement Trust on its inception