

**Brian Arp** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

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

INDEXED AS: **R. v. ARP**

File No.: 26100.

1998: June 18; 1998: November 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Standard of proof to be applied to conclusions drawn from similar fact evidence — Whether application of civil standard would offend Charter principles of fundamental justice and right to be presumed innocent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).*

*Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Standard of proof to be applied to conclusions drawn from similar fact evidence — Whether application of civil standard would offend Charter principles of fundamental justice and right to be presumed innocent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Body samples given with consent during investigation of earlier crime — Samples seized under warrant and analysed with respect to investigation of second crime — Whether admission of bodily samples offended right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed in ss. 7 and 8 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.*

**Brian Arp** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario et le  
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: **R. c. ARP**

N° du greffe: 26100.

1998: 18 juin; 1998: 26 novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Norme de preuve applicable aux conclusions tirées d'une preuve de faits similaires — L'application de la norme civile porterait-elle atteinte aux principes de justice fondamentale et au droit à la présomption d'innocence garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).*

*Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Norme de preuve applicable aux conclusions tirées d'une preuve de faits similaires — L'application de la norme civile porterait-elle atteinte aux principes de justice fondamentale et au droit à la présomption d'innocence garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Échantillons de substances corporelles obtenus avec le consentement de l'intéressé dans le cours d'une enquête sur un premier crime — Échantillons saisis en vertu d'un mandat et analysés dans le cadre d'une enquête sur un second crime — L'admission en preuve des échantillons de substances corporelles a-t-elle porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par les art. 7 et 8 de la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.*

Two women were murdered some two-and-a-half years apart in the same city and in similar circumstances.

The accused was arrested after the first murder. He gave the investigating officers scalp and pubic hair samples when asked if he was interested in helping them eliminate him as a suspect. The samples were to be used to determine whether any of his hair was found where the victim was found and he was released when none matched the samples taken from the victim's coat. (Use for DNA analysis was not contemplated at the time.) The officer advised him that any evidence gathered as a result of the hair sample would be used in court.

During the investigation of the second murder, the accused refused to provide samples for DNA testing. Cigarette butts belonging to him, however, were taken after his police interview, analysed as to DNA composition and found to match the semen fraction taken from the second victim. The scalp and pubic hairs taken from the accused during the first murder investigation were analysed as to DNA composition and found to match the analysis of the cigarette butts and the semen. The accused was arrested and charged with the first degree murder of the second victim and then re-arrested and charged with the first degree murder of the first victim as well.

Defence counsel twice unsuccessfully applied to sever the two murder counts in the indictment, before the trial and at the end of a lengthy *voir dire*. Counsel also objected to the admissibility of the samples taken and used by the police for DNA analysis and the DNA evidence itself. The evidence was ruled admissible. A jury convicted the accused on both counts. His appeal to the Court of Appeal was dismissed.

Two principal issues arose here. First, whether a jury, to draw conclusions from similar fact evidence, was to be satisfied on a civil or criminal standard of proof that the same person committed the acts in question, and if the civil standard applied, whether the principles of fundamental justice (s. 7) and the right to be presumed innocent (s. 11(d)) in the *Canadian Charter of Rights*

Deux femmes ont été assassinées à deux ans et demi d'intervalle dans la même ville et dans des circonstances similaires.

L'accusé a été arrêté après le premier meurtre. Il a fourni des échantillons de cheveux et de poils pubiens aux policiers chargés de l'enquête, qui lui avaient demandé s'il était intéressé à les aider à l'éliminer comme suspect. Les échantillons devaient servir à déterminer si des cheveux ou des poils lui appartenant avaient été trouvés à l'endroit où la victime avait été découverte. L'accusé a été libéré étant donné qu'aucun échantillon ne correspondait à ceux prélevés sur le manteau de la victime. (L'utilisation des échantillons pour fins d'analyse génétique n'avait pas été envisagée à ce moment-là.) Un policier a avisé l'accusé que si ces échantillons permettaient de recueillir quelque élément de preuve, cet élément serait utilisé devant les tribunaux.

Dans le cadre de l'enquête menée sur le second meurtre, l'accusé a refusé de fournir des échantillons de substances corporelles pour fins d'analyse génétique. Toutefois, des mégots de cigarettes fumées par l'accusé ont été ramassés après l'interrogatoire policier et soumis à des analyses génétiques. On a constaté une concordance entre ces mégots et le sperme prélevé sur la seconde victime. Les cheveux et les poils pubiens fournis par l'accusé au cours de l'enquête sur le premier meurtre ont été utilisés pour des analyses génétiques et une concordance a été constatée entre ces échantillons et les mégots de cigarette et le sperme. L'appelant a été arrêté et inculpé du meurtre au premier degré de la seconde victime, puis il a à nouveau été arrêté à l'égard du meurtre de la première victime et inculpé de meurtre au premier degré.

L'avocat de la défense a vainement demandé à deux reprises — avant le procès ainsi qu'à la fin d'un long *voir-dire* — que les deux chefs d'accusation de meurtre contenus dans l'acte d'accusation soient séparés. L'avocat a également contesté l'admissibilité des échantillons prélevés et utilisés par les policiers pour les analyses génétiques ainsi que l'admissibilité de la preuve génétique elle-même. La preuve a été déclarée admissible. Un jury a reconnu l'accusé coupable des deux chefs d'accusation. L'appel formé par ce dernier devant la Cour d'appel a été rejeté.

La présente affaire soulevait deux questions principales. Premièrement, pour tirer des conclusions fondées sur une preuve de faits similaires, le jury doit-il être convaincu que la même personne a commis les actes en question selon la norme de preuve applicable en matière civile ou selon celle applicable en matière criminelle, et si la norme civile s'appliquait, y aurait-il atteinte aux

and *Freedoms* would be offended. Second, did the admission into evidence of hair samples obtained by consent for one police investigation and used in connection with the separate later investigation offend the accused's right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed in ss. 7 and 8 of the *Charter*?

*Held:* The appeal should be dismissed.

In considering whether similar fact evidence should be admitted the basic question to be determined is whether the probative value outweighs the prejudicial effect. Therefore, in cases where identity is at issue and the accused is shown to have committed acts with a striking similarity to the alleged crime the jury is not asked to infer from the accused's habits or disposition that he or she is the type of person who would commit the crime. Instead the jury is asked to infer from the distinctiveness or uniqueness that exists between the manner in which the crime under consideration was committed and the similar act that the accused is the very person who committed the crime. This inference is made possible only if the high degree of similarity between the acts renders the likelihood of coincidence objectively improbable. Once this preliminary determination is made, the evidence related to similar fact (or count, in a multi-count indictment) may be admitted to prove the commission of another act (or count).

Several suggestions were put forward to assist judges in their approach to similar fact evidence. Where similar fact evidence is adduced to prove identity, a high degree of similarity between the acts is required since in order to be admissible the similar fact evidence must have the requisite probative value necessary to outweigh its prejudicial effect. The similarity between the acts may consist of a unique trademark or signature on a series of significant similarities. In assessing the similarity of the acts, the trial judge should only consider the manner in which the acts were committed and not the evidence as to the accused's involvement in each act. There may well be exceptions but as a general rule, if upon assessing the similarity of the acts in this manner, the trial judge is satisfied that there is such a degree of similarity between the acts that they were likely committed by the same person, the similar fact evidence will ordinarily have sufficient probative force to outweigh its prejudicial effect and may be admitted. The jury will then be

principes de justice fondamentale (art. 7) et au droit à la présomption d'innocence (al. 11*d*)) garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, l'admission en preuve d'échantillons de cheveux et de poils obtenus avec le consentement de l'intéressé au cours d'une enquête policière puis utilisés dans le cadre d'une enquête distincte a-t-elle porté atteinte au droit de l'accusé d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par les art. 7 et 8 de la *Charte*?

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Pour décider si une preuve de faits similaires doit être déclarée admissible, la question fondamentale qui doit être tranchée est de savoir si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. Par conséquent, lorsque l'identité est un point litigieux dans une affaire et qu'il est démontré que l'accusé a commis des actes présentant des similitudes frappantes avec le crime reproché, le jury n'est pas invité à inférer des habitudes ou de la disposition de l'accusé qu'il est le genre de personne qui commettrait ce crime. Au contraire, le jury est plutôt invité à inférer du degré de particularité ou de singularité qui existe entre le crime perpétré et l'acte similaire que l'accusé est la personne même qui a commis le crime. Cette inférence n'est possible que si le haut degré de similitude entre les actes rend une coïncidence objectivement improbable. Une fois cette constatation préliminaire faite, les éléments de preuve relatifs aux faits similaires (ou au chef d'accusation, dans un acte d'accusation comportant plusieurs chefs) peuvent être admis pour prouver la perpétration d'un autre acte (ou chef d'accusation).

Plusieurs suggestions ont été faites pour aider les juges dans leur démarche concernant la preuve de faits similaires. Lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, un degré élevé de similitude doit exister entre les actes puisque cette preuve doit avoir une valeur probante qui l'emporte sur son effet préjudiciable, conformément à ce qui est requis pour qu'elle soit admissible. La similitude entre les actes peut consister en une marque ou signature singulière caractérisant une série de similitudes importantes. Dans l'appréciation de la similitude des actes, le juge du procès devrait uniquement examiner la façon dont les actes ont été commis et non la preuve relative à la participation de l'accusé à chaque acte. Il est bien possible qu'il y ait des exceptions, mais, en règle générale, si le juge du procès est convaincu, lorsqu'il apprécie la similitude des actes de cette façon, qu'il existe entre les actes un degré de similitude tel qu'il est probable que ces derniers ont été commis par la même personne, la preuve de faits simi-

able to consider all the evidence related to the alleged similar acts in determining the accused's guilt for any one act. The test for admissibility of similar fact evidence adduced to prove identity is the same whether the alleged similar acts are definitively attributed to the accused, or are the subject of a multi-count indictment against the accused.

Where the similar acts are alleged as part of a multi-count indictment, the consideration of the admissibility of similar fact evidence must be taken into account in deciding whether the counts should be severed. A motion to sever must be brought by the accused, who bears the burden of establishing on a balance of probabilities that the interests of justice require an order for severance. The burden of demonstrating that similar fact evidence should be admitted must be borne by the Crown.

Where the similar fact evidence adduced to prove identity suggests that the same person committed the similar acts, then logically this finding makes the evidence linking the accused to each similar act relevant to the issue of identity for the offence being tried. Similarly, in a multi-count indictment, the link between the accused and any one count will be relevant to the issue of identity on the other counts which disclose a striking similarity in the manner in which those offences were committed.

A link between the accused and the alleged similar acts is also a precondition to admissibility. The evidence linking the accused to the similar acts does not have to link the acts to the accused as well. Once the trial judge has concluded that the similar acts were likely committed by one person and there is evidence linking the accused to the acts it is not necessary to conclude that the acts were likely committed by the accused. This question must be determined by the trier of fact on the basis of all the evidence relating to the acts. Evidence of mere opportunity showing no more than the possibility that the similar act is that of the accused will not suffice to show the accused's participation in the alleged similar act.

laires aura ordinairement une force probante suffisante pour l'emporter sur son effet préjudiciable et elle peut être admise. Le jury sera alors en mesure d'examiner toute la preuve relative aux faits qui, prétend-on, sont similaires pour déterminer si l'accusé est coupable d'avoir commis l'un ou l'autre des actes. Le critère d'admissibilité d'une preuve de faits similaires produite pour établir l'identité est le même, que les actes similaires allégués soient définitivement attribués à l'accusé ou qu'ils fassent l'objet d'un acte d'accusation reprochant plusieurs chefs d'accusation à l'accusé.

Lorsque les actes similaires allégués font partie d'un acte d'accusation reprochant plusieurs chefs, la question de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires doit être prise en considération pour décider s'il convient de séparer les chefs d'accusation. Une requête sollicitant la tenue de procès distincts doit être présentée par l'accusé, lequel a alors le fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les intérêts de la justice exigent une ordonnance en ce sens. C'est au ministère public qu'il appartient de démontrer que la preuve de faits similaires devrait être admise.

Lorsque la preuve de faits similaires produite pour établir l'identité tend à indiquer que les actes similaires ont été commis par la même personne, alors, logiquement, cette constatation rend la preuve rattachant l'accusé à chaque acte similaire pertinente à l'égard de la question de l'identité pour ce qui concerne l'infraction en cause. De même, dans un acte d'accusation comportant plusieurs chefs d'accusation, le lien entre l'accusé et un chef d'accusation sera pertinent à l'égard de la question de l'identité pour ce qui est des autres chefs d'accusation qui révèlent une similitude frappante du point de vue du mode de perpétration de ces infractions.

L'existence d'un lien entre l'accusé et les actes similaires allégués est également une condition préalable à l'admissibilité. Il n'est pas nécessaire que la preuve liant l'accusé aux actes similaires rattache les actes à l'accusé aussi. Une fois que le juge du procès a conclu que les actes similaires sont probablement le fait d'une seule et même personne, et qu'il existe des éléments de preuve rattachant l'accusé aux actes, il n'est pas nécessaire de conclure que les actes similaires ont probablement été commis par l'accusé. Le juge des faits doit trancher cette question en tenant compte de l'ensemble des éléments de preuve se rapportant aux actes. La preuve d'une simple occasion ne révélant rien d'autre que la possibilité que l'acte similaire soit le fait de l'accusé ne suffira pas pour démontrer la participation de celui-ci à l'acte similaire allégué.

The proper standard to apply to the primary inference drawn from the similar fact evidence is proof on a balance of probabilities. Since the probative value of similar fact evidence, as circumstantial evidence, lies in the unlikelihood of coincidence, it simply does not make sense to require one of the allegations to be proved beyond a reasonable doubt as a prerequisite to the trier of fact's consideration of it. Though the similar fact evidence, standing alone, may fall short of proof beyond a reasonable doubt, it can be relied upon to assist in proving another allegation beyond a reasonable doubt. (The general rule that preliminary findings of fact may be determined on a balance of probabilities is departed from in those certainly rare occasions when admission of the evidence may itself have a conclusive effect with respect to guilt.) The correct approach to a consideration of similar fact evidence by a jury is therefore the "cumulative" or "pooling" approach. Thus, as a general rule where similar fact evidence is adduced to prove identity, the jury should be instructed that once they have concluded that there is sufficient likelihood that the same person committed the alleged similar acts, they may consider all the evidence relating to the similar acts in considering whether the accused is guilty of the act in question.

The following should be included in a proper charge to the jury where similar fact evidence is admitted to prove identity in a multi-count indictment situation:

(1) The trial judge should instruct the jury that they may find from the evidence, though they are not required to do so, that the manner of the commission of the offences is so similar that it is likely they were committed by the same person.

(2) The judge should then review the similarities between the offences.

(3) The jury should then be instructed that if they conclude it is likely the same person committed more than one of the offences, then the evidence on each of those counts may assist them in deciding whether the accused committed the other similar count or counts.

La norme de preuve qu'il convient d'appliquer à l'inférence fondamentale tirée de la preuve de faits similaires est la prépondérance des probabilités. Comme la valeur probante d'une preuve de faits similaires, en tant que preuve circonstancielle, réside dans l'improbabilité d'une coïncidence, il n'est tout simplement pas logique d'exiger qu'une des allégations soit prouvée hors de tout doute raisonnable comme condition préalable à l'examen de cette preuve par le juge des faits. Bien qu'il soit possible que, à elle seule, la preuve de faits similaires n'apporte pas une preuve hors de tout doute raisonnable, elle peut être invoquée pour aider à prouver une autre allégation hors de tout doute raisonnable. (Il y a dérogation à la règle générale selon laquelle les conclusions de fait préliminaires peuvent être tirées selon la prépondérance des probabilités dans les cas, certes rares, où l'admission de la preuve peut elle-même avoir un effet concluant en ce qui concerne la question de la culpabilité.) La bonne approche en ce qui concerne l'examen d'une preuve de faits similaires par un jury est donc l'approche «cumulative» ou approche de la «mise en commun». Par conséquent, en règle générale, lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, il faudrait donner aux jurés la directive qu'une fois qu'ils ont conclu à l'existence d'une probabilité suffisante que la même personne a commis les actes similaires allégués, ils peuvent tenir compte de tous les éléments de preuve se rapportant aux actes similaires pour décider si l'accusé est coupable de l'acte en question.

Lorsqu'une preuve de faits similaires est admise pour établir l'identité dans le cadre d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs, un bon exposé au jury devrait inclure les facteurs suivants:

(1) Le juge du procès devrait dire aux jurés qu'ils peuvent conclure, à la lumière de la preuve — quoique rien ne les oblige à le faire — que le mode de perpétration des infractions présente des similitudes telles qu'il est probable qu'elles ont été commises par la même personne.

(2) Le juge du procès devrait ensuite passer en revue les similitudes entre les infractions.

(3) Puis, le juge du procès devrait dire aux jurés que, s'ils concluent qu'il est probable que la même personne a commis plus d'une des infractions, alors la preuve relative à chacun de ces chefs d'accusation peut les aider à décider si l'accusé a commis les autres chefs d'accusation similaires.

(4) The trial judge must instruct the jury that if it accepts the evidence of the similar acts, it is relevant for the limited purpose for which it was admitted.

(5) The jury must be warned that they are not to use the evidence on one count to infer that the accused is a person whose character or disposition is such that he or she is likely to have committed the offence or offences charged in the other count or counts.

(6) If they do not conclude that it is likely the same person committed the similar offences, they must reach their verdict by considering the evidence related to each count separately, and put out of their minds the evidence on any other count or counts.

(7) Finally, the trial judge must make it clear that the accused must not be convicted on any count unless the jury are satisfied beyond a reasonable doubt that he or she is guilty of that offence.

The trial judge's charge to the jury that, if they concluded both counts were likely committed by the same person, they could use the evidence on each count to assist in deciding the appellant's guilt on both counts does not offend s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. The additional charge instructing the jury to decide whether the appellant was guilty of the second murder and to decide whether both counts were committed by one person before using the evidence on both counts in respect of either count could not have prejudiced the accused.

If consent to the provision of bodily samples is to be valid it must be an informed consent. Yet if neither the police nor the consenting person limit the use which may be made of the evidence then, as a general rule, no limitation or restriction should be placed on the use of that evidence. The obligation imposed on the police in obtaining a valid consent extends only to the disclosure of those anticipated purposes known to the police at the time the consent was given. In the absence of any limitation placed by the police or the consenting party on the use to be made of the hair sample, there is nothing inherently unfair or illegal about the police retaining evidence obtained in connection with one investigation and using it in connection with a later investigation which was not anticipated by the police at the time the

(4) Le juge du procès doit dire aux jurés que, s'ils acceptent la preuve des actes similaires, cette preuve est pertinente, mais uniquement à l'égard de la fin limitée pour laquelle elle a été admise.

(5) Les jurés doivent être avertis qu'ils ne peuvent pas utiliser la preuve relative à un chef d'accusation pour inférer que l'accusé est une personne possédant une nature ou une disposition telle qu'elle a probablement commis les infractions reprochées dans les autres chefs d'accusation.

(6) Si les jurés ne concluent pas qu'il est probable que la même personne a commis les infractions similaires, ils doivent rendre leur verdict en examinant la preuve relative à chaque chef d'accusation séparément, et faire abstraction de la preuve relative aux autres chefs d'accusation.

(7) Enfin, le juge du procès doit indiquer clairement aux jurés qu'ils ne doivent déclarer l'accusé coupable d'un chef d'accusation que s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable de l'infraction en question.

La directive qu'a donnée le juge du procès aux jurés — c'est-à-dire que s'ils concluaient que les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation avaient probablement été commises par la même personne, ils pouvaient utiliser la preuve relative à chaque chef pour statuer sur la culpabilité de l'accusé à l'égard des deux chefs d'accusation — ne porte atteinte ni à l'art. 7 ni à l'al. 11d) de la *Charte*. La directive supplémentaire indiquant aux jurés de décider si l'accusé était coupable du second meurtre et si les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation avaient été commises par une seule et même personne avant d'utiliser la preuve relative aux deux chefs à l'égard de l'un et l'autre chef ne peut pas avoir causé préjudice à l'accusé.

Pour que le consentement au prélèvement d'échantillons de substances corporelles soit valide, il doit reposer sur un consentement éclairé. Toutefois, si ni les policiers ni la personne qui donne son consentement ne limitent l'utilisation qui peut être faite de l'élément de preuve, alors, en règle générale, l'utilisation de cet élément de preuve ne devrait être assortie d'aucune limite ou restriction. L'obligation faite aux policiers d'obtenir un consentement valide ne concerne que la divulgation des objectifs visés et déjà connus des policiers lorsque le consentement est donné. En l'absence de toute restriction dont les policiers ou la partie donnant son consentement auraient assorti l'utilisation devant être faite des échantillons de cheveux ou de poils, il n'y a rien d'intrinsèquement injuste ou illégal dans le fait de permettre

consent was given. Once the accused's hair samples were taken by the police with his unconditional and reasonably informed consent, he ceased to have any expectation of privacy in them. It was not necessary to consider whether the accused may have had a subsisting privacy interest in the samples or in the information that could be obtained from them after he gave his unconditional consent to the authorities to take the samples.

à des policiers de conserver des éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une enquête donnée et de les utiliser dans une enquête subséquente qui n'était pas prévue au moment où le consentement a été donné. Une fois les échantillons de cheveux et de poils prélevés par les policiers avec le consentement inconditionnel et raisonnablement éclairé de l'accusé, celui-ci a cessé d'avoir à l'égard de ces échantillons des attentes en matière de respect de sa vie privée. Il est inutile de se demander si, après avoir consenti inconditionnellement au prélèvement des échantillons par les policiers, l'accusé a pu conserver un droit au respect de sa vie privée à l'égard de ces échantillons ou des renseignements susceptibles d'en être tirés.

### Cases Cited

**Disagreed with:** *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; **considered:** *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. P.*, [1991] 3 All E.R. 337; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; **referred to:** *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Lawson* (1994), 45 B.C.A.C. 14; *R. v. Doan* (1996), 81 B.C.A.C. 192; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Koufis v. The King*, [1941] S.C.R. 481; *R. v. Morris*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111; *Hoch v. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Barnes*, [1995] 2 Cr. App. R. 491; *R. v. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125; *R. v. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160; *R. v. Sweitzer*, [1982] 1 S.C.R. 949; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *R. v. Ross*, [1980] 5 W.W.R. 261; *R. v. J.T.S.*, [1997] A.J. No. 125; *R. v. Eng* (1995), 56 B.C.A.C. 18; *R. v. Studer* (1996), 181 A.R. 399; *R. v. N. (R.S.)* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 424; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257, aff'd [1985] 2 S.C.R. 485; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *R. v. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459; *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *R. v. M. (R.A.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 459; *R. v. Merdsoy* (1994), 91 C.C.C. (3d) 517; *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810; *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *G. (an infant) v. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 11(d), 24(2).

### Jurisprudence

**Arrêt critiqué:** *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; **arrêts examinés:** *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. P.*, [1991] 3 All E.R. 337; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; **arrêts mentionnés:** *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. c. Lawson* (1994), 45 B.C.A.C. 14; *R. c. Doan* (1996), 81 B.C.A.C. 192; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Koufis c. The King*, [1941] R.C.S. 481; *R. c. Morris*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111; *Hoch c. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292; *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Barnes*, [1995] 2 Cr. App. R. 491; *R. c. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125; *R. c. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160; *R. c. Sweitzer*, [1982] 1 R.C.S. 949; *Harris c. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *R. c. Ross*, [1980] 5 W.W.R. 261; *R. c. J.T.S.*, [1997] A.J. No. 125 (QL); *R. c. Eng* (1995), 56 B.C.A.C. 18; *R. c. Studer* (1996), 181 A.R. 399; *R. c. N. (R.S.)* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 424; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257, conf. par [1985] 2 R.C.S. 485; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *R. c. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459; *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *R. c. M. (R.A.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 459; *R. c. Merdsoy* (1994), 91 C.C.C. (3d) 517; *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810; *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *G. (an infant) c. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 11(d), 24(2).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487.04 [ad. S.C. 1995, c. 27, s. 1], 591(3)(a) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 119].

#### Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper No. 34. *Investigative Tests*. Ottawa: The Commission, 1984.

Eggleston, Richard. *Evidence, Proof and Probability*, 2nd ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1983.

Ferguson, Gerry. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 3rd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1997 (loose-leaf updated November 1997, release PB97874).

Mahoney, R. «Similar Fact Evidence and the Standard of Proof», [1993] *Crim. L. Rev.* 185.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated November 1997, release 19).

Percival, Richard. Case and Comment on *R. v. Brown, Wilson, McMillan and McClean*, [1997] *Crim. L. Rev.* 502.

Smith, J. C. Case and Comment on *R. v. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 92 B.C.A.C. 286, 150 W.A.C. 286, 116 C.C.C. (3d) 168, [1997] B.C.J. No. 1193 (QL), dismissing an appeal from conviction by Parrett J. sitting with jury, [1995] B.C.J. No. 882 (QL). Appeal dismissed.

*Gil David McKinnon, Q.C.*, and *Thomas Arbogast*, for the appellant.

*Oleh S. Kuzma*, for the respondent.

*S. Ronald Fainstein, Q.C.*, and *Chantal Proulx*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jamie C. Klukach*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submission only by *Arnold Schlayer*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487.04 [aj. L.C. 1995, ch. 27, art. 1], 591(3)(a) [abr. et rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 119].

#### Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 34. *Les méthodes d'investigation scientifiques*. Ottawa: La Commission, 1984.

Eggleston, Richard. *Evidence, Proof and Probability*, 2nd ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1983.

Ferguson, Gerry. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 3rd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1997 (loose-leaf updated November 1997, release PB97874).

Mahoney, R. «Similar Fact Evidence and the Standard of Proof», [1993] *Crim. L. Rev.* 185.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated November 1997, release 19).

Percival, Richard. Case and Comment on *R. v. Brown, Wilson, McMillan and McClean*, [1997] *Crim. L. Rev.* 502.

Smith, J. C. Case and Comment on *R. v. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 92 B.C.A.C. 286, 150 W.A.C. 286, 116 C.C.C. (3d) 168, [1997] B.C.J. No. 1193 (QL), qui a rejeté l'appel formé contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Parrett au terme d'un procès devant jury, [1995] B.C.J. No. 882 (QL). Pourvoi rejeté.

*Gil David McKinnon, c.r.*, et *Thomas Arbogast*, pour l'appelant.

*Oleh S. Kuzma*, pour l'intimée.

*S. Ronald Fainstein, c.r.*, et *Chantal Proulx*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jamie C. Klukach*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Arnold Schlayer*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

CORY J. — There are two principal issues raised in this appeal. First, should a jury be instructed that they may draw conclusions from similar fact evidence on a balance of probabilities? The appellant contends that such an instruction offends the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the right to be presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter*.

Second, does the admission into evidence of hair samples obtained by consent for one police investigation and used in connection with a separate investigation two-and-a-half years later offend the appellant's right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed in ss. 7 and 8 of the *Charter*?

#### I. Factual Background

Marnie Blanchard was last seen at approximately 2:00 a.m. on November 22, 1989, standing alone outside a bar in Prince George, British Columbia. A taxi driver saw a lone male driver of what he believed was a small grey Toyota or Nissan pickup truck pull up beside Marnie Blanchard. He saw that the driver of the truck had black shoulder-length hair and some hair on the side of his face. He observed Ms. Blanchard hesitate and then get into the truck, which drove away.

Almost three weeks later, a cross-country skier found a human jawbone in a clearing approximately 10 kilometres from downtown Prince George. Police later found a skull and various human bones in the clearing. The remains had been disturbed by animals, and as a result medical examiners were unable to establish a cause of death. A pathologist testified that there had been no pre-death injury to the bones. A comparison of dental records established the identity of the body as that of Marnie Blanchard.

LE JUGE CORY — Deux questions principales sont soulevées dans le cadre du présent pourvoi. Premièrement, devrait-on donner au jury la directive qu'il peut tirer, selon la prépondérance des probabilités, des conclusions fondées sur une preuve de faits similaires? Selon l'appelant, une telle directive porte atteinte aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et au droit à la présomption d'innocence énoncé à l'al. 11d) de la *Charte*.

Deuxièmement, l'admission en preuve d'échantillons de cheveux et de poils qui ont été obtenus avec le consentement de l'intéressé au cours d'une enquête policière puis utilisés dans le cadre d'une enquête distincte deux ans et demi plus tard porte-t-elle atteinte au droit de l'appelant d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par les art. 7 et 8 de la *Charte*?

#### I. Les faits

Marnie Blanchard a été vue pour la dernière fois vers 2 h le 22 novembre 1989. Elle était alors seule à l'extérieur d'un bar de Prince George, en Colombie-Britannique. Un chauffeur de taxi a vu un homme seul, au volant d'un véhicule qui lui a semblé être une petite camionnette grise de marque Toyota ou Nissan, s'arrêter à côté de Marnie Blanchard. Il a vu que le conducteur de la camionnette avait des cheveux noirs jusqu'aux épaules et des poils sur le côté du visage. Il a remarqué que M<sup>me</sup> Blanchard a hésité et est ensuite montée dans la camionnette, qui a démarré.

Presque trois semaines plus tard, un skieur de fond a trouvé un maxillaire humain dans une clairière située à une dizaine de kilomètres du centre-ville de Prince George. Les policiers ont par la suite trouvé un crâne et divers autres ossements humains dans la clairière. Comme des animaux avaient remué les restes, les médecins légistes ont été incapables de déterminer la cause de la mort. Un pathologiste a témoigné que les ossements ne laissaient voir aucune trace de lésion antérieure au décès. La comparaison des fiches dentaires a permis d'identifier le cadavre comme étant celui de Marnie Blanchard.

1

2

3

4

5 Police also discovered Ms. Blanchard's coat, sweater and a piece of nylon pantyhose in a pile. The remainder of her clothes, as well as portions of clothing and personal possessions were scattered around the clearing. There was evidence that a sharp-edged implement had been used to cut some of the clothing (the skirt in the area of the zipper and the camisole) and that the victim's sweater had been extensively damaged by cutting or tearing. A hair and fibre analyst also testified that animal chewing could have caused some of the damage to the clothes.

6 The Crown's forensic pathologist expressed the opinion that the death was the result of homicidal violence for three reasons: the clothing had been cut and torn, then placed where it was found; the area was remote; the skeletonization of the bones and scattering by animal activity did not fit with a natural death.

7 Thorone Fontaine, an acquaintance of the appellant, testified that he went out drinking with the appellant one evening in November 1989, though he was not sure of the date. When the appellant dropped off Mr. Fontaine at the end of the evening, he noticed that the appellant drove back downtown, the opposite direction to where he lived. The next day the appellant went to Mr. Fontaine's home and told him that he had arrived home late because he had picked up a young woman and driven her to Vanderhoof. The appellant told Mr. Fontaine that when he dropped her off, the woman had left some jewellery on his dashboard. Mr. Fontaine observed that the sleeve around the gear shift in the appellant's truck was damaged and that the arm controlling the signal switch and windshield wipers was broken.

8 Evidence was given by Sharon Olson, another acquaintance of the appellant, that on or about November 22, 1989, the appellant told her that he had dropped off a friend with whom he had been drinking, and then picked up an attractive blonde woman and drove her home. He gave Ms. Olson

Les policiers ont également découvert des vêtements empilés, soit le manteau, le chandail et une partie du bas-culotte que portait M<sup>me</sup> Blanchard. Le reste des vêtements, ainsi que des morceaux d'étoffe et des effets personnels étaient éparpillés dans la clairière. Il y avait des indices qu'un instrument tranchant avait été utilisé pour taillader certains vêtements (la jupe près de la fermeture éclair et le cache-corset) et que le chandail de la victime avait été très abîmé par des taillades ou des déchirures. Un spécialiste des cheveux et fibres a témoigné qu'il était également possible que des animaux aient abîmé les vêtements en les mâchant.

Le médecin légiste qui a témoigné pour le ministère public a exprimé l'opinion que la mort était attribuable à des violences meurtrières pour trois raisons: les vêtements avaient été taillés et déchirés, puis placés à l'endroit où ils ont été trouvés; les restes avaient été trouvés dans une région éloignée; la squelettisation des os et leur dispersion par des animaux ne concordaient pas avec une mort naturelle.

Thorone Fontaine, une connaissance de l'appellant, a témoigné qu'il était allé prendre un verre avec celui-ci un soir de novembre 1989, bien qu'il ne fût pas certain de la date. Lorsque l'appellant l'a déposé à la fin de la soirée, M. Fontaine a remarqué que ce dernier était reparti vers le centre-ville, dans la direction inverse de son domicile. Le lendemain, l'appellant s'est rendu chez M. Fontaine et lui a dit qu'il était rentré tard parce qu'il avait fait monter une jeune femme et l'avait conduite à Vanderhoof. L'appellant a déclaré à M. Fontaine que, lorsqu'il avait déposé la jeune femme, celle-ci avait laissé des bijoux sur le tableau de bord de la camionnette. Monsieur Fontaine a remarqué que la gaine du levier de vitesse de la camionnette de l'appellant était endommagée et que le bras commandant l'interrupteur de signalisation et les essuie-glaces était brisé.

Sharon Olson, une autre connaissance de l'appellant, a témoigné que, le 22 novembre 1989 ou vers cette date, l'appellant lui a dit qu'il avait déposé un ami avec lequel il avait pris un verre et qu'il avait ensuite fait monter une jolie blonde qu'il avait ramenée chez elle. Ces propos ont donné à

the impression that he had had sex with the woman and that she had given him jewellery in exchange. He told Ms. Olson that his common-law wife found the jewellery in his pocket. Arlene Spencer, another acquaintance, testified that on or about November 23, 1989, the appellant also told her that the night before he had picked up a girl and had driven her to Vanderhoof. She did not have the money she had promised him for gas, so she gave him some jewellery instead. The appellant had said his wife was upset when she found the jewellery in his pocket.

On April 18, 1990, police searched a grey Nissan pickup truck registered in the name of the appellant's common-law wife. In the driver's door pocket they found a double-edged knife with a four-inch blade. Under the passenger seat they found a small silver ring that was later identified as Ms. Blanchard's by several of her friends. In searching the pickup, the officers also recovered two small purple fibres from the carpet underneath the passenger seat area, and they cut out a section of the carpeting. A hair and fibre expert testified that he examined those fibres and others he extracted from the carpet. He compared them to Ms. Blanchard's sweater found in the clearing with her remains. He concluded that the fibres taken from the vehicle were consistent with the fibres used in the manufacture of the purple sweater.

On July 26, 1990, the appellant was arrested for the second degree murder of Ms. Blanchard. The appellant was advised of his *Charter* rights and given an opportunity to call a lawyer. After his call to a lawyer, the appellant told police that he had been advised not to say anything. Nevertheless, the officers questioned the appellant for approximately 25 minutes, during which the appellant insisted that he did not pick up a girl in November. One of the officers then asked the appellant if he would be interested in helping them eliminate him as a sus-

M<sup>me</sup> Olson l'impression que l'accusé avait eu des rapports sexuels avec la femme en question et que celle-ci lui avait donné des bijoux en échange. Il a déclaré à M<sup>me</sup> Olson que sa conjointe de fait avait trouvé les bijoux dans sa poche. Arlene Spencer, une autre connaissance de l'appelant, a témoigné que, le 23 novembre 1989 ou vers cette date, l'appelant lui a également dit que, le soir précédent, il avait fait monter une jeune fille et l'avait conduite à Vanderhoof. Comme la jeune fille n'avait pas l'argent qu'elle lui avait promis pour l'essence, elle lui avait donné des bijoux à la place. L'appelant avait déclaré que sa conjointe avait été contrariée lorsqu'elle avait trouvé les bijoux en question dans sa poche.

Le 18 avril 1990, des policiers ont fouillé une camionnette grise de marque Nissan immatriculée au nom de la conjointe de fait de l'appelant. Dans la poche aumônière de la porte du conducteur, ils ont trouvé un couteau à double tranchant muni d'une lame de quatre pouces. Sous le siège du passager, ils ont découvert une petite bague en argent, qui a par la suite été identifiée comme appartenant à M<sup>me</sup> Blanchard par plusieurs de ses amis. En fouillant la camionnette, les policiers ont également trouvé deux petites fibres de couleur mauve dans le tapis sous le siège du passager, et ils ont taillé une partie du tapis. Un expert en cheveux et fibres a témoigné qu'il avait examiné ces fibres et d'autres fibres qu'il avait extraites du tapis. Il les a comparées avec le chandail de M<sup>me</sup> Blanchard qui avait été découvert avec ses restes dans la clairière. L'expert est arrivé à la conclusion que les fibres trouvées dans le véhicule correspondaient aux fibres utilisées pour fabriquer le chandail mauve.

Le 26 juillet 1990, l'appelant a été arrêté pour le meurtre au deuxième degré de M<sup>me</sup> Blanchard. On l'a informé des droits que lui garantit la *Charte* et on lui a donné la possibilité de téléphoner à un avocat. Après avoir téléphoné à un avocat, l'appelant a déclaré aux policiers que l'avocat lui avait conseillé de ne rien dire. Néanmoins, les policiers ont interrogé l'appelant pendant environ 25 minutes, au cours desquelles celui-ci a affirmé qu'il n'avait fait monter aucune jeune fille en novembre. L'un des policiers a ensuite demandé à

9

10

pect. The appellant replied, "That would be great with me" and agreed to give scalp and pubic hair samples. He was informed that the samples would be used to determine whether any of his hair was found where Ms. Blanchard's body was discovered. He acknowledged that he did not have to give this sample. The officer further informed the appellant that if he gathered any evidence as a result of the hair sample, it would be used in court.

l'appelant s'il était intéressé à les aider à l'éliminer comme suspect. L'appelant a répondu que [TRANSDUCTION] «ce serait génial», et il a accepté de fournir des échantillons de cheveux et de poils pubiens. Il a été avisé que les échantillons serviraient à déterminer si des cheveux ou des poils lui appartenant avaient été trouvés à l'endroit où l'on avait découvert les restes de M<sup>me</sup> Blanchard. Il a reconnu qu'il n'était pas obligé de donner ces échantillons. Le policier a en outre dit à l'appelant que si ces échantillons lui permettaient de recueillir quelque élément de preuve, cet élément serait utilisé devant les tribunaux.

11 It is common ground that the investigating officers did not contemplate using the hair samples for DNA analysis; the use of the technology was not common in July 1990. The hair samples were forwarded to the RCMP forensic laboratory in Vancouver for physical comparisons with hairs found at the scene where Ms. Blanchard's body was discovered. The appellant's hair did not match with 16 hair samples taken from Ms. Blanchard's coat and other items.

Il est acquis que les enquêteurs n'envisageaient pas d'utiliser les échantillons de cheveux et de poils pour effectuer une analyse génétique; le recours à cette technologie n'était pas courant en 1990. Les échantillons ont été remis au laboratoire judiciaire de la GRC à Vancouver pour qu'on procède à des comparaisons physiques avec des cheveux et des poils trouvés à l'endroit où les restes de M<sup>me</sup> Blanchard avaient été découverts. Les cheveux et les poils de l'appelant ne concordaient pas avec les 16 échantillons de cheveux et de poils tirés du manteau et d'autres effets de M<sup>me</sup> Blanchard.

12 Following a preliminary inquiry into the charge for the murder of Marnie Blanchard, the provincial court judge declined to commit the appellant for trial. He was discharged and released on December 17, 1990.

À la suite de l'enquête préliminaire tenue à l'égard de l'accusation relative au meurtre de Marnie Blanchard, le juge de la cour provinciale a refusé de citer l'appelant à procès. Celui-ci a été libéré le 17 décembre 1990.

13 On February 13, 1993, Theresa Umphrey arrived in Prince George and drank with friends at several pubs. Between 2:20 and 3:40 a.m. on February 14 she was seen near a convenience store. She was intoxicated. She asked some men for a ride home and they drove her around, but when she was unable to identify where she lived, they returned her to the vicinity of the convenience store. At approximately 2:30 p.m. on February 14, Ms. Umphrey's nude, partially frozen body was found on a snowbank approximately 50 kilometres southwest of Prince George.

Le 13 février 1993, Theresa Umphrey est arrivée à Prince George et a pris un verre avec des amis dans plusieurs pubs. Entre 2 h 20 et 3 h 40 le 14 février, elle a été vue près d'un dépanneur. Elle était ivre. Elle a demandé à des hommes de la reconduire chez elle. Après avoir roulé dans la ville, ils l'ont ramenée près du dépanneur parce qu'elle était incapable de reconnaître l'endroit où elle habitait. Vers 14 h 30 le 14 février, on a découvert le corps nu et partiellement gelé de M<sup>me</sup> Umphrey sur un banc de neige à une cinquantaine de kilomètres au sud-ouest de Prince George.

14 The forensic pathologist who performed the autopsy on the body of Ms. Umphrey testified that

Le médecin légiste qui a fait l'autopsie du cadavre de M<sup>me</sup> Umphrey a témoigné que la mort avait

death was caused by manual strangulation and then ligature strangulation. The ligature marks were consistent with being caused by shoelaces such as those found at the scene. There were numerous scrapes on her body consistent with having been dragged over a rough surface. Her skull was severely crushed. A portion of her hair close to the scalp wound had been cut short with a sharp instrument such as scissors or a knife. The pathologist confirmed that Ms. Umphrey had sexual intercourse some time during the last 24 to 28 hours of her life, based on sperm found in her vaginal cavity. There was no physical evidence of sexual assault. Semen was also found on Ms. Umphrey's sweatshirt.

Most of Ms. Umphrey's clothes were found at the scene scattered down the embankment near her body in a pattern consistent with having been thrown. Her brassiere was found at the side of the road 1.4 kilometres north of her body. An RCMP expert in fibre analysis and damage to fabrics testified that the brassiere was cut apart between the cups and knotted at the back where it is normally fastened. One of the shoelaces was also cut. The cuts had been made by a sharp-edged instrument. Other articles of Ms. Umphrey's clothing did not disclose any evidence of damage.

While out of custody and prior to being charged, the appellant was interviewed by the police on several occasions. During the last interview, a police officer told the appellant that some human tissue not belonging to Ms. Umphrey had been found on her body and asked the appellant to provide samples for DNA testing. The officer said they were in the process of comparing the appellant's hair sample taken in 1990 to the human tissue sample taken from the body of Ms. Umphrey. The appellant refused to give samples for DNA testing.

During the interview, the appellant had been allowed to smoke several of his own cigarettes.

eu lieu par strangulation manuelle et ensuite par strangulation par ligature. Les marques de ligature étaient compatibles avec les marques qu'auraient laissées des lacets de chaussures semblables à ceux trouvés sur le lieu du crime. Le corps de la victime portait de nombreuses éraflures, comme s'il avait été traîné sur une surface rugueuse. Son crâne avait été gravement enfoncé. Près de la blessure au cuir chevelu, ses cheveux avaient été coupés court avec un instrument tranchant comme des ciseaux ou un couteau. Le médecin légiste a confirmé que, d'après le sperme trouvé dans son vagin, M<sup>me</sup> Umphrey avait eu des rapports sexuels de 24 à 28 heures avant sa mort. Il n'y avait aucun signe physique d'agression sexuelle. On a également trouvé du sperme sur le sweatshirt de M<sup>me</sup> Umphrey.

La plupart des vêtements de M<sup>me</sup> Umphrey ont été trouvés sur le lieu du crime, éparpillés au pied du banc de neige près de son corps, comme s'ils avaient été lancés là. Son soutien-gorge a été retrouvé au bord de la route, à 1,4 kilomètre au nord de l'endroit où se trouvait le corps. Un membre de la GRC spécialisé dans l'analyse des fibres et des dommages causés aux tissus a témoigné que le soutien-gorge avait été coupé entre les deux bonnets et noué dans le dos à l'endroit où il est normalement attaché. L'un des lacets avait également été coupé. Dans les deux cas, on s'était servi d'un instrument tranchant. D'autres vêtements de M<sup>me</sup> Umphrey étaient intacts.

L'appelant a été interrogé à plusieurs reprises par des policiers pendant qu'il était en liberté et avant qu'il ne soit accusé. Au cours du dernier interrogatoire, un policier a dit à l'appelant que certains tissus humains n'appartenant pas à M<sup>me</sup> Umphrey avaient été trouvés sur le corps de celle-ci, et il a demandé à l'appelant de fournir des échantillons en vue d'analyses génétiques. Le policier a dit qu'ils étaient en train de comparer les échantillons de cheveux et de poils prélevés sur l'appelant en 1990 avec l'échantillon de tissus humains provenant du corps de M<sup>me</sup> Umphrey. L'appelant a refusé de fournir les échantillons en question.

Pendant l'interrogatoire, l'appelant avait été autorisé à fumer plusieurs de ses propres ciga-

15

16

17

After the interview, an officer returned to the interview room and gathered the butts of the cigarettes that the appellant had been smoking and which he had placed in an ashtray. A few days later, an officer executed a search warrant at the RCMP forensic laboratory in Vancouver and took possession of the appellant's scalp and pubic hairs that had been taken from him on July 26, 1990.

rettes. Après l'interrogatoire, un agent est retourné dans la salle d'interrogatoire et a ramassé les mégots des cigarettes que l'appelant avait fumées et qu'il avait déposés dans un cendrier. Quelques jours plus tard, un agent a exécuté un mandat de perquisition au laboratoire judiciaire de la GRC à Vancouver et a pris possession des cheveux et des poils pubiens qui avaient été prélevés sur l'appelant le 26 juillet 1990.

18 Barbara Fraser, a forensic biology specialist employed at the RCMP forensic laboratory found there was a five-probe visual match between the pubic hairs obtained from the appellant on July 26, 1990, the cigarette butts retrieved from the interview room and the semen fraction located in the vagina of Ms. Umphrey and the semen fraction located on her sweater. Ms. Fraser explained in her testimony that a five-probe match occurs when there is a match between five different regions in two samples of DNA. A five-probe match is an extremely rare event to occur between unrelated individuals. Based on these results, Ms. Fraser expressed the opinion that this frequency of occurrence in the Canadian Caucasian population was less than one in 31 billion.

Barbara Fraser, spécialiste en biologie judiciaire au laboratoire judiciaire de la GRC, a constaté qu'il y avait concordance visuelle de cinq sondes entre les poils pubiens prélevés sur l'appelant le 26 juillet 1990, les mégots récupérés dans la salle d'interrogatoire, le sperme trouvé dans le vagin de M<sup>me</sup> Umphrey et celui trouvé sur son chandail. Dans son témoignage, M<sup>me</sup> Fraser a expliqué qu'il y a concordance de cinq sondes lorsque cinq régions différentes de deux échantillons d'ADN sont identiques. Une telle adéquation est extrêmement rare entre des personnes qui n'ont aucun lien de parenté. En s'appuyant sur ces résultats, M<sup>me</sup> Fraser a exprimé l'opinion que cette fréquence d'apparition au sein de la population canadienne de race blanche était inférieure à un sur 31 milliards.

19 Ms. Fraser also compared the DNA from the cigarette butts with DNA from the blood of the appellant's natural mother and father over five probes. The analysis showed that the rules of inheritance were followed, with one of the appellant's DNA bands matching one of his father's DNA bands and the other matching one of his mother's DNA bands. Ms. Fraser concluded that in her opinion it was 30 million times more likely that the DNA in the semen samples came from a biological child of the appellant's parents than from an individual selected randomly from the Canadian population.

Madame Fraser a également comparé l'ADN provenant des mégots avec l'ADN provenant du sang de la mère et du père biologiques de l'appelant au moyen de cinq sondes. L'analyse a révélé que les règles d'hérédité étaient respectées puisque l'une des bandes d'ADN de l'appelant était identique à une des bandes d'ADN de son père, et que l'autre bande était identique aux bandes d'ADN de sa mère. Madame Fraser a conclu que, à son avis, il y avait 30 millions de fois plus de chances que l'ADN des échantillons de sperme provienne d'un enfant biologique des parents de l'appelant plutôt que d'une personne choisie au hasard dans la population canadienne.

20 On October 4, 1993, the appellant was arrested and charged with the first degree murder of Theresa Umphrey. The appellant was also re-arrested and charged with the first degree murder of Marnie Blanchard.

Le 4 octobre 1993, l'appelant a été arrêté et inculpé du meurtre au premier degré de Theresa Umphrey. En outre, il a à nouveau été arrêté à l'égard du meurtre de Marnie Blanchard et inculpé de meurtre au premier degré.

Prior to trial, defence counsel twice applied to sever the two murder counts in the indictment. These applications were refused. Counsel also objected to the admissibility of the samples taken and used by the police for DNA analysis and the DNA evidence itself. The evidence was ruled admissible. A jury convicted the appellant of the two counts of first degree murder. His appeal to the Court of Appeal was dismissed.

## II. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL), (Parrett J.)

### 1. The Rulings on Severance

On October 13, 1994, the appellant applied under s. 591(3)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to sever the two murder counts. The trial judge noted that on such an application, the onus is on the accused to show that the interest of justice requires severance. The defence pointed to the discharge of the appellant at the preliminary inquiry into the Blanchard murder in 1990, and submitted that the Crown was attempting to use the similar fact evidence of the Umphrey murder to establish primarily that Ms. Blanchard's death was the result of homicide. Defence counsel argued there was no precedent for this use of similar fact evidence. The defence further submitted that there was no nexus in time between the two murders, that there are numerous differences between the two events, and that the similarities that do exist are not unique.

The Crown opposed the application and asserted that even in the case of severance, it would seek to adduce the evidence of each offence in the other trial as similar fact evidence. The Crown conceded that unless the evidence concerning the Umphrey murder was admissible to establish that the

Avant le procès, l'avocat de la défense a demandé à deux reprises que les deux chefs d'accusation de meurtre contenus dans l'acte d'accusation soient séparés. Ces demandes ont été rejetées. L'avocat a également contesté l'admissibilité et des échantillons prélevés par les policiers et utilisés pour les analyses génétiques, et de la preuve génétique elle-même. Cette preuve a été déclarée admissible. Un jury a reconnu l'appelant coupable des deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. L'appel formé par ce dernier devant la Cour d'appel a été rejeté.

## II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL) (le juge Parrett)

### 1. Les décisions relatives à la séparation des chefs d'accusation

Le 13 octobre 1994, l'appelant a demandé la séparation des deux chefs d'accusation de meurtre en application de l'al. 591(3)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le juge du procès a fait remarquer que l'accusé qui présente une telle demande a la charge de prouver que les intérêts de la justice commandent la séparation. La défense a souligné que l'appelant avait été libéré au terme de l'enquête préliminaire concernant le meurtre de M<sup>me</sup> Blanchard en 1990, et a soutenu que le ministère public tentait d'utiliser la preuve des faits similaires du meurtre de M<sup>me</sup> Umphrey principalement pour établir que le décès de M<sup>me</sup> Blanchard résultait d'un homicide. L'avocat de la défense a affirmé qu'il n'y avait aucun précédent pour cette utilisation d'une preuve de faits similaires. La défense a en outre fait valoir qu'il n'y avait aucune connexité dans le temps entre les deux meurtres, qu'il y avait de nombreuses différences entre les deux événements et que les similitudes qui existaient n'étaient pas singulières.

Le ministère public s'est opposé à la demande et a plaidé que, même s'il y avait séparation des chefs d'accusation, il chercherait à produire la preuve de chaque infraction dans l'autre procès comme preuve de faits similaires. Le ministère public a concédé que les deux chefs d'accusation devraient

21

22

23

accused committed the Blanchard murder, there should be a severance of the two counts. However, the Crown argued that there were many similarities between the two events indicative of pattern and design.

24 The trial judge noted that medical examiners were unable to determine the cause of Ms. Blanchard's death. He noted that her clothing was found near her body and that some of it was torn and some of it appeared to have been cut with a sharp instrument such as a knife. The trial judge found it was a fair inference that Ms. Blanchard's death was not natural and that her clothing had been removed prior to her body's being left in the snow.

25 The trial judge reviewed the evidence related to the murder of Theresa Umphrey. The trial judge noted that the Crown submitted the crimes were similar in that the victims were young single females who were vulnerable and who were without funds or transportation in the early morning hours; there was evidence that each was picked up by the accused in a grey pickup truck; the Umphrey case clearly involved sexual intercourse, while in the Blanchard murder a sexual purpose could be inferred; the victims were left in isolated but accessible areas outside Prince George; the victims' clothes were found discarded nearby; there was evidence that in both cases a sharp-edged instrument such as a knife was used.

26 The trial judge further noted that in the Umphrey case, the DNA analysis linked the accused to the victim. In the Blanchard case, circumstantial evidence also linked the accused to the victim, e.g., the testimony of a witness who saw Ms. Blanchard get into a pickup truck similar to one used by the appellant; the ring found in the appellant's truck identified as belonging to Ms. Blanchard; the purple fibres in the truck found to be consistent with Ms. Blanchard's sweater. The Crown submitted that this evidence demonstrates a

être séparés, sauf si la preuve relative au meurtre de M<sup>me</sup> Umphrey était admissible pour prouver que l'accusé avait assassiné M<sup>me</sup> Blanchard. Le ministère public a toutefois soutenu qu'il y avait, entre les deux événements, de nombreuses similitudes indicatives d'une méthode et d'un plan.

Le juge du procès a signalé que les médecins légistes avaient été incapables de déterminer la cause du décès de M<sup>me</sup> Blanchard. Il a indiqué que les vêtements de la victime avaient été trouvés près de son corps et que certains d'entre eux avaient été déchirés tandis que d'autres semblaient avoir été taillés avec un instrument tranchant tel un couteau. Selon le juge du procès, il était raisonnable d'en déduire que M<sup>me</sup> Blanchard n'était pas morte naturellement et qu'on l'avait dévêtue avant d'abandonner son corps dans la neige.

Le juge du procès a examiné la preuve relative au meurtre de Theresa Umphrey. Il a souligné que le ministère public avait affirmé que les crimes étaient similaires en ce que les victimes étaient de jeunes femmes célibataires qui étaient vulnérables et sans argent ou sans moyen de transport aux petites heures du matin; il y avait des preuves indiquant que, dans chaque cas, l'accusé avait fait monter la victime dans une camionnette grise; dans l'affaire Umphrey, il y avait manifestement eu rapports sexuels, tandis que dans l'affaire Blanchard, on pouvait inférer que le meurtre était lié à une fin sexuelle; les victimes avaient été abandonnées dans des régions isolées mais néanmoins accessibles à l'extérieur de Prince George; leurs vêtements avaient été trouvés abandonnés à proximité; dans les deux cas, il y avait des preuves de l'utilisation d'un instrument tranchant tel un couteau.

Le juge du procès a en outre signalé que, dans l'affaire Umphrey, l'analyse génétique rattachait l'accusé à la victime. Dans l'affaire Blanchard, il y avait des éléments de preuve circonstancielle rattachant également l'accusé à la victime, par exemple la déposition d'un témoin ayant vu M<sup>me</sup> Blanchard monter dans une camionnette semblable à celle conduite par l'appelant; la bague trouvée dans la camionnette de l'appelant et qui avait été identifiée comme appartenant à M<sup>me</sup> Blanchard; les fibres mauves trouvées dans la camionnette et qui avaient

system and method by which the accused seeks out and identifies his victims, as well as the way he deals with them and disposes of the bodies.

The trial judge reviewed the governing authorities on similar fact evidence, the similarities between the two offences and the potential prejudice to the appellant. He found that the appellant had not met his burden under s. 591 of the *Code*. He found “significant and striking similarities” between the two deaths. The trial judge concluded that if the evidence linking the appellant to both victims on the nights they disappeared were admitted, then the evidence related to the Umphrey killing “is both relevant and highly probative of material issues in the Blanchard case”. The trial judge denied the appellant’s motion for severance, but invited the appellant to renew the application for severance once the rulings on admissibility were completed.

At the end of a lengthy *voir dire*, the defence renewed its application for severance. The trial judge found that although some evidence had been excluded, the Crown’s case remained essentially unchanged. The application for severance was again denied. There was no separate consideration of the admissibility of the similar fact evidence aside from the motion for severance.

## 2. Ruling on Admissibility of Hair Samples and DNA Evidence

Several *voir dire*s were held to determine the admissibility of the hair samples obtained from the appellant in 1990. The trial judge found that the central issue in determining whether the hair samples and DNA evidence derived from them were admissible was not whether the appellant’s consent

été déclarées compatibles avec celles du chandail de M<sup>me</sup> Blanchard. Le ministère public a soutenu que ces éléments de preuve démontraient l’existence d’un système et d’une méthode au moyen desquels l’accusé cherche et trouve ses victimes, ainsi que du traitement qu’il leur fait subir et de la façon dont il se débarrasse des corps.

Le juge du procès a examiné la jurisprudence et la doctrine concernant la preuve de faits similaires, les similitudes entre les deux infractions et le risque de préjudice pour l’appellant. Il a conclu que l’appellant ne s’était pas acquitté du fardeau qui lui incombait en vertu de l’art. 591 du *Code*. Il a relevé des [TRADUCTION] «similitudes importantes et frappantes» entre les deux décès. Le juge du procès a conclu que, si la preuve rattachant l’appellant aux deux victimes les nuits où elles ont disparu était admise, alors la preuve relative au meurtre de M<sup>me</sup> Umphrey [TRADUCTION] «est à la fois pertinente et très probante en ce qui a trait aux questions substantielles dans l’affaire Blanchard». Le juge du procès a rejeté la requête en séparation des chefs d’accusation présentée par l’appellant, mais il a invité ce dernier à présenter une nouvelle demande en ce sens une fois que les décisions relatives à l’admissibilité auraient été rendues.

Au terme d’un long *voir-dire*, la défense a renouvelé sa demande de séparation des chefs d’accusation. Le juge du procès a conclu que, malgré l’exclusion de certains éléments de preuve, la preuve du ministère public demeurait essentiellement inchangée. La demande de séparation a de nouveau été rejetée. Il n’y a pas eu d’examen distinct de l’admissibilité de la preuve de faits similaires en dehors de la requête en séparation des chefs d’accusation.

## 2. La décision relative à l’admissibilité des échantillons de cheveux et de poils et de la preuve génétique

Plusieurs *voir-dire* ont été tenus pour statuer sur l’admissibilité des échantillons de cheveux et de poils obtenus de l’appellant en 1990. Le juge du procès a conclu que la question centrale pour décider de l’admissibilité de ces échantillons et de la preuve génétique en découlant n’était pas de savoir

27

28

29

in 1990 was limited to the Blanchard investigation, but whether an informed and valid consent can be limited in law. In his opinion, there was no principle in law that made it unreasonable or unlawful for the police to resort to the samples already in their possession as a result of the consent given in 1990. The appellant's later refusal to provide a hair or blood sample in 1993 did not affect this conclusion. Moreover, the trial judge found that the initial consent to the taking of the hair samples was not limited either to using those samples for the purposes of a simple comparison with hairs found at the scene of the Blanchard murder or to using those samples only for the purposes of the 1990 investigation. Such a limitation would contradict the appellant's own understanding that any information obtained from the samples could be used against him.

### 3. Charge to the Jury

30

The trial judge instructed the jury on the use of the similar fact evidence. He stated that the evidence on the Blanchard killing was admissible in proving the guilt of the appellant for the Umphrey killing and *vice versa*. The jury could use this evidence only for the purpose of deciding that the appellant was the person who committed the offences described in both counts, i.e., to resolve the issue of identity. When examining the evidence on both counts, they were instructed not to conclude that the appellant was a person whose character or disposition was such that he likely committed the offences. The trial judge stated that they could infer from the evidence, although they were not required to do so, that the incident mentioned in the Blanchard count and the incident mentioned in the Umphrey count had characteristics in common that were so strikingly similar that it was likely that they were committed by one person. When deciding whether there were similarities between the two incidents, they should examine all the evidence and consider whether or not the acts were strikingly similar and demonstrated a unifying

si le consentement donné par l'appelant en 1990 se limitait à l'enquête menée dans l'affaire Blanchard, mais si un consentement éclairé et valide peut être limité en droit. À son avis, il n'existait aucun principe juridique qui rendait déraisonnable ou illicite l'utilisation par les policiers d'échantillons déjà en leur possession en raison du consentement donné en 1990. Le refus subséquent de l'appelant de fournir des échantillons de cheveux, de poils ou de sang en 1993 ne modifiait pas cette conclusion. En outre, le juge du procès a conclu que le consentement initial au prélèvement des échantillons de cheveux et de poils ne se limitait pas à l'utilisation de ces échantillons en vue d'une simple comparaison avec les cheveux et les poils trouvés à l'endroit où M<sup>me</sup> Blanchard avait été assassinée, ni à leur utilisation uniquement dans le cadre de l'enquête menée en 1990. Pareille restriction irait à l'encontre de la compréhension qu'avait l'appelant lui-même du fait que toute information obtenue à l'aide de ces échantillons pourrait être utilisée contre lui.

### 3. L'exposé au jury

Le juge du procès a donné au jury des directives sur l'utilisation de la preuve de faits similaires. Il a déclaré que la preuve relative au meurtre de M<sup>me</sup> Blanchard était admissible pour prouver la culpabilité de l'appelant relativement au meurtre de M<sup>me</sup> Umphrey, et *vice versa*. Le jury pouvait utiliser cette preuve uniquement pour décider si l'appelant était la personne qui avait commis les infractions mentionnées dans les deux chefs d'accusation, c.-à-d. pour trancher la question de l'identité. Les jurés ont été informés que, dans l'examen de la preuve relative aux deux chefs d'accusation, ils ne devaient pas en inférer que l'appelant était une personne possédant une nature ou une disposition telle qu'il avait probablement commis les infractions. Le juge du procès a déclaré que le jury pouvait, quoique rien ne l'obligeât à le faire, déduire de la preuve que l'incident mentionné dans le chef d'accusation relatif à l'affaire Blanchard et celui mentionné dans le chef d'accusation relatif à l'affaire Umphrey avaient des caractéristiques communes dont la similitude était tellement frappante qu'ils étaient probablement le fait d'une seule et même

ing pattern. The trial judge then gave the jury some examples of the similarities between the counts.

The trial judge went on to tell the jury that if they concluded that the Blanchard count and the Umphrey count were likely committed by one person, then the evidence on each count could assist them in deciding whether the appellant committed the offences charged in both counts. If, however, they did not draw the inference that the two offences were likely committed by one person, then in reaching a decision on any count they must only consider the evidence relating to that count and put out of their minds the evidence on the other count. The trial judge also stated that if they accepted the evidence on the Umphrey count and concluded that the appellant was guilty of that count, and they also concluded that the Blanchard count was likely committed by the same person, they could use the evidence, particularly of the use of the sharp-edged instrument, to confirm or support the evidence of the other witnesses and the finding of the ring and the purple fibres. The trial judge concluded by telling the jury that they must keep in mind that the appellant could not be convicted of either the Blanchard count or the Umphrey count unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that he was guilty as charged.

B. *Court of Appeal* (1997), 92 B.C.A.C. 286 (Hinds J.A. for the court)

The appellant argued before the Court of Appeal that the trial judge's charge regarding similar fact evidence was based on *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.), which should not be

personne. Pour décider s'il existait des similitudes entre les deux incidents, le jury devait examiner tous les éléments de preuve et se demander si les actes possédaient des similitudes frappantes et révélaient l'existence d'une méthode commune. Le juge du procès a ensuite donné au jury des exemples de similitudes entre les chefs d'accusation.

Le juge du procès a poursuivi son exposé en disant aux jurés que, s'ils arrivaient à la conclusion que les infractions reprochées dans les affaires Blanchard et Umphrey étaient probablement le fait d'une seule et même personne, ils pouvaient alors recourir à la preuve relative à chaque chef d'accusation afin de décider si l'accusé avait commis les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation. Toutefois, s'ils ne déduisaient pas que les deux infractions avaient probablement été commises par la même personne, ils devaient alors tenir compte uniquement de la preuve relative au chef d'accusation concerné pour parvenir à une décision à l'égard de ce chef, et faire abstraction de la preuve relative à l'autre chef. Le juge du procès a également déclaré que si les jurés acceptaient la preuve relative à l'accusation portée dans l'affaire Umphrey et concluaient que l'accusé était coupable relativement à ce chef, et s'ils concluaient aussi que l'infraction reprochée dans l'affaire Blanchard était probablement le fait de la même personne, ils pouvaient utiliser cette preuve, en particulier celle de l'utilisation d'un instrument tranchant, pour confirmer ou appuyer les dépositions des autres témoins et la découverte de la bague et des fibres mauves. Le juge du procès a conclu son exposé en disant aux jurés de ne pas oublier qu'ils ne pouvaient pas reconnaître l'accusé coupable du meurtre de M<sup>me</sup> Blanchard ou de celui de M<sup>me</sup> Umphrey à moins d'être convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité à l'égard des actes reprochés.

B. *Cour d'appel* (1997), 92 B.C.A.C. 286 (le juge Hinds au nom de la cour)

Devant la Cour d'appel, l'appelant a soutenu que l'exposé du juge du procès au sujet de la preuve de faits similaires était fondé sur l'arrêt *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.),

followed in light of decisions from other courts of appeal that take a different approach. However, Hinds J.A. found that the *Simpson* decision was followed by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Lawson* (1994), 45 B.C.A.C. 14. *Lawson*, in turn, was referred to with approval in another British Columbia Court of Appeal decision, *R. v. Doan* (1996), 81 B.C.A.C. 192. In *Lawson*, the court held at p. 21 as follows:

Counsel for the appellant made two points.

The first was that the word “likely” used by the trial judge sets the wrong standard. He says that the standard in relation to the element of identity and the element of intent should be that at least those elements must be established beyond a reasonable doubt on the count that is said to be similar without resort to evidence outside that count before using the evidence on that count to help to prove intent or identity on the count actually being considered. By that he meant that at least one count must be proved beyond a reasonable doubt on the basis of evidence relating exclusively to that count. As counsel said “there must be at least one anchor”. In my opinion, that point is not in accordance with the authority of *R. v. Simpson* and I would not accede to it.

33 Hinds J.A. concluded that the present law in British Columbia on the use of similar fact evidence is set forth in *Lawson*, and is based on the principles in *Simpson*. He found that the trial judge’s charge was in conformity with those principles and followed the suggested wording set forth in G. Ferguson, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (3rd ed. 1997 (loose-leaf)), vol. 1, 4.61. Furthermore, the trial judge’s instructions on the use to which the jury could put similar fact evidence complied with the principle expressed in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at pp. 360-62, that the criminal standard of proof applies to the determination of the ultimate issue of guilt or innocence and not to individual items of evidence.

34 The appellant also argued that the hair samples given in 1990 should not have been used in a sub-

arrêt qui ne devrait pas être suivi parce qu’il existe des décisions d’autres cours d’appel ayant appliqué une approche différente. Cependant, le juge Hinds a conclu que l’arrêt *Simpson* avait été suivi par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Lawson* (1994), 45 B.C.A.C. 14, arrêt qui, à son tour, a été mentionné avec approbation dans une autre décision de cette même cour: *R. c. Doan* (1996), 81 B.C.A.C. 192. Dans *Lawson*, la Cour d’appel a tiré la conclusion suivante, à la p. 21:

[TRADUCTION] L’avocat de l’appellant a invoqué deux arguments.

Le premier était que le mot «probablement» employé par le juge du procès fixe la mauvaise norme. Il affirme que la norme applicable à l’égard de l’identité et de l’intention devrait exiger que ces éléments au moins soient établis hors de tout doute raisonnable relativement au chef d’accusation que l’on prétend similaire sans recourir à des éléments de preuve étrangers à ce chef avant d’utiliser la preuve concernant ce chef pour aider à prouver l’intention ou l’identité relativement au chef d’accusation directement examiné. Il a voulu dire par là qu’au moins un chef d’accusation doit être prouvé hors de tout doute raisonnable sur la base de la preuve qui se rapporte exclusivement à ce chef. Comme a dit l’avocat: «il doit y avoir au moins un point d’ancrage». Selon moi, cet argument est incompatible avec l’autorité de l’arrêt *R. c. Simpson*, et je ne puis y souscrire.

Le juge Hinds a conclu que le droit en vigueur en Colombie-Britannique sur l’utilisation de la preuve de faits similaires est exposé dans l’arrêt *Lawson* et repose sur les principes énoncés dans l’arrêt *Simpson*. Il a conclu que l’exposé du juge du procès était conforme à ces principes et suivait le libellé suggéré dans G. Ferguson, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (3<sup>e</sup> éd. 1997 (feuilles mobiles)), vol. 1, 4.61. En outre, les directives du juge du procès sur l’utilisation que le jury pouvait faire de la preuve de faits similaires étaient compatibles avec le principe énoncé dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, aux pp. 360 à 362, et suivant lequel la norme de preuve en matière criminelle s’applique à la décision finale en ce qui concerne la culpabilité ou l’innocence et non aux divers éléments de preuve pris isolément.

L’appellant a également plaidé que les échantillons de cheveux et de poils donnés en 1990 n’au-

sequent police investigation. The appellant contended that the subsequent use of the samples vitiated the consent given in 1990, and that the seizure of the samples therefore violated his rights under s. 8 of the *Charter*. He further contended that the DNA evidence should not have been admitted under s. 24(2) of the *Charter*. Hinds J.A. noted that this issue was left undecided by this Court in *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145. Counsel for the appellant argued that the effect of the police using the hair samples taken in July 1990 for the investigation of the Umphrey murder was to enable them to maintain a DNA bank. The government is specifically prohibited from maintaining DNA samples under the recent DNA legislation. See the *Code*, ss. 487.04 *et seq.*

Hinds J.A. disagreed with that submission. He felt that the legislation pertaining to the seizure of DNA material is not relevant to the use of those substances that a person willingly provides to the police. The appellant's scalp and pubic hairs had not been taken by force or threat of force and thus did not constitute conscripted evidence. The obtaining of the appellant's hair samples on July 26, 1990 did not violate his s. 8 rights. Thereafter, the samples remained in the custody and control of the RCMP. The appropriate time to determine whether the appellant's s. 8 rights were violated was on July 26, 1990, the date upon which the samples were obtained by the police.

Even if the appropriate date for the determination was March 16, 1993 when the samples were retrieved from the RCMP laboratory, the appellant's s. 8 rights were not violated. On March 16, 1993, the appellant had no reasonable expectation of privacy with respect to the hair samples and the police seized the samples in accordance with a val-

raient pas dû être utilisés dans une enquête policière subséquente. Il a affirmé que l'utilisation subséquente de ces échantillons a vicié le consentement donné en 1990, et que la saisie des échantillons avait en conséquence porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 8 de la *Charte*. L'appellant a en outre soutenu que, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve génétique n'aurait pas dû être admise. Le juge Hinds a fait remarquer que cette question avait été laissée sans réponse par notre Cour dans *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145. L'avocat de l'appellant a prétendu que l'utilisation par les policiers, dans le cadre de l'enquête sur le meurtre de M<sup>me</sup> Umphrey, des échantillons de cheveux et de poils prélevés en juillet 1990 avait eu pour effet de leur permettre de conserver une banque d'ADN. Les récentes dispositions législatives sur l'ADN interdisent expressément au gouvernement de conserver des échantillons d'ADN. Voir les art. 487.04 et suiv. du *Code*.

Le juge Hinds n'a pas accepté cette prétention. Il a estimé que les dispositions législatives portant sur la saisie de matériel génétique ne visent pas l'utilisation de substances fournies volontairement aux autorités policières par une personne. Les cheveux et les poils pubiens de l'appellant n'avaient pas été prélevés par la force ou par la menace d'utilisation de la force, et ne constituaient donc pas une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. L'obtention d'échantillons de cheveux et de poils de l'appellant le 26 juillet 1990 n'avait pas porté atteinte aux droits garantis à celui-ci par l'art. 8. Par la suite, les échantillons étaient demeurés sous la garde et la responsabilité de la GRC. La date pertinente pour décider si les droits de l'appellant garantis par l'art. 8 avaient été violés était le 26 juillet 1990, date à laquelle les policiers avaient obtenu les échantillons.

Même si la date pertinente avait été le 16 mars 1993, soit la date à laquelle les échantillons ont été saisis au laboratoire de la GRC, les droits garantis à l'appellant par l'art. 8 n'avaient pas été violés. Le 16 mars 1993, l'appellant n'avait aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard des échantillons de cheveux et de poils, et

35

36

idly issued search warrant. The appeal from conviction was dismissed.

### III. Analysis

#### A. *Admissibility of Similar Fact Evidence*

##### 1. Probative Value

<sup>37</sup> This appeal concerns the proper charge to a jury on the use of similar fact evidence. This issue necessarily requires a careful review of the role of the trial judge in considering the admission of similar fact evidence. This is necessary in order to place the function of the jury in weighing similar fact evidence in its proper context.

<sup>38</sup> The rule allowing for the admissibility of similar fact evidence is perhaps best viewed as an “exception to an exception” to the basic rule that all relevant evidence is admissible. Relevance depends directly on the facts in issue in any particular case. The facts in issue are in turn determined by the charge in the indictment and the defence, if any, raised by the accused. See *Koufis v. The King*, [1941] S.C.R. 481, at p. 490. To be logically relevant, an item of evidence does not have to firmly establish, on any standard, the truth or falsity of a fact in issue. The evidence must simply tend to “increase or diminish the probability of the existence of a fact in issue”. See Sir Richard Eggleston, *Evidence, Proof and Probability* (2nd ed. 1978), at p. 83. As a consequence, there is no minimum probative value required for evidence to be relevant. See *R. v. Morris*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 199-200.

<sup>39</sup> Evidence of propensity or disposition (e.g., evidence of prior bad acts) is relevant to the ultimate issue of guilt, in so far as the fact that a person has acted in a particular way in the past tends to support the inference that he or she has acted that way

les policiers avaient saisi les échantillons en vertu d’un mandat de perquisition décerné valablement. L’appel de la déclaration de culpabilité a été rejeté.

### III. L’analyse

#### A. *L’admissibilité de la preuve de faits similaires*

##### 1. La valeur probante

Le présent pourvoi porte sur les directives qu’il convient de donner au jury relativement à l’utilisation d’une preuve de faits similaires. Cette question exige forcément une analyse approfondie du rôle du juge du procès dans l’examen de la question de savoir si une telle preuve doit être admise. Cette analyse est nécessaire afin de bien situer dans son contexte le rôle du jury dans l’appréciation d’une preuve de faits similaires.

La meilleure façon de définir la règle autorisant l’admission d’une preuve de faits similaires serait peut-être de dire qu’il s’agit d’une «exception à une exception» à la règle fondamentale suivant laquelle tout élément de preuve pertinent est admissible. La pertinence dépend directement des faits en litige dans une affaire donnée. Pour leur part, les faits en litige sont déterminés par l’infraction reprochée dans l’acte d’accusation et par les moyens de défense, s’il en est, qui sont invoqués par l’accusé. Voir *Koufis c. The King*, [1941] R.C.S. 481, à la p. 490. Pour qu’un élément de preuve soit logiquement pertinent, il n’est pas nécessaire qu’il établisse fermement, selon quelque norme que ce soit, la véracité ou la fausseté d’un fait en litige. La preuve doit simplement tendre à [TRADUCTION] «accroître ou diminuer la probabilité de l’existence d’un fait en litige». Voir Sir Richard Eggleston, *Evidence, Proof and Probability* (2<sup>e</sup> éd. 1978), à la p. 83. En conséquence, aucune valeur probante minimale n’est requise pour qu’un élément de preuve soit pertinent. Voir *R. c. Morris*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 199 et 200.

La preuve d’une propension ou disposition (par exemple la preuve d’actes antérieurs répréhensibles) est pertinente pour trancher la question ultime, celle de la culpabilité ou de l’innocence, dans la mesure où le fait qu’une personne a agi

again. Though this evidence may often have little probative value, it is difficult to say it is not relevant. In this regard, I disagree in part with Lord Hailsham's judgment in *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421. He wrote, at p. 451 that "[w]hen there is nothing to connect the accused with a particular crime except bad character or similar crimes committed in the past, the probative value of the evidence is nil and the evidence is rejected on that ground". I think this statement may go too far, and find the approach taken by Lamer J., as he then was, in *Morris*, *supra*, is more accurate. He stated, at p. 203:

Disposition the nature of which is of no relevance to the crime committed has no probative value and . . . for that reason excluded. But if relevant to the crime, even though there is nothing else connecting the accused to that crime, it is of some probative value, be it slight, and it should be excluded as inadmissible not as irrelevant. [Emphasis added.]

Thus evidence of propensity or disposition may be relevant to the crime charged, but it is usually inadmissible because its slight probative value is ultimately outweighed by its highly prejudicial effect. As Sopinka J. noted in *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at pp. 127-28, there are three potential dangers associated with evidence of prior bad acts: (1) the jury may find that the accused is a "bad person" who is likely to be guilty of the offence charged; (2) they may punish the accused for past misconduct by finding the accused guilty of the offence charged; or (3) they may simply become confused by having their attention deflected from the main purpose of their deliberations, and substitute their verdict on another matter for their verdict on the charge being tried. Because of these very serious dangers to the accused, evidence of propensity or disposition is excluded as

d'une certaine manière dans le passé tend à appuyer l'inférence qu'elle a de nouveau agi de cette façon. Même si cette preuve n'a souvent qu'une faible valeur probante, il est difficile d'affirmer qu'elle n'est pas pertinente. À cet égard, je suis partiellement en désaccord avec le jugement de lord Hailsham dans *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421, où ce dernier a écrit, à la p. 451, que [TRADUCTION] «[I]orsque rien ne rattache l'accusé à un crime particulier, si ce n'est une preuve de moralité douteuse ou de perpétration de crimes similaires dans le passé, une telle preuve n'a aucune valeur probante et est rejetée pour ce motif». À mon avis, cette affirmation va peut-être trop loin, et l'approche retenue par le juge Lamer, maintenant Juge en chef du Canada, dans *Morris*, précité, me paraît plus juste. Ce dernier a déclaré ceci, à la p. 203:

La propension, si elle ne se rapporte pas au crime perpétré, n'a aucune valeur probante; [. . .] et doit pour cette raison être exclue. Mais si la propension se rapporte au crime, même en l'absence de tout autre lien entre l'accusé et ce crime, elle a une certaine valeur probante, si minime soit-elle, et elle doit être exclue parce qu'elle est inadmissible et non parce qu'elle n'est pas pertinente. [Je souligne.]

Par conséquent, la preuve d'une propension ou disposition peut être pertinente à l'égard du crime reproché, mais elle est généralement inadmissible parce que, en dernière analyse, son effet très préjudiciable l'emporte sur sa faible valeur probante. Comme l'a souligné le juge Sopinka dans *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, aux pp. 127 et 128, une preuve d'actes antérieurs répréhensibles comporte trois dangers potentiels: (1) le jury peut conclure que l'accusé est une «mauvaise personne» qui est vraisemblablement coupable de l'infraction qu'on lui reproche; (2) le jury peut punir l'accusé pour son inconduite antérieure en le déclarant coupable de l'infraction qui lui est imputée; (3) le jury peut tout simplement s'embrouiller parce que son attention se trouve détournée de l'objet premier de ses délibérations, et substituer son verdict sur une autre question à un verdict sur la question qu'il est appelé à juger. Comme il s'agit de dangers très réels pour l'accusé, la preuve d'une propension ou

an exception to the general rule that all relevant evidence is admissible.

41 However, as Lord Hailsham stated in *Boardman, supra*, at p. 453, “what is *not* to be admitted is a chain of reasoning and not necessarily a state of facts” (emphasis added). That is, disposition evidence which is adduced solely to invite the jury to find the accused guilty because of his or her past immoral conduct is inadmissible. However, evidence of similar past misconduct may exceptionally be admitted where the prohibited line of reasoning may be avoided. In *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, McLachlin J. writing for the majority carefully reviewed the issue of similar fact evidence. She reviewed the reasoning put forward in *Boardman, supra*, and, at p. 730 observed:

This view of similar fact evidence posits a test which is related to, yet distinct from the general rule that evidence is not admissible if its prejudicial effect outweighs its probative value: see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. That rule is an exclusionary rule applied to evidence which would otherwise be admissible. The reverse is the case with similar fact evidence. In determining its admissibility, one starts from the proposition that the evidence is inadmissible, given the low degree of probative force and the high degree of prejudice typically associated with it. The question then is whether, because of the exceptional probative value of the evidence under consideration in relation to its potential prejudice, it should be admitted notwithstanding the general exclusionary rule.

After a review of the other pertinent authorities she concluded at pp. 734-35:

This review of the jurisprudence leads me to the following conclusions as to the law of similar fact evidence as it now stands in Canada. The analysis of whether the evidence in question is admissible must begin with the recognition of the general exclusionary rule against evidence going merely to disposition. As affirmed in *Boardman* and reiterated by this Court in *Guay, Cloutier, Morris, Morin* and *D. (L.E.)*, evidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of

disposition est écartée en tant qu’exception à la règle générale suivant laquelle tout élément de preuve pertinent est admissible.

Toutefois, comme a déclaré lord Hailsham dans *Boardman*, précité, à la p. 453, [TRADUCTION] «ce qui *ne doit pas* être admis est un raisonnement, pas nécessairement un état de faits» (en italique dans l’original). En d’autres mots, est inadmissible la preuve d’une propension ou disposition qui est produite dans le seul but d’inviter le jury à déclarer l’accusé coupable sur le fondement de sa conduite immorale antérieure. Toutefois, la preuve d’une inconduite antérieure similaire peut exceptionnellement être admise lorsque le raisonnement interdit peut être évité. Dans *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, le juge McLachlin, qui s’exprimait au nom des juges majoritaires, a soigneusement examiné la question de la preuve de faits similaires. Après avoir analysé le raisonnement fait dans *Boardman*, précité, elle a fait les observations suivantes, à la p. 730:

Cette conception de la preuve de faits similaires propose un critère qui se rapporte à la règle générale, bien qu’il en soit distinct, selon laquelle la preuve est inadmissible si son effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante: voir l’arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Il s’agit d’une règle d’exclusion applicable à la preuve qui serait par ailleurs admissible. C’est l’inverse pour la preuve de faits similaires. Pour déterminer son admissibilité, il faut partir du principe que la preuve est inadmissible étant donné la faible force probante et l’importance du préjudice qui y est généralement associé. Il faut se demander ensuite si, en raison de la valeur probante exceptionnelle de la preuve examinée par rapport au préjudice qu’elle est susceptible de causer, elle devrait être admise sans égard à la règle générale d’exclusion.

Après avoir examiné les autres décisions pertinentes, elle a dit ceci, aux pp. 734 et 735:

Cet examen de la jurisprudence m’amène à tirer les conclusions suivantes quant à l’état actuel du droit en matière de preuve de faits similaires au Canada. Pour déterminer si la preuve en question est admissible, il faut d’abord reconnaître la règle générale d’exclusion de la preuve qui ne tend qu’à établir la propension. Comme le dit l’arrêt *Boardman* et comme notre Cour l’a répété dans les arrêts *Guay, Cloutier, Morris, Morin* et *D. (L.E.)*, la preuve présentée dans le seul but d’établir que

person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect. In a case such as the present, where the similar fact evidence sought to be adduced is prosecution evidence of a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high indeed to permit its reception. The judge must consider such factors as the degree of distinctiveness or uniqueness between the similar fact evidence and the offences alleged against the accused, as well as the connection, if any, of the evidence to issues other than propensity, to the end of determining whether, in the context of the case before him, the probative value of the evidence outweighs its potential prejudice and justifies its reception.

It can be seen that in considering whether similar fact evidence should be admitted the basic and fundamental question that must be determined is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. As well it must be remembered that a high degree of deference must be given to the decision of a trial judge on this issue. See *B. (C.R.)*, *supra*, at pp. 732-33.

It follows that where identity is at issue in a criminal case and the accused is shown to have committed acts which bear a striking similarity to the alleged crime, the jury is not asked to infer from the accused's habits or disposition that he is the type of person who would commit the crime. Instead, the jury is asked to infer from the degree of distinctiveness or uniqueness that exists between the commission of the crime and the similar act that the accused is the very person who committed the crime. This inference is made possible only if the high degree of similarity between the acts renders the likelihood of coincidence objectively improbable. See *Hoch v. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292 (Aust. H.C.). That is, there is always a possibility that by coincidence the perpetrator of the crime and the accused share certain predilections or that the accused may become implicated in crimes for which he is not responsible. However, where the evidence shows a distinct pattern to the acts in question, the possibility that

l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis une infraction, est en principe inadmissible. La question de savoir si la preuve en question constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans un cas comme celui-ci, où la preuve de faits similaires que l'on veut présenter est une preuve à charge d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit vraiment être grande pour permettre sa réception. Le juge doit considérer des facteurs comme le degré de particularisme marquant à la fois les faits similaires et les infractions reprochées à l'accusé ainsi que le rapport, s'il en est, entre la preuve et les questions autres que la propension, afin de déterminer si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la valeur probante de la preuve l'emporte sur le préjudice potentiel et justifie sa réception.

On constate que, pour décider si une preuve de faits similaires doit être déclarée admissible, la question fondamentale qui doit être tranchée est de savoir si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. De même, il convient de se rappeler qu'il faut accorder un respect considérable à la décision du juge du procès sur cette question. Voir *B. (C.R.)*, précité, aux pp. 732 et 733.

Il s'ensuit que, lorsque l'identité est un point litigieux dans une affaire criminelle et qu'il est démontré que l'accusé a commis des actes présentant des similitudes frappantes avec le crime reproché, le jury n'est pas invité à inférer des habitudes ou de la disposition de l'accusé qu'il est le genre de personne qui commettrait ce crime. Au contraire, le jury est plutôt invité à inférer du degré de particularité ou de singularité qui existe entre le crime perpétré et l'acte similaire que l'accusé est la personne même qui a commis le crime. Cette inférence n'est possible que si le haut degré de similitude entre les actes rend une coïncidence objectivement improbable. Voir *Hoch c. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292 (H.C. Aust.). En d'autres termes, il est toujours possible que, par le jeu d'une coïncidence, l'auteur du crime et l'accusé partagent certaines prédilections, ou encore que l'accusé puisse devenir impliqué dans des crimes dont il n'est pas responsable. Toutefois, lorsque la preuve révèle une manière distincte de commettre

42

43

the accused would repeatedly be implicated in strikingly similar offences purely as a matter of coincidence is greatly reduced. Sopinka J. in *Morin, supra*, where similar fact evidence was used to prove identity, made this point clear (at p. 367):

In similar fact cases it is not sufficient to establish that the accused is a member of an abnormal group with the same propensities as the perpetrator. There must be some further distinguishing feature. Accordingly, if the crime was committed by someone with homosexual tendencies, it is not sufficient to establish that the accused is a practising homosexual or indeed has engaged in numerous homosexual acts. The tendered evidence must tend to show that there was some striking similarity between the manner in which the perpetrator committed the criminal act and such evidence.

See also *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (Ont. C.A.), at p. 496, *per* Martin J.A. (evidence of propensity is not admissible “unless the propensity is so highly distinctive or unique as to constitute a signature”).

44

Because similar fact evidence is admitted on the basis of an objective improbability of coincidence, the evidence necessarily derives its probative value from the degree of similarity between the acts under consideration. The probative value must, of course, significantly outweigh the prejudice to the accused for the evidence to be admissible. See *B. (C.R.)*, *supra*. However, the majority in *B. (C.R.)*, at pp. 732-33, rejected the proposition that the evidence must show a “striking similarity” between the acts in question in order for the evidence to have the requisite probative value. I agree that the requirement of “striking similarity” needs to be qualified. This point is carefully made in *R. v. P.*, [1991] 3 All E.R. 337 (H.L.), where the accused was charged with the rape of both his daughters and with committing incest with them. The counts were tried together, and the evidence of both daughters was admitted in relation to each count to prove the commission of the crime (at p. 348):

When a question of the kind raised in this case arises I consider that the judge must first decide whether there

les actes en question, la possibilité que, par pure coïncidence, l'accusé soit à plusieurs reprises impliqué dans des infractions très similaires s'en trouve de beaucoup réduite. Ce point a été clairement exprimé par le juge Sopinka, dans *Morin*, précité, où une preuve de faits similaires avait été utilisée pour établir l'identité (à la p. 367):

Dans les affaires de faits similaires, il ne suffit pas d'établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal qui a les mêmes propensions que l'auteur du crime. Il doit y avoir d'autres caractéristiques distinctives. Par conséquent, si le crime a été commis par quelqu'un qui a des tendances homosexuelles, il ne suffit pas d'établir que l'accusé est un homosexuel actif ni même qu'il a pratiqué de nombreux actes homosexuels. La preuve offerte doit tendre à démontrer qu'il y a des similitudes frappantes entre la manière dont l'auteur du crime a commis l'acte criminel et cette preuve.

Voir aussi *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (C.A. Ont.), à la p. 496, le juge Martin, (la preuve de la propension n'est pas admissible, [TRADUCTION] «à moins que la propension soit tellement distinctive ou singulière qu'elle constitue une signature»).

Comme une preuve de faits similaires est admise parce qu'une coïncidence est objectivement improbable, la valeur probante de cette preuve découle forcément du degré de similitude entre les actes examinés. Évidemment, il faut que cette valeur probante l'emporte de façon nette sur le préjudice causé à l'accusé pour que la preuve en question soit admissible. Voir *B. (C.R.)*, précité. Cependant, dans *B. (C.R.)*, aux pp. 732 et 733, la majorité a rejeté la thèse voulant que la preuve doive révéler une «similitude frappante» entre les actes en question pour posséder la valeur probante requise. J'admets que l'exigence de «similitudes frappantes» doit être tempérée. Ce point est soigneusement exposé dans *R. c. P.*, [1991] 3 All E.R. 337 (H.L.). Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé du viol de ses deux filles ainsi que d'inceste à leur endroit. Les accusations ont été instruites ensemble et le témoignage des deux filles a été admis relativement à chaque chef pour prouver la perpétration du crime (à la p. 348):

[TRADUCTION] Quand une question semblable à celle qui est soulevée en l'espèce se pose, j'estime que le juge

is material upon which the jury would be entitled to conclude that the evidence of one victim, about what occurred to that victim, is so related to the evidence given by another victim, about what happened to that other victim, that the evidence of the first victim provides strong enough support for the evidence of the second victim to make it just to admit it, notwithstanding the prejudicial effect of admitting the evidence. This relationship, from which support is derived, may take many forms and while these forms may include 'striking similarity' in the manner in which the crime is committed, . . . the necessary relationship is by no means confined to such circumstances. Relationships in time and circumstances other than these may well be important relationships in this connection. Where the identity of the perpetrator is in issue, and evidence of this kind is important in that connection, obviously something in the nature of what has been called in the course of the argument a signature or other special feature will be necessary. To transpose this requirement to other situations where the question is whether a crime has been committed, rather than who did commit it, is to impose an unnecessary and improper restriction upon the application of the principle. [Emphasis added.]

Since the evidence of both girls described a prolonged course of conduct involving the use of force and general domination, the circumstances, taken together, gave strong probative force to the evidence of one in respect of the other, notwithstanding that the manner of the commission of the alleged crimes did not disclose a "striking similarity".

Instead, a principled approach to the admission of similar fact evidence will in all cases rest on the finding that the accused's involvement in the alleged similar acts or counts is unlikely to be the product of coincidence. This conclusion ensures that the evidence has sufficient probative force to be admitted, and will involve different considerations in different contexts. Where, as here, similar fact evidence is adduced on the issue of identity, there must be a high degree of similarity between the acts for the evidence to be admitted. For example, a unique trademark or signature will automatically render the alleged acts "strikingly similar" and therefore highly probative and admissible. In the same way, a number of significant similarities,

doit d'abord décider s'il existe des éléments qui autoriseraient le jury à conclure que le témoignage d'une victime sur ce qui lui est arrivée est tellement lié au témoignage d'une autre victime sur ce qui est arrivé à cette dernière que le témoignage de la première victime appuie suffisamment le témoignage de la seconde victime pour qu'il soit juste de l'admettre, malgré l'effet préjudiciable de l'admission du témoignage. Le lien dont découle cet appui peut prendre de nombreuses formes et, quoiqu'une de ces formes puisse être une «similitude frappante» quant à la façon dont le crime a été commis, [. . .] ce lien indispensable n'est en aucune façon limité à de telles circonstances. Des liens dans le temps et les circonstances — autres que celles qui viennent d'être évoquées — peuvent fort bien constituer des liens importants à cet égard. Lorsque l'identité de l'accusé est en cause et que des témoignages de ce genre sont importants à cet égard, il est évident qu'il faudra quelque chose qui ressemble à ce qu'on a appelé au cours des débats une signature ou une autre caractéristique spéciale. Transposer cette exigence à d'autres situations dans lesquelles la question consiste à déterminer si un crime a été commis plutôt que l'identité de son auteur revient à imposer une restriction inutile et inappropriée à l'application de ce principe. [Je souligne.]

Comme les témoignages des deux filles décrivaient une conduite qui s'était étendue sur une longue période et qui avait comporté l'utilisation de la force et l'exercice d'une domination générale, les circonstances, considérées ensemble, donnaient une forte valeur probante au témoignage de l'une par rapport à celui de l'autre, malgré le fait que la manière dont les crimes reprochés avaient été commis ne révélait pas une «similitude frappante».

Au lieu de cela, l'application d'une approche fondée sur des principes pour statuer sur l'admissibilité d'une preuve de faits similaires reposera dans tous les cas sur la conclusion qu'il est improbable que l'implication de l'accusé dans les faits similaires ou chefs d'accusation reprochés soit le fruit d'une coïncidence. Une telle conclusion assure que la preuve a une valeur probante suffisante pour être admise, et elle fera intervenir différentes considérations dans différents contextes. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une preuve de faits similaires est produite à l'égard de la question de l'identité, il doit exister un haut degré de similitude entre les faits pour que la preuve soit admise. Par exemple, la présence d'une

taken together, may be such that by their cumulative effect, they warrant admission of the evidence. Where identity is at issue ordinarily, the trial judge should review the manner in which the similar acts were committed — that is to say, whether the similar acts involve a unique trademark or reveal a number of significant similarities. This review will enable him or her to decide whether the alleged similar acts were all committed by the same person. This preliminary determination establishes the objective improbability that the accused's involvement in the alleged acts is the product of coincidence and thereby gives the evidence the requisite probative force. Thus, where the similar fact evidence is adduced to prove identity, once this preliminary determination is made, the evidence related to the similar act (or count, in a multi-count indictment) may be admitted to prove the commission of another act (or count).

marque ou signature singulière donnera automatiquement aux faits reprochés une «similitude frappante» et les rendra, par conséquent, extrêmement probants et admissibles. De même, il est possible que, considérées ensemble, un certain nombre de similitudes importantes soient telles que leur effet cumulatif justifie l'admission de la preuve. Ordinairement, lorsque la question de l'identité est en litige, le juge du procès devrait examiner la façon dont les actes similaires ont été commis — c'est-à-dire examiner si ces actes laissent voir une marque singulière ou révèlent un certain nombre de similitudes importantes. Cet examen lui permettra de déterminer si les faits similaires reprochés ont tous été commis par la même personne. Cette constatation préliminaire établit l'improbabilité objective que l'implication de l'accusé dans les actes reprochés soit le fruit d'une coïncidence et confère ainsi à la preuve la force probante requise. En conséquence, lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, une fois cette constatation préliminaire faite, les éléments de preuve relatifs à l'acte similaire (ou au chef d'accusation, dans un acte d'accusation comportant plusieurs chefs) peuvent être admis pour prouver la perpétration d'un autre acte (ou chef d'accusation).

<sup>46</sup> By way of summary, McLachlin J.'s statement of the law relating to the admissibility of similar fact evidence in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763, is apt. She put the proposition with great clarity, at pp. 771-72:

Such evidence is likely to have a severe prejudicial effect by inducing the jury to think of the accused as a "bad" person. At the same time it possesses little relevance to the real issue, namely, whether the accused committed the particular offence with which he stands charged. There will be occasions, however, where the similar act evidence will go to more than disposition, and will be considered to have real probative value. That probative value usually arises from the fact that the acts compared are so unusual and strikingly similar that their similarities cannot be attributed to coincidence. Only where the probative force clearly outweighs the prejudice, or the danger that the jury may convict for non-logical reasons, should such evidence be received.

En résumé, dans *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, le juge McLachlin a énoncé avec justesse le droit relatif à l'admissibilité d'une preuve de faits similaires. Elle a exposé très clairement ces principes aux pp. 771 et 772:

Cette preuve est susceptible d'avoir un grave effet préjudiciable en amenant le jury à penser que l'accusé est une «mauvaise» personne. En même temps, elle est d'une pertinence limitée relativement à la vraie question, celle de savoir si l'accusé a commis l'infraction particulière dont il est inculpé. Il y aura des cas, cependant, où la preuve d'actes similaires touchera à autre chose que la disposition et sera considérée comme ayant une véritable valeur probante. Cette valeur probante tient ordinairement au fait que les actes comparés sont à ce point inhabituels et présentent des similitudes à ce point frappantes que ces similitudes ne peuvent pas être attribuées à une coïncidence. Cette preuve ne devrait être utilisée que lorsque la force probante l'emporte nettement sur le préjudice, ou sur le danger que le jury rende un verdict de culpabilité pour des raisons illogiques.

*C. (M.H.)*, *supra*, left open the issue as to the standard of proof which should be applied by the trial judge where similar fact evidence is adduced to prove identity. In this regard, it must be remembered that the admissibility of similar fact evidence involves an analysis not normally undertaken by a trial judge. As a general rule, a trial judge will admit evidence shown to be relevant, and will not engage in an evaluation of the probative value or weight of the evidence. If the trial judge is called on to make a preliminary finding of fact as a precondition to admissibility, this finding is usually unrelated to the quality or reliability of the evidence itself. See *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 474. Indeed, the judge must refrain from evaluating the quality, weight or reliability of evidence when determining admissibility since the weight to be given to evidence is properly the province of the jury. See *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679. However, in determining the admissibility of similar fact evidence the trial judge must, to a certain extent, invade this province. As Professor Smith stated in *Case and Comment on R. v. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770, at p. 771:

It should be noted that judges commonly distinguish facts as going to weight rather than admissibility (see, e.g., *R. v. Wyatt*); but it is submitted that, as regards similar fact evidence, no sharp line can be drawn and that admissibility depends on weight.

Thus, where similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will the evidence have sufficient probative value to be admitted. Where the fact in issue is the identity of the perpetrator of the crime, then in the usual course of events the trial judge must assess the degree of similarity demonstrated by the manner in which the acts in question were committed to determine whether it is likely the same person committed the alleged similar acts.

L'arrêt *C. (M.H.)*, précité, n'a pas tranché la question de la norme de preuve qui devrait être appliquée par le juge du procès dans les cas où une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité. À cet égard, il ne faut pas oublier que l'admissibilité d'une preuve de faits similaires demande une analyse que le juge du procès ne fait pas en temps normal. En règle générale, le juge du procès admet un élément de preuve dont la pertinence est établie, et il n'évalue pas le poids ou valeur probante de cet élément. Si le juge du procès est appelé à tirer une conclusion de fait préliminaire en tant que condition préalable à l'admissibilité, cette conclusion n'a habituellement pas de lien avec la qualité ou la fiabilité de l'élément de preuve lui-même. Voir *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 474. De fait, le juge doit s'abstenir d'évaluer la qualité, le poids ou la fiabilité de l'élément de preuve lorsqu'il décide de son admissibilité, puisque le poids qu'il convient de lui accorder relève de la compétence du jury. Voir *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679. Toutefois, pour décider de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires, le juge du procès doit, dans une certaine mesure, empiéter sur cette compétence. Comme a dit le professeur Smith dans *Case and Comment on R. c. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770, à la p. 771:

[TRADUCTION] Il convient de souligner que les juges font habituellement une distinction entre les faits qui se rapportent au poids plutôt qu'à l'admissibilité (voir, par exemple, *R. c. Wyatt*); mais nous soumettons que, pour ce qui est de la preuve de faits similaires, il n'est pas possible de tracer une ligne de démarcation nette, et l'admissibilité dépend du poids.

En conséquence, lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l'improbabilité objective d'une coïncidence a été établie. Ce n'est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante pour être admissible. Lorsque le fait en litige est l'identité de l'auteur du crime, alors, dans le cours normal des choses, le juge du procès doit apprécier le degré de similitude qui ressort de la façon dont les actes en cause ont été commis pour déterminer s'il est probable que les

Once it is determined on a balance of probabilities that the same person committed the alleged similar acts, the similar fact evidence may be admitted to prove that the accused committed the offence or offences in question.

49 In determining whether similar fact evidence should be admitted to prove identity, the trial judge must have regard to the manner in which the alleged similar acts were committed. In general, evidence linking the accused to each alleged similar act should not be part of this evaluation. As Peter K. McWilliams, states in *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988 (loose-leaf)), at p. 11-26.1, “[t]he link [to the accused] . . . is distinct from the link or *nexus* . . . which goes to the nature of the act and relates to its similarity or relevancy which is such as to overcome the general exclusionary rule” (emphasis in original). This distinction is made clear in Case and Comment on *R. v. Brown, Wilson, McMillan and McClean*, [1997] *Crim. L. Rev.* 502, at p. 503 (as reported by Richard Percival):

... There was evidence of striking similarities between the two groups of offences, and there was a signature or other special feature. . . . Once there was this link between the groups of offences, then evidence that linked a defendant with each group of offences was admissible against him on the other group. [Emphasis added.]

See also *R. v. Barnes*, [1995] 2 Cr. App. R. 491 (C.A.), at pp. 496-98. In other words, the similarity of the acts indicates whether one person committed the crimes; in most cases, evidence as to the accused’s connection to each similar act indicates whether the accused committed the crimes. Only after the trial judge has considered the manner of the commission of the similar acts and is satisfied that there is evidence which could lead the jury to conclude that all the acts were committed by one person should he or she admit the evidence related to each act for the jury’s consideration, including the evidence of the accused’s involvement in each similar act.

actes similaires reprochés ont été commis par la même personne. Une fois qu’il a été établi, selon la prépondérance des probabilités, que les actes similaires reprochés ont été commis par la même personne, la preuve de faits similaires peut être admise pour établir que l’accusé a commis l’infraction ou les infractions en question.

Afin de décider si une preuve de faits similaires doit être admise pour établir l’identité, le juge du procès doit tenir compte de la manière dont les actes similaires allégués ont été commis. En général, la preuve qui lie l’accusé à chaque acte similaire reproché ne devrait pas faire partie de cette évaluation. Comme le dit Peter K. McWilliams dans *Canadian Criminal Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1988 (feuilles mobiles)), à la p. 11-26.1, [TRADUCTION] «[l]e lien [avec l’accusé] [. . .] est distinct du lien ou de la *connexion* [. . .] qui touche à la nature de l’acte et se rapporte à sa similitude ou à sa pertinence qui doit être telle qu’elle écarte la règle générale d’exclusion» (en italique dans l’original). Cette distinction est clairement indiquée dans Case and Comment on *R. c. Brown, Wilson, McMillan and McClean*, [1997] *Crim. L. Rev.* 502, à la p. 503 (sommaire de Richard Percival):

[TRADUCTION] . . . La preuve révélait des similitudes frappantes entre les deux groupes d’infractions, et il existait une signature ou autre caractéristique spéciale. [. . .] Une fois établi ce lien entre les groupes d’infractions, alors la preuve qui liait un défendeur à chaque groupe d’infractions était admissible contre lui relativement à l’autre groupe. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Barnes*, [1995] 2 Cr. App. R. 491 (C.A.), aux pp. 496 à 498. Autrement dit, la similitude des actes indique si une seule et même personne a commis les crimes; dans la plupart des cas, la preuve relative au lien entre l’accusé et chaque acte similaire indique si l’accusé a commis les crimes. Ce n’est qu’après que le juge du procès a examiné la façon dont les actes similaires ont été commis et qu’il est convaincu de l’existence d’éléments de preuve qui pourraient amener le jury à conclure que tous les actes ont été commis par une seule et même personne qu’il doit admettre la preuve se rapportant à chaque acte et la soumettre au jury, y compris la preuve de la participation de l’accusé à la perpétration de chaque acte similaire.

In summary, in considering the admissibility of similar fact evidence, the basic rule is that the trial judge must first determine whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. In most cases where similar fact evidence is adduced to prove identity it might be helpful for the trial judge to consider the following suggestions in deciding whether to admit the evidence:

(1) Generally where similar fact evidence is adduced to prove identity a high degree of similarity between the acts is required in order to ensure that the similar fact evidence has the requisite probative value of outweighing its prejudicial effect to be admissible. The similarity between the acts may consist of a unique trademark or signature on a series of significant similarities.

(2) In assessing the similarity of the acts, the trial judge should only consider the manner in which the acts were committed and not the evidence as to the accused's involvement in each act.

(3) There may well be exceptions but as a general rule if there is such a degree of similarity between the acts that it is likely that they were committed by the same person then the similar fact evidence will ordinarily have sufficient probative force to outweigh its prejudicial effect and may be admitted.

(4) The jury will then be able to consider all the evidence related to the alleged similar acts in determining the accused's guilt for any one act.

Once again these are put forward not as rigid rules but simply as suggestions that may assist trial judges in their approach to similar fact evidence.

The test for admissibility of similar fact evidence adduced to prove identity is the same

En résumé, dans l'examen de la question de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires, la règle fondamentale est que le juge du procès doit d'abord décider si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans la plupart des cas où une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, il pourrait être utile au juge du procès de prendre en considération les suggestions suivantes lorsqu'il décide si la preuve doit être admise:

(1) En règle générale lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour prouver l'identité, un degré élevé de similitude doit exister entre les actes pour faire en sorte que cette preuve ait une valeur probante qui l'emporte sur son effet préjudiciable, conformément à ce qui est requis pour qu'elle soit admissible. La similitude entre les actes peut consister en une marque ou signature singulière caractérisant une série de similitudes importantes.

(2) Dans l'appréciation de la similitude des actes, le juge du procès devrait uniquement examiner la façon dont les actes ont été commis et non la preuve relative à la participation de l'accusé à chaque acte.

(3) Il est bien possible qu'il y ait des exceptions, mais en règle générale s'il existe entre les actes un degré de similitude tel qu'il est probable que ces derniers ont été commis par la même personne, la preuve de faits similaires aura ordinairement une force probante suffisante pour l'emporter sur son effet préjudiciable et elle peut être admise.

(4) Le jury sera alors en mesure d'examiner toute la preuve relative aux faits qui, prétend-on, sont similaires pour déterminer si l'accusé est coupable d'avoir commis l'un ou l'autre des actes.

Les observations qui précèdent sont faites, répétons-le, non pas en tant que règles rigides, mais simplement en tant que suggestions susceptibles d'aider les juges qui président des procès dans leur façon d'aborder une preuve de faits similaires.

Le critère d'admissibilité d'une preuve de faits similaires produite pour prouver l'identité est le

whether the alleged similar acts are definitively attributed to the accused, or are the subject of a multi-count indictment against the accused. See *Boardman, supra*, at p. 896, *per* Lord Wilberforce.

même, que les actes similaires allégués soient définitivement attribués à l'accusé ou qu'ils fassent l'objet d'un acte d'accusation reprochant plusieurs chefs d'accusation à l'accusé. Voir *Boardman*, précité, à la p. 896, lord Wilberforce.

52

However, where the similar acts are alleged as part of a multi-count indictment, the consideration of the admissibility of similar fact evidence will have to be taken into account in deciding whether the counts should be severed. Nevertheless, the trial judge should be careful not to confuse admissibility with severance. A motion to sever under s. 591(3)(a) of the *Code* must be brought by the accused, who bears the burden of establishing on a balance of probabilities that the interests of justice require an order for severance. Yet the burden of demonstrating that similar fact evidence should be admitted must be borne by the Crown. These respective burdens may involve the consideration of similar factors, but as Lord Scarman noted in *R. v. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125 (C.A.), at p. 135, “[i]t does not follow that because a multi-count indictment has been allowed to proceed that therefore the evidence given will be evidence on all the counts contained in the indictment”. Thus, to paraphrase the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160, at p. 167, notwithstanding the trial judge’s refusal to sever the counts in a multi-count indictment, it remains open to him or her, as the evidence progresses at trial, to determine as a matter of law that evidence on one count is not admissible as similar fact evidence on the other counts. The assessment of similar fact evidence and the determination of its probative value and admissibility places on onerous burden on the trial judge. It is a task that must be undertaken with great care.

Toutefois, lorsque les actes similaires allégués font partie d'un acte d'accusation reprochant plusieurs chefs, la question de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires devra être prise en considération pour décider s'il convient de séparer les chefs d'accusation. Néanmoins, le juge du procès devrait prendre soin de ne pas confondre la question de l'admissibilité et celle de la séparation des chefs d'accusation. Une requête sollicitant la tenue de procès distincts fondée sur l'al. 591(3)a) du *Code* doit être présentée par l'accusé, lequel a alors le fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les intérêts de la justice exigent une ordonnance en ce sens. Cependant, c'est au ministère public qu'il appartient de démontrer que la preuve de faits similaires devrait être admise. Ces fardeaux respectifs peuvent entraîner l'examen de facteurs similaires, mais comme l'a souligné lord Scarman dans l'arrêt *R. c. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125 (C.A.), à la p. 135, [TRADUCTION] «[c]e n'est pas parce qu'on a permis qu'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs d'accusation reste intact qu'il sera, de ce fait, présenté des éléments de preuve à l'égard de tous les chefs reprochés dans l'acte». Par conséquent, pour paraphraser la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160, à la p. 167, même si le juge du procès refuse d'ordonner la tenue de procès distincts sur les divers chefs reprochés dans un acte d'accusation, rien ne l'empêche, au fur et à mesure de la présentation de la preuve au procès, de décider, en tant que question de droit, que la preuve relative à un chef d'accusation n'est pas admissible comme preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs d'accusation. L'appréciation d'une preuve de faits similaires et la détermination de sa valeur probante et de son admissibilité imposent au juge du procès une lourde tâche, tâche qui doit être accomplie avec beaucoup de soin.

## 2. Link to the Accused

Where the similar fact evidence adduced to prove identity suggests that the same person committed the similar acts, then logically this finding makes the evidence linking the accused to each similar act relevant to the issue of identity for the offence being tried. Similarly, in a multi-count indictment, the link between the accused and any one count will be relevant to the issue of identity on the other counts which disclose a striking similarity in the manner in which those offences were committed.

A link between the accused and the alleged similar acts is, however, also a precondition to admissibility. This requirement was set forth in *R. v. Sweitzer*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 954:

Before evidence may be admitted as evidence of similar facts, there must be a link between the allegedly similar facts and the accused. In other words there must be some evidence upon which the trier of fact can make a proper finding that the similar facts to be relied upon were in fact the acts of the accused for it is clear that if they were not his own but those of another they have no relevance to the matters at issue under the indictment.

Similarly, in *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (H.L.), it was held, at p. 708, that “evidence of ‘similar facts’ cannot in any case be admissible to support an accusation against the accused unless they are connected in some relevant way with the accused and with his participation in the crime”.

Should the trial judge be required to conclude not only that the evidence suggests that the acts are the work of one person with sufficient force to outweigh the prejudicial effect of the evidence, but that they also are likely the acts of the accused? This is the approach advocated by Professor R. Mahoney in “Similar Fact Evidence and the Stan-

## 2. Le lien avec l'accusé

Lorsque la preuve de faits similaires produite pour prouver l'identité tend à indiquer que les actes similaires ont été commis par la même personne, alors, logiquement, cette constatation rend la preuve rattachant l'accusé à chaque acte similaire pertinente à l'égard de la question de l'identité pour ce qui concerne l'infraction en cause. De même, dans un acte d'accusation comportant plusieurs chefs d'accusation, le lien entre l'accusé et un chef d'accusation sera pertinent à l'égard de la question de l'identité pour ce qui est des autres chefs d'accusation qui révèlent une similitude frappante du point de vue du mode de perpétration de ces infractions.

Toutefois, l'existence d'un lien entre l'accusé et les actes similaires allégués est également une condition préalable à l'admissibilité. Cette condition a été énoncée dans *R. c. Sweitzer*, [1982] 1 R.C.S. 949, à la p. 954:

Pour que des éléments de preuve soient reçus comme preuve d'actes similaires, il doit y avoir un lien entre les actes que l'on prétend similaires et l'accusé. En d'autres termes, il doit exister des éléments de preuve qui permettent au juge des faits de conclure à bon droit que les actes similaires que l'on veut invoquer sont effectivement les actes de l'accusé, car il est évident que, s'il ne s'agit pas de ses propres actes mais plutôt de ceux d'une autre personne, ceux-ci n'ont aucun rapport avec les questions soulevées par l'acte d'accusation.

De même, dans *Harris c. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (H.L.), il a été jugé, à la p. 708, que [TRADUCTION] «la preuve de “faits similaires” ne saurait en aucun cas être admise au soutien d'une infraction reprochée à l'accusé, à moins que ces faits ne soient liés d'une manière pertinente à l'accusé et à sa participation au crime».

Faudrait-il exiger que le juge du procès conclue non seulement que la preuve tend à indiquer — avec suffisamment de force pour l'emporter sur son effet préjudiciable — que les actes sont le fait d'une seule et même personne, mais aussi qu'ils sont vraisemblablement le fait de l'accusé? C'est l'approche que préconise le professeur R. Maho-

53

54

55

Standard of Proof”, [1993] *Crim. L. Rev.* 185, at pp. 196-97, and is implicitly favoured by those courts which have endorsed the “anchor” or “sequential” approach to similar fact evidence. See, e.g., *R. v. Ross*, [1980] 5 W.W.R. 261 (B.C.C.A.); *R. v. J.T.S.*, [1997] A.J. No. 125 (QL) (C.A.).

ney dans «Similar Fact Evidence and the Standard of Proof», [1993] *Crim. L. Rev.* 185, aux pp. 196 et 197, et que favorisent implicitement les tribunaux qui ont souscrit, en matière de preuve de faits similaires, à l’approche «séquentielle» ou approche du «point d’ancrage». Voir, par exemple, *R. c. Ross*, [1980] 5 W.W.R. 261 (C.A.C.-B.); *R. c. J.T.S.*, [1997] A.J. No. 125 (QL) (C.A.).

56 The suggestion that the evidence linking the accused to the similar acts must also link the acts to the accused goes too far. Once the trial judge has concluded that the similar acts were likely the work of one person and that there is some evidence linking the accused to the alleged similar acts, it is not necessary to conclude that the similar acts were likely committed by the accused. The answer to this question may well determine guilt or innocence. This is the very question which the trier of fact must determine on the basis of all the evidence related to the similar acts, including of course the accused’s involvement in each act. The standard set out in *Sweitzer* should be maintained. This only requires that the trial judge be satisfied that there is some evidence which links the accused to the similar acts.

La suggestion voulant que la preuve liant l’accusé aux actes similaires doive rattacher les actes à l’accusé va trop loin. Une fois que le juge du procès a conclu que les actes similaires sont probablement le fait d’une seule et même personne, et qu’il existe des éléments de preuve rattachant l’accusé aux actes similaires allégués, il n’est pas nécessaire de conclure que les actes similaires ont probablement été commis par l’accusé. La réponse à cette question peut bien déterminer de la culpabilité ou l’innocence. Il s’agit de la question même que le juge des faits doit trancher en tenant compte de l’ensemble des éléments de preuve se rapportant aux actes similaires, y compris évidemment la participation de l’accusé à chacun des actes. La norme énoncée dans l’arrêt *Sweitzer* devrait être conservée. Elle exige uniquement que le juge du procès soit convaincu qu’il existe des éléments de preuve rattachant l’accusé aux actes similaires.

57 Nevertheless, it must be noted that both *Sweitzer*, *supra*, and *Harris*, *supra*, suggest that evidence of mere opportunity will not suffice to establish a sufficient “link to the accused” to render similar fact evidence admissible. This limitation is explained by Viscount Simon’s statement in *Harris*, *supra*, at p. 708 that the similar acts must be connected “in some relevant way with the accused and with his participation in the crime” (emphasis added). Evidence of mere opportunity showing no more than the possibility that the similar act is that of the accused will not suffice to show the accused’s participation in the alleged similar act. Though the low standard set in *Sweitzer* is appropriate and flexible, evidence which discloses no more than a mere possibility that the alleged simi-

Néanmoins, il convient de signaler que les arrêts *Sweitzer* et *Harris*, précités, indiquent que la preuve d’une simple occasion ne suffira pas pour établir «avec l’accusé un lien» suffisant pour rendre une preuve de faits similaires admissible. Cette restriction est expliquée ainsi par le vicomte Simon, dans *Harris*, précité, à la p. 708; celui-ci affirme que les actes similaires doivent être liés [TRADUCTION] «d’une manière pertinente à l’accusé et à sa participation au crime» (je souligne). La preuve d’une simple occasion ne révélant rien d’autre que la possibilité que l’acte similaire soit le fait de l’accusé ne suffira pas pour démontrer la participation de l’accusé à l’acte similaire allégué. Même si la norme peu élevée qui est exposée dans l’arrêt *Sweitzer* est appropriée et souple, la preuve qui ne révèle rien d’autre qu’une simple possibilité que l’acte similaire allégué soit le fait de l’accusé

lar act is the act of the accused will not suffice to render the similar fact evidence admissible.

B. *Use of Similar Fact Evidence by the Jury*

The provincial courts of appeal have employed two very different approaches to the use of similar fact evidence. The first approach, which has been called a “pooling” or “cumulative” approach, is derived from the decision of the Ontario Court of Appeal in *Simpson, supra, per* Martin J.A. See also *Lawson, supra; R. v. Eng* (1995), 56 B.C.A.C. 18. On this approach, the jury is instructed to examine the similarities between the counts charged in the indictment and to decide, as a preliminary matter, whether the offences were likely committed by one person. Only if they are satisfied on a balance of probabilities that the offences were committed by one person may they consider the evidence of each count in determining whether the accused committed the other offences. If they are unable to make this preliminary finding, they must consider the evidence on each count separately in determining the accused’s innocence or guilt. The jury must also be reminded that they may not convict the accused on any count unless they are satisfied beyond a reasonable doubt that he or she is guilty of that offence.

The trial judge in this case instructed the jury in accordance with *Simpson*. He stated:

If you conclude that Count 1 and Count 2 were likely committed by one person, then the evidence on each count may assist you in deciding whether Brian Arp committed the offences charged in both counts. However, if you do not draw the inference that the two offences were likely committed by one person, then in reaching a decision on any count you must only con-

ne suffira pas pour rendre la preuve de faits similaires admissible.

B. *L’utilisation de la preuve de faits similaires par le jury*

Les cours d’appel provinciales ont adopté deux approches très différentes quant à l’utilisation de la preuve de faits similaires. La première, qui a été appelée l’approche «cumulative» ou approche de la «mise en commun», découle de l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *Simpson*, précité, le juge Martin. Voir aussi *Lawson*, précité; *R. c. Eng* (1995), 56 B.C.A.C. 18. Suivant cette approche, le juge dit au jury d’examiner les similitudes entre les divers chefs reprochés dans l’acte d’accusation et de décider, comme question préliminaire, si les infractions ont vraisemblablement été commises par une seule et même personne. Ce n’est que dans le cas où les jurés sont convaincus, selon la prépondérance des probabilités, que les infractions ont été commises par une seule et même personne qu’ils peuvent tenir compte de la preuve relative à chaque chef d’accusation pour décider si l’accusé a commis les autres infractions. S’ils sont incapables de tirer cette conclusion préliminaire, ils doivent examiner la preuve relative à chaque chef d’accusation séparément pour décider de l’innocence ou de la culpabilité de l’accusé. Il faut également rappeler aux jurés qu’ils ne peuvent déclarer l’accusé coupable à l’égard d’un chef d’accusation que s’ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable qu’il est coupable de l’infraction en question.

En l’espèce, le juge du procès a donné ses directives au jury de la manière prévue dans l’arrêt *Simpson*. Il a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Si vous arrivez à la conclusion que les infractions reprochées dans le chef d’accusation 1 et le chef d’accusation 2 ont vraisemblablement été commises par la même personne, alors la preuve relative à chaque chef d’accusation peut vous aider à décider si Brian Arp a commis les infractions reprochées dans les deux chefs d’accusation. Toutefois, si vous ne faites pas l’inférence que les deux infractions ont vraisemblablement été commises par la même personne, alors, pour parvenir à une décision à l’égard d’un chef donné, vous devez uniquement tenir compte de la preuve relative à

58

59

sider the evidence relating to that count and put out of your minds the evidence on the other count.

ce chef et faire abstraction de la preuve relative à l'autre chef.

Keep in mind that the accused cannot be convicted of either Count 1 or Count 2 unless you are satisfied beyond a reasonable doubt that he is guilty as charged.

N'oubliez pas que vous ne pouvez déclarer l'accusé coupable du chef d'accusation 1 ou du chef d'accusation 2 que si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il est coupable de ce qu'on lui reproche.

<sup>60</sup> The second approach, which has been called the "anchor" or "sequential" approach, has been adopted primarily by the Alberta Court of Appeal: see *R. v. Studer* (1996), 181 A.R. 399; *R. v. N. (R.S.)* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 424; *Ross, supra*. This approach is normally used in cases where the similar fact evidence arises from an uncharged act, rather than from another count in the same indictment: see *CRIMJI, supra*, 4.60. When applied in the context of a multi-count indictment, the approach requires that the jury must determine first that the accused committed one of the offences charged beyond a reasonable doubt, using only the evidence relevant to that count. Only then may the jury proceed to consider the circumstances of that offence as similar fact evidence with regard to the remaining counts.

La deuxième approche, qui a été appelée l'approche «séquentielle» ou approche du «point d'ancrage», a été adoptée principalement par la Cour d'appel de l'Alberta: voir *R. c. Studer* (1996), 181 A.R. 399; *R. c. N. (R.S.)* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 424; *Ross, précité*. Cette approche est normalement utilisée dans les cas où la preuve de faits similaires découle d'un acte n'ayant pas donné lieu à des accusations, plutôt que d'un autre chef d'accusation dans le même acte d'accusation: voir *CRIMJI, op. cit.*, 4.60. Lorsqu'elle est appliquée dans le contexte d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs, cette approche exige que le jury décide d'abord si l'accusé a commis l'une des infractions reprochées hors de tout doute raisonnable, en se fondant uniquement sur la preuve se rapportant à ce chef d'accusation. Ce n'est qu'après que le jury peut prendre en compte les circonstances de cette infraction comme preuve de faits similaires pour statuer sur les autres chefs d'accusation.

<sup>61</sup> In the case at bar, the trial judge also instructed the jury in accordance with this approach. He stated:

En l'espèce, le juge du procès a lui aussi donné au jury des directives conformes à cette approche. Il a dit ceci:

If you accept the evidence in Count 2 of the Indictment [the Umphrey murder] and conclude that Brian Arp is guilty of that count, and you also decide that the offence in Count 1 [the Blanchard murder] was likely committed by the same person, you may use the evidence, particularly of the use of the sharp-edged implement, to confirm or support the evidence [relating to Count 1].

[TRADUCTION] Si vous acceptez la preuve relative au chef d'accusation 2 de l'acte d'accusation [le meurtre de M<sup>me</sup> Umphrey] et concluez que Brian Arp est coupable de cette infraction, et si vous décidez également que l'infraction reprochée dans le chef d'accusation 1 [le meurtre de M<sup>me</sup> Blanchard] a probablement été commise par la même personne, vous pouvez utiliser la preuve, particulièrement celle concernant l'utilisation de l'instrument tranchant, pour confirmer ou appuyer la preuve [relative au chef d'accusation 1].

<sup>62</sup> The appellant submits that the trial judge erred in his charge to the jury because he failed to direct the jury that before using the evidence related to one murder count to support a finding of guilt on

L'appellant soutient que le juge du procès a commis une erreur dans son exposé au jury, parce qu'il a omis de dire aux jurés que, avant d'utiliser la preuve relative à une des accusations de meurtre

the other murder count, they must first conclude beyond a reasonable doubt that (1) that the accused committed one of the two murder counts, using only the evidence related to that count; or (2) that the same person committed both counts.

To resolve these issues, it is necessary to determine not only the applicable standard of proof where similar fact evidence is used by a jury, but also to set out the correct approach to the use of that evidence. The algebraic possibilities raised by these two questions are impressive. Rather than attempt to evaluate each permutation or combination separately, a review of basic principles will lead to the proper approach.

### 1. Applicable Principles

The first point to be made is that no standard of proof applies to the “use” of evidence or to evidence itself. Standards of proof apply only to issues of fact. See *Morin, supra*. When similar fact evidence (like any other circumstantial evidence) is adduced to prove identity, the jury is invited to draw inferences and make findings of fact from that evidence. The probative value of similar fact evidence is based on reasoning through probability. The force of the evidence subsists in the proposition that it is unlikely that the accused would be implicated more than once in offences which are unique or markedly similar. It is the unlikelihood of coincidence that gives the evidence its probative force.

The issue in every case is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. As noted earlier, as a general rule where similar fact evidence is tendered to prove identity if the trial judge is satisfied that it is likely that the same person committed both the similar act and the act in question then the probative value of these similar acts will outweigh its prejudicial

pour appuyer une conclusion de culpabilité à l'égard de l'autre chef de meurtre, ils devaient d'abord conclure hors de tout doute raisonnable (1) que l'accusé avait commis l'un des deux meurtres reprochés, en se fondant uniquement sur la preuve se rapportant à ce chef; ou (2) que la même personne avait commis les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation.

Pour trancher ces questions, il faut non seulement décider quelle est la norme de preuve applicable lorsqu'une preuve de faits similaires est utilisée par un jury, mais aussi exposer la bonne approche en ce qui concerne l'utilisation de cette preuve. Les possibilités algébriques qu'offrent ces deux questions sont impressionnantes. Au lieu de tenter d'évaluer chaque permutation ou combinaison séparément, il convient d'examiner les principes fondamentaux pour découvrir la bonne approche.

### 1. Les principes applicables

La première observation qui s'impose est qu'aucune norme de preuve ne s'applique à l'«utilisation» de la preuve ou à la preuve elle-même. Les normes de preuve s'appliquent uniquement aux questions de fait. Voir *Morin*, précité. Lorsqu'une preuve de faits similaires (comme toute autre preuve circonstancielle) est produite pour établir l'identité, le jury est invité à en tirer des inférences et des conclusions de fait. La valeur probante de la preuve de faits similaires repose sur un raisonnement axé sur la probabilité. La force de la preuve réside dans la proposition voulant qu'il soit peu probable que l'accusé soit impliqué plus d'une fois dans des infractions présentant un caractère singulier ou une similitude frappante. C'est l'improbabilité d'une coïncidence qui donne à la preuve sa force probante.

Dans chaque cas, la question consiste à déterminer si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. Comme il a été souligné plus tôt, en règle générale, lorsqu'une preuve de faits similaires est présentée pour établir l'identité, si le juge du procès est convaincu qu'il est probable que la même personne a commis et l'acte similaire allégué et l'acte en cause, dans un tel cas la

63

64

65

effect and the evidence will be admitted. If the jury is to rely on similar fact evidence, they too must conclude that the same person committed the alleged similar acts. Any apparent overlap in the functions of judge and jury exists because for similar fact evidence, admissibility frequently depends on weight. See *Hurren* comment, *supra*. As Martin J.A. stated in *Simpson*, *supra*, at pp. 345-46:

It was, of course, for the Judge to decide as a question of law whether the evidence on each count was admissible on the other. His decision in that respect, in the circumstances, depended upon his being satisfied that the similarities in the offences were such as to be capable of supporting a reasonable inference that both offences were likely committed by one man. It was entirely within the province of the jury, however, whether they would draw that inference; whether they drew such inference would depend upon their view of the similarities in the circumstances of the two offences. [Emphasis added.]

Thus, the main issue in this appeal is the proper standard of proof to apply to the primary inference drawn from the similar fact evidence — i.e., should the jury be satisfied on a balance of probabilities or beyond a reasonable doubt that the same person committed the acts in question?

<sup>66</sup> To state the issue in this manner effectively disposes of the anchor or sequential approach. This must follow because if the probative value of similar fact evidence, as circumstantial evidence, lies in the unlikelihood of coincidence, it simply does not make sense to require one of the allegations to be proved beyond a reasonable doubt as a prerequisite to the trier of fact's consideration of it. Though the similar fact evidence, standing alone, may fall short of proof beyond a reasonable doubt, it can be relied upon to assist in proving another allegation beyond a reasonable doubt. Two separate allegations can support each other to the point of constituting proof beyond a reasonable doubt, even where a reasonable doubt may have existed in

valeur probante de la preuve de ces actes similaires l'emportera sur son effet préjudiciable, et la preuve sera admise. Pour que le jury puisse s'appuyer sur une preuve de faits similaires, il doit lui aussi conclure que la même personne a commis les actes similaires allégués. Le chevauchement qui semble exister entre le rôle du juge et celui du jury découle du fait que l'admissibilité d'une preuve de faits similaires dépend fréquemment de son poids. Voir le commentaire de l'arrêt *Hurren*, précité. Comme l'a affirmé le juge Martin de la Cour d'appel dans *Simpson*, précité, aux pp. 345 et 346:

[TRADUCTION] Il était évidemment loisible au juge de décider, en tant que question de droit, si la preuve relative à chaque chef d'accusation était admissible relativement à l'autre chef. Dans les circonstances, sa décision à cet égard dépendait de la question de savoir s'il était convaincu que les similitudes entre les infractions étaient telles que les deux infractions avaient probablement été commises par un même homme. Il appartenait toutefois entièrement aux jurés de décider s'il convenait de faire cette inférence; la question de savoir s'ils feraient cette inférence serait fonction de leur opinion quant aux similitudes entre les circonstances des deux infractions. [Je souligne.]

Par conséquent, la principale question en litige dans le présent pourvoi est la norme de preuve qu'il convient d'appliquer à l'inférence fondamentale tirée de la preuve de faits similaires: Le jury doit-il être convaincu selon la prépondérance des probabilités ou hors de tout doute raisonnable que la même personne a commis les actes en question?

Formuler la question de cette manière écarte effectivement l'approche séquentielle ou approche du point d'ancrage. C'est inévitable, car si la valeur probante d'une preuve de faits similaires, en tant que preuve circonstancielle, réside dans l'improbabilité d'une coïncidence, il n'est tout simplement pas logique d'exiger qu'une des allégations soit prouvée hors de tout doute raisonnable comme condition préalable à l'examen de cette preuve par le juge des faits. Bien qu'il soit possible que, à elle seule, la preuve de faits similaires n'apporte une preuve hors de tout doute raisonnable, elle peut être invoquée pour aider à prouver une autre allégation hors de tout doute raisonnable. Deux allégations distinctes peuvent s'étayer mutuellement au

relation to each in isolation. See *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 44, citing *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A., aff'd [1985] 2 S.C.R. 485.

This reasoning certainly applies when similar fact evidence is admitted to prove identity. In those circumstances the reasoning process flows from the similarity of the acts themselves. As the intervenor the Attorney General for Ontario points out, the probative value of the evidence does not depend on a finding that both offences were necessarily committed by the same person. Rather, it is the likelihood that they had the same perpetrator that sufficiently narrows the scope for coincidence so as to give the evidence legitimate probative value. The unlikelihood of an accused's twice being implicated in two very similar offences may furnish circumstantial evidence of his or her guilt for both. That circumstance, when combined with other evidence in support of each charge, may add up to guilt beyond a reasonable doubt.

The appellant argues that it is contrary to the presumption of innocence and principles of fundamental justice for an accused to be convicted on the basis of evidence pertaining to a separate count or similar act, even though the Crown has not proven beyond a reasonable doubt the critical preliminary fact that one person committed both counts. I cannot accept this submission. As the Attorney General for Ontario stated, it cannot be presumed that because a preliminary determination of fact is not proven to the criminal standard, that the trier of fact is thereby invited to make use of evidence which lacks its purported probative value. It is not inherently unfair that an accused may be convicted even though the jury entertains a doubt as to whether similarity between the acts, on its own, establishes that the same person committed both acts. The appellant's argument presumes that similarity proven to a lesser degree of certainty is without probative value. If the appellant is

point de constituer une preuve hors de tout doute raisonnable, même lorsqu'un doute raisonnable peut avoir existé relativement à chaque allégation prise isolément. Voir *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, au par. 44, citant *R. c. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), le juge Martin, conf. par [1985] 2 R.C.S. 485.

Ce raisonnement s'applique certainement lorsqu'une preuve de faits similaires est admise pour établir l'identité. Dans ces cas, le raisonnement découle de la similitude entre les actes eux-mêmes. Comme le souligne le procureur général de l'Ontario intervenant, la valeur probante de la preuve n'est pas tributaire de la conclusion que les deux infractions ont nécessairement été commises par la même personne. Au contraire, c'est la probabilité qu'elles sont le fait de la même personne qui réduit suffisamment les risques de coïncidence et donne ainsi à la preuve une valeur probante légitime. L'improbabilité qu'un accusé soit impliqué dans deux infractions très similaires peut apporter une preuve circonstancielle de sa culpabilité à l'égard des deux infractions. Cette circonstance, conjuguée à d'autres éléments de preuve présentés au soutien de chaque accusation, peut signifier la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

L'appelant soutient qu'il est contraire à la présomption d'innocence et aux principes de justice fondamentale de déclarer un accusé coupable sur le fondement d'une preuve relative à un chef d'accusation distinct ou à un acte similaire, même si le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable le fait préliminaire capital qu'une seule et même personne a commis les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation. Je ne puis accepter cet argument. Comme l'a affirmé le procureur général de l'Ontario, on ne peut supposer que, parce qu'une constatation de fait préliminaire n'a pas été établie suivant la norme applicable en matière criminelle, le juge des faits est en conséquence invité à utiliser une preuve dépourvue de la valeur probante qu'elle est censée avoir. Il n'est pas intrinsèquement injuste qu'un accusé puisse être déclaré coupable même si le jury a des doutes sur la question de savoir si, à elle seule, la similitude entre les actes établit que la même personne

67

68

right, then on the same reasoning, it would have to be concluded that *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938, was wrongly decided.

les a commis tous les deux. L'argument de l'appelant présume qu'une similitude établie suivant un degré moindre de certitude n'a aucune valeur probante. Si l'appelant a raison, alors, suivant le même raisonnement, il faudrait conclure que la mauvaise décision a été rendue dans l'affaire *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938.

<sup>69</sup> In *Carter*, it was held that in order for a jury to use the statement of a co-conspirator against an accused as an exception to the hearsay rule, the jury must first conclude, on a balance of probabilities and on the basis of evidence directly admissible against the accused, that the witness and the accused were members of the same conspiracy. Only after this determination is made can the jury make substantive use of the hearsay statements. The Court declined to apply the reasonable doubt standard to that preliminary finding of fact, since to do so would have short-circuited the jury's determination of the ultimate issue in the case, i.e., the guilt of the accused on the charge of conspiracy.

Dans *Carter*, il a été statué que, pour qu'un jury puisse utiliser la déclaration d'un complice contre un accusé en tant qu'exception à la règle du ouï-dire, le jury doit d'abord conclure, selon la prépondérance des probabilités et au moyen de la preuve directement admissible contre l'accusé, que le témoin et l'accusé ont participé au même complot. Ce n'est qu'après avoir tiré cette conclusion que le jury peut utiliser concrètement les déclarations relatées. La Cour a refusé d'appliquer la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable à cette conclusion de fait préliminaire, étant donné que l'application de cette norme aurait empêché le jury de trancher la question de fond dans cette affaire, soit la culpabilité de l'accusé relativement à l'accusation de complot.

<sup>70</sup> More generally, in *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, it was held that a preliminary finding of fact governing the use of evidence is normally subject to the civil standard of proof, whether the finding is made by the trial judge at the stage of admissibility or by the jury at the outset of their deliberations. The type of evidence at issue in *Evans* was an admission by the accused. Sopinka J., writing for a majority of the Court, stated as follows, at p. 668:

D'une manière plus générale, dans *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, il a été jugé qu'une conclusion de fait préliminaire déterminant l'utilisation d'un élément de preuve est normalement assujettie à la norme de preuve applicable en matière civile, que la conclusion soit tirée par le juge du procès à l'étape de l'admissibilité ou par le jury au début de ses délibérations. Dans *Evans* la preuve en litige était un aveu de l'accusé. Le juge Sopinka, qui a rédigé les motifs des juges majoritaires, a déclaré ceci, à la p. 668:

This Court has affirmed that preliminary questions of fact by the trier of fact may be decided on a balance of probabilities. [Citing *Carter*, *supra*.]

Notre Cour a affirmé que le juge des faits peut trancher les questions de fait préliminaires en se fondant sur la prépondérance des probabilités. [Citant l'arrêt *Carter*, précité.]

If there is some evidence to permit the issue to be submitted to the trier of fact, the matter must be considered in two stages. First, a preliminary determination must be made as to whether, on the basis of evidence admissible against the accused, the Crown has established on a balance of probabilities that the statement is that of the accused. If this threshold is met, the trier of fact should

Si certains éléments de preuve permettent de soumettre la question au juge des faits, celle-ci doit faire l'objet d'un examen en deux temps. Tout d'abord, il faut déterminer si, compte tenu de la preuve admissible contre l'accusé, le ministère public a établi selon la prépondérance des probabilités que la déclaration est celle de l'accusé. Une fois cette exigence préliminaire satisfaite,

then consider the contents of the statement along with other evidence to determine the issue of innocence or guilt.

The general principles enunciated in these cases indicate that the jury should determine, on a balance of the probabilities, whether the similarities between the acts establishes that the two counts were committed by the same person. If that threshold is met, the jury can then consider all the evidence relating to the similar acts in determining whether, beyond a reasonable doubt, the accused is guilty.

However, the general rule that preliminary findings of fact may be determined on a balance of probabilities is departed from in those certainly rare occasions when admission of the evidence may itself have a conclusive effect with respect to guilt. For example, where the Crown adduces a statement of the accused made to a person in authority, the trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt of the voluntariness of the statement. That evidence may of itself, if accepted as true, provide conclusive proof of guilt. Since doubt about the statement's voluntariness also casts doubt on its reliability, proof beyond a reasonable doubt is warranted. See *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30. If this were not the rule, the jury would be permitted to rely on evidence which it could accept as extremely cogent even though the inherent reliability of that evidence was in doubt.

Similar fact evidence, on the other hand, as circumstantial evidence, must be characterized differently, since, by its nature, it does not carry the potential to be conclusive of guilt. It is just one item of evidence to be considered as part of the Crown's overall case. Its probative value lies in its ability to support, through the improbability of coincidence, other inculpatory evidence. As with all circumstantial evidence, the jury will decide what weight to attribute to it. The mere fact that in

le juge des faits doit examiner le contenu de la déclaration en même temps que les autres éléments de preuve pour décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé.

Les principes généraux énoncés dans ces arrêts indiquent que le jury devrait décider, selon la prépondérance des probabilités, si les similitudes entre les actes établissent que les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation ont été commises par la même personne. Si cette condition préalable est satisfaite, le jury peut alors examiner l'ensemble de la preuve se rapportant aux actes similaires pour décider si l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable.

Toutefois, il y a dérogation à la règle générale selon laquelle les conclusions de fait préliminaires peuvent être tirées selon la prépondérance des probabilités dans les cas, certes rares, où l'admission de la preuve peut elle-même avoir un effet concluant en ce qui concerne la question de la culpabilité. Par exemple, lorsque le ministère public produit une déclaration de l'accusé à une personne en situation d'autorité, le juge du procès doit être convaincu hors de tout doute raisonnable du caractère volontaire de la déclaration. Cette preuve peut, si elle est tenue pour avérée, apporter en elle-même une preuve concluante de la culpabilité. Étant donné que l'existence d'un doute sur le caractère volontaire de la déclaration se répercute également sur la fiabilité de celle-ci, il est justifié d'exiger une preuve hors de tout doute raisonnable. Voir *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30. Si la règle était différente, le jury serait autorisé à se fonder sur une preuve qu'il pourrait considérer très forte même si la fiabilité intrinsèque de cette preuve était douteuse.

En revanche, en tant que preuve circonstancielle, une preuve de faits similaires doit être qualifiée différemment, étant donné que, de par sa nature, elle ne peut pas être concluante quant à la culpabilité. Elle constitue simplement un des éléments de preuve à examiner parmi tous ceux qui constituent la preuve globale du ministère public. Sa valeur probante réside dans sa capacité d'étayer, par l'improbabilité d'une coïncidence, d'autres éléments de preuve inculpatives. Comme

71

72

a particular case, similar fact evidence might be assigned a high degree of weight by the trier if it is entirely different from the concept that, by its very nature, the evidence has the potential to be decisive of guilt.

73 As the intervener the Attorney General for Ontario concedes, it is, of course, conceivable for a single item of circumstantial evidence to be the only evidence of an essential element of the offence in a given case. The criminal standard of proof would have to be applied in those circumstances in order to ensure compliance with the requirement that every essential element in a criminal prosecution must be proven beyond a reasonable doubt. Thus where the Crown's case on the issue of identity is based entirely on the underlying unity between the similar acts, it follows that the standard of proof beyond a reasonable doubt will govern the jury's determination whether one person must have committed both acts.

74 The appellant argues that because similar fact evidence carries with it the danger of prejudicial misuse by the trier, a high standard of proof should be imposed as a precondition of its use. However, the danger that a jury will misuse similar fact evidence by engaging in the prohibited line of reasoning is avoided by the strict test for admissibility which ensures that the evidence is sufficiently probative to outweigh the risk of prejudicial misuse, coupled with a cautionary instruction against making improper use of the evidence. These safeguards ensure that the evidence is possessed of legitimate probative value before it reaches the trier of fact and that the jury will appreciate its true relevance. Depriving the jury of resort to proper use of the evidence once it has been admitted would do nothing to guard against its improper use.

75 On this basis, the correct approach to a consideration of similar fact evidence by a jury is the

pour tout élément de preuve circonstancielle, le jury décidera du poids qui doit lui être accordé. Le simple fait que, dans un cas particulier, le juge des faits pourrait accorder un poids élevé à une preuve de faits similaires est une toute autre chose que le concept selon lequel, de par sa nature, la preuve peut être décisive quant à la culpabilité.

Comme le concède le procureur général de l'Ontario intervenant, il est évidemment concevable qu'un seul élément de preuve circonstancielle soit la seule preuve d'un élément essentiel de l'infraction dans une affaire donnée. Il faudra alors appliquer la norme de preuve en matière criminelle dans ces circonstances afin de garantir le respect de l'exigence selon laquelle, dans une poursuite criminelle, chaque élément essentiel doit être prouvé hors de tout doute raisonnable. Par conséquent, lorsque la preuve du ministère public sur la question de l'identité repose entièrement sur l'unité sous-jacente entre les actes similaires, il s'ensuit que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable s'applique à la décision du jury sur la question de savoir si une seule et même personne a commis les deux actes.

L'appelant soutient que, comme il y a risque qu'une preuve de faits similaires fasse l'objet d'un mauvais usage préjudiciable par le juge des faits, une norme de preuve élevée devrait être imposée comme condition préalable à l'utilisation d'une telle preuve. Toutefois, le danger qu'un jury utilise mal une preuve de faits similaires en se livrant au raisonnement interdit est évité, d'une part, par l'application du critère d'admissibilité rigoureux, qui garantit que la preuve a une valeur probante suffisante pour écarter le risque d'un mauvais usage préjudiciable, et, d'autre part, par la mise en garde faite contre l'utilisation inappropriée de cette preuve. Ces mesures garantissent que la preuve a une valeur probante légitime avant d'être soumise au juge des faits et que le jury appréciera sa véritable pertinence. Empêcher le jury d'utiliser la preuve de façon appropriée une fois qu'elle a été admise ne ferait rien pour éviter qu'elle soit utilisée de manière inappropriée.

Pour ce motif, la bonne approche en ce qui concerne l'examen d'une preuve de faits similaires par

“cumulative” or “pooling” approach. Thus, as a general rule where similar fact evidence is adduced to prove identity, the jury should be instructed that once they have concluded that there is sufficient likelihood that the same person committed the alleged similar acts, they may consider all the evidence relating to the similar acts in considering whether the accused is guilty of the act in question.

2. Use of Evidence Underlying a Prior Acquittal as Similar Fact Evidence in a Subsequent Proceeding Against the Same Accused

Finally, the appellant relies upon cases in which the Crown was prohibited from adducing as similar fact evidence in a subsequent trial of the same accused, testimony given in proceedings in which the accused was acquitted. See, e.g., *R. v. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459 (Ont. C.A.); *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (Ont. C.A.); *R. v. M. (R.A.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 459 (Man. C.A.); *N. (R.S.)*, *supra*; *R. v. Merdsoy* (1994), 91 C.C.C. (3d) 517 (Nfld. C.A.). The appellant contends that these cases conflict with the basic concept that similar fact evidence is available for use on the basis that two offences were likely committed by the same person. The appellant submits that if a conviction is obtained on one count in a multi-count indictment but the accused is acquitted on the other count, then the conclusion must be that the same person did not commit both offences, and the conviction is tainted to the extent that it was based on the similar fact evidence. As the appellant points out, the problem of inconsistent verdicts would disappear if the jury were directed, at the outset of their deliberations, to decide beyond a reasonable doubt whether both offences were committed by the same person. This approach fuses the two counts together as a necessary consequence of using similar fact evidence, so that the counts must stand or fall together.

un jury est l'approche «cumulative» ou approche de la «mise en commun». Par conséquent, en règle générale, lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, il faudrait donner aux jurés la directive qu'une fois qu'ils ont conclu à l'existence d'une probabilité suffisante que la même personne a commis les actes similaires allégués, ils peuvent tenir compte de tous les éléments de preuve se rapportant aux actes similaires pour décider si l'accusé est coupable de l'acte en question.

2. L'utilisation d'une preuve sous-tendant un acquittement antérieur en tant que preuve de faits similaires dans des poursuites subséquentes contre le même accusé

En dernier lieu, l'appelant invoque des arrêts dans lesquels il a été interdit au ministère public de produire, en tant que preuve de faits similaires, dans un procès subséquent intenté contre le même accusé, des témoignages faits dans des poursuites s'étant soldées par l'acquittement de l'accusé. Voir, par exemple, *R. c. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459 (C.A. Ont.); *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (C.A. Ont.); *R. c. M. (R.A.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 459 (C.A. Man.); *N. (R.S.)*, précité; *R. c. Merdsoy* (1994), 91 C.C.C. (3d) 517 (C.A.T.-N.). L'appelant soutient que ces arrêts sont incompatibles avec l'idée fondamentale qu'une preuve de faits similaires peut être utilisée parce que deux infractions ont probablement été commises par la même personne. L'appelant prétend que, si un accusé est déclaré coupable d'un des deux chefs d'un acte d'accusation mais qu'il est acquitté de l'autre chef, il faut alors conclure que les deux infractions n'ont pas été commises par la même personne, et la déclaration de culpabilité est viciée dans la mesure où elle reposait sur une preuve de faits similaires. Comme le souligne l'appelant, le problème des verdicts incompatibles disparaîtrait si l'on invitait le jury, au début de ses délibérations, à décider hors de tout doute raisonnable si les deux infractions ont été commises par la même personne. Cette approche a pour effet de fondre ensemble les deux chefs d'accusation en tant que conséquence nécessaire de l'utilisation d'une preuve de faits similaires, de sorte que le sort des deux chefs d'accusation doit être le même.

77

Those cases which have restricted the use of evidence underlying an acquittal as similar fact evidence in a subsequent trial of the same accused have done so on the basis of this Court's decision in *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810. Lamer J. wrote for the majority of the Court, at p. 825:

There are not different kinds of acquittals and, on that point, I share the view that "as a matter of fundamental policy in the administration of the criminal law it must be accepted by the Crown in a subsequent criminal proceeding that an acquittal is the equivalent to a finding of innocence". . . . To reach behind the acquittal, to qualify it, is in effect to introduce the verdict of "not proven", which . . . has never been . . . part of our law.

. . . .

However, this does not mean that, for the purpose of the application of the doctrine of *res judicata*, the Crown is estopped from re-litigating all or any of the issues raised in the first trial. But it does mean that any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal, is irrevocably deemed to have been found conclusively in favour of the accused. . . .

78

The principle enunciated in *Grdic* is fundamental to our system of justice. It seeks to ensure that an accused need not repeatedly defend himself against the same allegations. Nevertheless, in certain circumstances, the fact of an accused's prior acquittal may have relevance to an ultimate issue in a subsequent trial. For example, in *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, the accused was charged with obtaining money by false pretences. He had obtained funds in exchange for a cheque that was later dishonoured. The accused was acquitted at his first trial on the basis that when he gave the cheque to the complainant, he expected to receive funds to cover it. The accused was later again indicted with obtaining money by false pretences, and at his second trial the Crown adduced the evidence of the first complainant as relevant to the accused's guilty state of mind. The court held that the evidence was properly admissible. As Widgery J.

Dans les décisions où on a limité l'utilisation d'une preuve sous-tendant un acquittement comme preuve de faits similaires dans un procès subséquent contre le même accusé, le tribunal s'est fondé sur l'arrêt de notre Cour *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810. Le juge Lamer a écrit ceci, au nom de la majorité, à la p. 825:

Il n'existe pas différentes sortes d'acquittements et, à cet égard, je souscris au point de vue selon lequel [TRANSDUCTION] «le ministère public doit accepter en tant que principe fondamental de l'administration du droit criminel que, dans une poursuite criminelle subséquente, un acquittement équivaut à une déclaration d'innocence» [. . .] Aller au-delà de l'acquittement pour le qualifier revient en fait à introduire le verdict de «non prouvé» qui [. . .] n' [. . .] a jamais fait partie [. . .] de notre droit.

. . . .

Toutefois, cela ne signifie pas qu'aux fins de l'application de la doctrine de la *res judicata*, la poursuite ne peut rouvrir certaines ou toutes les questions soulevées au premier procès. Mais cela signifie effectivement que toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement est réputée de façon irrévocable avoir été tranchée définitivement en faveur de l'accusé. . . .

Le principe énoncé dans l'arrêt *Grdic* est fondamental pour notre système de justice. Il vise à faire en sorte qu'un accusé ne soit pas obligé de se défendre à répétition contre les mêmes allégations. Néanmoins, dans certaines circonstances, le fait qu'un accusé ait, dans le passé, été acquitté d'accusations pesant contre lui peut être pertinent à l'égard d'une question fondamentale dans un procès subséquent. Par exemple, dans *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, l'inculpé était accusé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants. Il avait obtenu des fonds en échange d'un chèque qu'on avait par la suite refusé d'accepter. Au terme du premier procès, l'accusé avait été acquitté pour le motif que, lorsqu'il avait remis le chèque au plaignant, il s'attendait à recevoir des fonds couvrant le chèque. Par la suite, l'accusé a de nouveau été inculpé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants et, au second procès, le ministère public a produit le témoignage du premier plaignant en tant que preuve pertinente à l'égard de l'état d'esprit coupable de l'accusé. La cour a statué que la

stated in *G. (an infant) v. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271 (Q.B.), at p. 276:

... it may well happen that evidence relating to the charge giving rise to the acquittal will be called on the subsequent charge, but, if it is so called, it will be called because it has relevance to the subsequent charge quite independently of any question whether the accused was guilty or innocent on the first charge. [Emphasis added.]

On the basis of this reasoning, the evidence of the prior acquittal in *Ollis* was correctly admitted. It was admitted to prove intent. Even if the accused was acquitted of the first charge, the fact that he had been tried on similar charges once before went to his knowledge of wrongdoing irrespective of his guilt on the first charge. The fact of his prior trial and acquittal could be admitted for this limited purpose, but would of course require a careful instruction from the trial judge. Yet, in most situations, it will be unfair and inappropriate to admit the evidence underlying the prior acquittal as similar fact evidence in a subsequent trial of the same accused.

Even so, I cannot accept the proposition that the principle set out in *Grdic*, *supra*, applies to verdicts rendered by the same trier of fact in respect of charges tried together in a single proceeding. There is nothing unfair or logically irreconcilable about a jury having reasonable doubt whether the accused committed an act while also finding that it is likely that he committed it. There may very well be good reasons to exclude similar fact evidence underlying a prior acquittal in a subsequent proceeding. However, the principle has no application where the alleged similar acts are the subject of a multi-count indictment. There a careful instruction from the trial judge will be required. It will be necessary to explain to the jury that evidence adduced on one count upon which the jury would acquit

preuve était admissible. Comme l'a affirmé le juge Widgery dans *G. (an infant) c. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271 (Q.B.), à la p. 276:

[TRADUCTION] ... il peut bien arriver que la preuve relative à l'accusation qui s'est soldée par un acquittement soit produite relativement à l'accusation subséquente, mais, si tel est le cas, cette preuve sera produite parce qu'elle est pertinente à l'égard de l'accusation subséquente, indépendamment de la question de savoir si l'accusé était innocent ou coupable de la première accusation. [Je souligne.]

Suivant ce raisonnement, la preuve de l'acquittement antérieur a été à bon droit admise dans *Ollis*. Elle a été admise pour prouver l'intention. Même si l'accusé avait été acquitté de la première accusation, le fait qu'il avait déjà subi un procès relativement à des accusations similaires se rapportait à sa connaissance d'un acte fautif, indépendamment de sa culpabilité relativement à la première accusation. Son procès et son acquittement antérieurs pouvaient être admis pour cette fin limitée, mais ils exigeaient évidemment des directives minutieuses de la part du juge du procès. Néanmoins, dans la plupart des situations, il sera injuste et inopportun d'admettre une preuve sous-tendant l'acquittement antérieur en tant que preuve de faits similaires dans un procès subséquent contre le même accusé.

Malgré cela, je ne puis accepter la thèse voulant que le principe énoncé dans l'arrêt *Grdic*, précité, s'applique aux verdicts rendus par le même juge des faits relativement à des accusations jugées ensemble dans un même procès. Il n'y a rien d'injuste ou de logiquement irrécyclable dans le fait qu'un jury ait un doute raisonnable sur la question de savoir si l'accusé a commis un acte, mais arrive également à la conclusion que l'accusé a probablement commis cet acte. Il peut très bien exister de bonnes raisons d'exclure une preuve de faits similaires sous-tendant un acquittement antérieur dans une poursuite subséquente. Toutefois, ce principe ne s'applique pas lorsque les actes similaires allégués font l'objet d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs. Dans ces cas, le juge du procès devra donner des directives minutieuses au jury. Il est nécessaire d'expliquer au jury que la preuve produite relativement à un chef d'accusation à l'égard duquel celui-ci prononce un acquitte-

may be used in assessing the liability on another count or counts.

80

In summary, where similar fact evidence is admitted to prove identity in a multi-count indictment situation, a proper charge to the jury should include the following factors considered by Martin J.A. in *Simpson, supra*, and by this Court in *Sweitzer, supra*, and *D. (L.E.), supra*:

- (1) The trial judge should instruct the jury that they may find from the evidence, though they are not required to do so, that the manner of the commission of the offences is so similar that it is likely they were committed by the same person.
- (2) The judge should then review the similarities between the offences.
- (3) The jury should then be instructed that if they conclude it is likely the same person committed more than one of the offences, then the evidence on each of those counts may assist them in deciding whether the accused committed the other similar count or counts.
- (4) The trial judge must instruct the jury that if it accepts the evidence of the similar acts, it is relevant for the limited purpose for which it was admitted.
- (5) The jury must be warned that they are not to use the evidence on one count to infer that the accused is a person whose character or disposition is such that he or she is likely to have committed the offence or offences charged in the other count or counts.
- (6) If they do not conclude that it is likely the same person committed the similar offences, they must reach their verdict by considering the evidence related to each count separately, and put out of their minds the evidence on any other count or counts.

ment peut être utilisée pour décider de la culpabilité à l'égard d'un ou plusieurs autres chefs.

En résumé, lorsqu'une preuve de faits similaires est admise pour établir l'identité dans le cadre d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs, un bon exposé au jury devrait inclure les facteurs suivants, qui ont été examinés par le juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *Simpson*, précité, et par notre Cour dans les arrêts *Sweitzer* et *D. (L.E.)*, précités:

- (1) Le juge du procès devrait dire aux jurés qu'ils peuvent conclure, à la lumière de la preuve — quoique rien ne les oblige à le faire — que le mode de perpétration des infractions présente des similitudes telles qu'il est probable qu'elles ont été commises par la même personne.
- (2) Le juge du procès devrait ensuite passer en revue les similitudes entre les infractions.
- (3) Puis, le juge du procès devrait dire aux jurés que, s'ils concluent qu'il est probable que la même personne a commis plus d'une des infractions, alors la preuve relative à chacun de ces chefs d'accusation peut les aider à décider si l'accusé a commis les autres chefs d'accusation similaires.
- (4) Le juge du procès doit dire aux jurés que, s'ils acceptent la preuve des actes similaires, cette preuve est pertinente, mais uniquement à l'égard de la fin limitée pour laquelle elle a été admise.
- (5) Les jurés doivent être avertis qu'ils ne peuvent pas utiliser la preuve relative à un chef d'accusation pour inférer que l'accusé est une personne possédant une nature ou une disposition telle qu'elle a probablement commis les infractions reprochées dans les autres chefs d'accusation.
- (6) Si les jurés ne concluent pas qu'il est probable que la même personne a commis les infractions similaires, ils doivent rendre leur verdict en examinant la preuve relative à chaque chef d'accusation séparément, et faire abstraction de la preuve relative aux autres chefs d'accusation.

(7) Finally, the trial judge must of course make it clear that the accused must not be convicted on any count unless the jury are satisfied beyond a reasonable doubt that he or she is guilty of that offence.

### 3. Application to this Appeal

The trial judge's charge to the jury, based on *Simpson, supra*, that if they concluded both counts were likely committed by the same person, they could use the evidence on each count to assist in deciding the appellant's guilt on both counts does not offend s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. The additional charge instructing the jury to decide whether the appellant was guilty of the Umphrey murder and to decide whether both counts were committed by one person before using the evidence on both counts in respect of either count could not have prejudiced the accused. This ground of appeal must therefore fail.

### C. *Admissibility of Hair Samples*

The appellant contends that the taking of his hair samples and their subsequent use in the Umphrey murder investigation infringed his rights under s. 7 and s. 8 of the *Charter*, and that the impugned evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The appellant argues that the relevant time for determining whether there was a seizure in this case was July 26, 1990, when the appellant consented to give scalp and pubic hair samples in connection with the investigation of the Blanchard murder. The appellant contends that this consent did not extend to the storage and subsequent use of the hair samples in the Umphrey investigation, and thus the seizure of the samples for a purpose beyond the scope of the original consent is unlawful.

(7) Enfin, le juge du procès doit évidemment indiquer clairement aux jurés qu'ils ne doivent déclarer l'accusé coupable d'un chef d'accusation que s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable de l'infraction en question.

### 3. L'application au présent pourvoi

La directive qu'a donnée le juge du procès aux jurés en se fondant sur l'arrêt *Simpson*, précité, — c'est-à-dire que s'ils concluaient que les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation avaient probablement été commises par la même personne, ils pouvaient utiliser la preuve relative à chaque chef pour statuer sur la culpabilité de l'accusé à l'égard des deux chefs d'accusation —, ne porte atteinte ni à l'art. 7 ni à l'al. 11d) de la *Charte*. La directive supplémentaire indiquant aux jurés de décider si l'accusé était coupable du meurtre de M<sup>me</sup> Umphrey et si les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation avaient été commis par une seule et même personne avant d'utiliser la preuve relative aux deux chefs à l'égard de l'un et l'autre chef ne peut pas avoir causé préjudice à l'accusé. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté.

### C. *L'admissibilité des échantillons de cheveux et de poils*

L'appellant soutient que le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils et leur utilisation subséquente dans le cadre de l'enquête sur le meurtre de M<sup>me</sup> Umphrey ont porté atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*, et que la preuve contestée aurait dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. L'appellant affirme que la date pertinente pour décider s'il y a eu saisie en l'espèce est le 26 juillet 1990, date à laquelle il a consenti à fournir des échantillons de cheveux et de poils pubiens dans l'enquête sur le meurtre de M<sup>me</sup> Blanchard. Il prétend que ce consentement ne s'appliquait pas à l'entreposage des échantillons et à leur utilisation subséquente dans l'enquête sur le meurtre de M<sup>me</sup> Umphrey, et donc que la saisie des échantillons à une fin qui dépasse l'étendue du consentement initial est illégale.

81

82

83 The appellant further argues that even if this Court finds the relevant time for determining whether there was a seizure is March 16, 1993 when the police seized the samples from the RCMP laboratory pursuant to a search warrant, an invalid consent on July 26, 1990 would undermine the lawfulness of the warrant. The police would not have grounds to “re-possess” the hair samples for use in the Umphrey investigation if their use was limited to the Blanchard investigation. Thus any seizure under the search warrant would also violate s. 8 of the *Charter*.

84 Both the appellant’s submissions are based upon his position that the taking of the samples for purposes beyond the scope of the consent he gave in 1990 constitutes an unlawful seizure. As Iacobucci J. stated for the majority in *Borden*, *supra*, at p. 160, a seizure occurs whenever there is a non-consensual taking by state officials of an item in which the citizen has a reasonable expectation of privacy. See also *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417. Where the police seek to obtain blood or hair samples from a suspect, the expectation of privacy with respect to bodily integrity is clear. Thus, where the police do not possess statutory authority to demand such a sample, it can only be taken with the consent of the suspect.

85 Iacobucci J. writing for the majority in the *Borden* case carefully considered the meaning of consent. In that case, two sexual assaults occurred within a few months of each other. The accused was arrested for the second assault. The accused complied with a police request to provide hair and blood samples in connection with the second assault. However, the police hoped to use the blood sample to establish through DNA testing that the accused was the assailant in the first assault. The accused was given virtually no indication that the samples were also being sought in

L’appelant plaide en outre que, même si notre Cour conclut que la date pertinente pour décider s’il y a eu saisie est le 16 mars 1993, date à laquelle des policiers ont saisi en vertu d’un mandat de perquisition les échantillons conservés par le laboratoire de la GRC, l’invalidité du consentement donné le 26 juillet 1990 saperait la légalité du mandat. Les policiers n’auraient alors pas été justifiés de «repandre possession» des échantillons de cheveux et de poils pour les utiliser dans l’enquête sur la mort de M<sup>me</sup> Umphrey si l’utilisation de ces échantillons était restreinte à l’enquête sur la mort de M<sup>me</sup> Blanchard. Par conséquent, la saisie effectuée en vertu du mandat de perquisition violerait également l’art. 8 de la *Charte*.

Les deux arguments de l’appelant reposent sur sa thèse que le prélèvement des échantillons à des fins qui dépassent l’étendue du consentement donné en 1990 constitue une saisie illégale. Comme l’a déclaré le juge Iacobucci pour la majorité dans *Borden*, précité, à la p. 160, il y a saisie chaque fois que l’État prend, sans le consentement d’un citoyen, un bien appartenant à ce dernier et à l’égard duquel il a une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Voir aussi *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417. Lorsque des policiers cherchent à obtenir des échantillons de sang ou des échantillons de cheveux et de poils d’un suspect, l’existence d’attentes en matière de respect de la vie privée en ce qui concerne l’intégrité physique est claire. Par conséquent, lorsque les policiers ne sont pas autorisés par la loi à exiger de tels échantillons, ceux-ci ne peuvent être prélevés qu’avec le consentement du suspect.

Dans les motifs qu’il a rédigés au nom de la majorité dans l’arrêt *Borden*, le juge Iacobucci a examiné attentivement le sens du mot consentement. Dans cette affaire, deux agressions sexuelles avaient été commises en l’espace de quelques mois. L’accusé avait été appréhendé relativement à la seconde agression. À la demande des policiers, il avait consenti à fournir des échantillons de cheveux et de poils ainsi qu’un échantillon de sang relativement à cette agression. Cependant, les policiers souhaitaient utiliser l’échantillon de sang pour prouver, au moyen d’une analyse génétique,

connection with the first assault. The majority held that there is a “link between the scope of a valid consent and the scope of the accused’s knowledge in relation to the consequences of that consent” (at p. 163). Iacobucci J. observed that for the waiver to be valid the person purporting to consent must have sufficient information to give a valid consent. It was put in this way at pp. 162-63:

In order for a waiver of the right to be secure against an unreasonable seizure to be effective, the person purporting to consent must be possessed of the requisite informational foundation for a true relinquishment of the right. A right to choose requires not only the volition to prefer one option over another, but also sufficient available information to make the preference meaningful. . . .

. . . [There is] a link between the scope of a valid consent and the scope of the accused’s knowledge in relation to the consequences of that consent.

He went on to conclude, at pp. 164-65, that:

It was incumbent on the police, at a minimum, to make it clear to the respondent that they were treating his consent as a blanket consent to the use of the sample in relation to other offences in which he might be a suspect. I express no opinion on the question of whether there would have been a seizure if the intention of the police to use the sample in respect of the [earlier] assault case, and the subsequent appropriation of the sample for that purpose, did not exist until some time after the seizure of the blood for use in the [later] case. . . .

The degree of awareness of the consequences of the waiver of the s. 8 right required of an accused in a given case will depend on its particular facts. Obviously, it will not be necessary for the accused to have a detailed comprehension of every possible outcome of his or her consent. However, his or her understanding should include the fact that the police are also planning to use the product of the seizure in a different investigation from the one for which he or she is detained.

que l’accusé était l’auteur de la première agression. L’accusé n’avait reçu à toutes fins utiles aucune indication que ces échantillons étaient également demandés relativement à la première agression. Les juges de la majorité ont statué qu’il existe un «lien entre l’étendue d’un consentement valide et l’étendue de la connaissance qu’a l’accusé des conséquences de ce consentement» (à la p. 163). Le juge Iacobucci a fait remarquer que, pour que la renonciation soit valide, la personne qui est censée donner son consentement doit posséder suffisamment de renseignements pour donner un consentement valide. Il s’est exprimé en ces termes, aux pp. 162 et 163:

Pour que la renonciation au droit à la protection contre les saisies abusives soit réelle, la personne qui est censée donner son consentement doit disposer de tous les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit. Le droit de choisir exige non seulement que la personne puisse exercer sa volonté de préférer une solution à une autre, mais aussi qu’elle possède suffisamment de renseignements pour faire un choix utile. . . .

. . . [Il existe un] lien entre l’étendue d’un consentement valide et l’étendue de la connaissance qu’a l’accusé des conséquences de ce consentement.

Il a ensuite tiré les conclusions suivantes, aux pp. 164 et 165:

Il leur incombait [aux policiers] à tout le moins de dire clairement à l’intimé qu’ils considéraient son consentement comme un consentement général à l’utilisation de l’échantillon relativement à d’autres infractions dont il pourrait être soupçonné. Je ne me prononce pas sur la question de savoir s’il y aurait eu saisie si les policiers n’avaient eu l’intention d’utiliser l’échantillon pour [la première] agression d’octobre, et l’avaient ensuite pris à cette fin, qu’après avoir saisi le sang pour l’utiliser dans [la seconde] affaire. . . .

Le degré de conscience qu’un accusé doit avoir des conséquences d’une renonciation au droit qui lui est garanti par l’art. 8 dépend des faits particuliers de chaque cas. Évidemment, il ne sera pas nécessaire que l’accusé ait une compréhension approfondie de chacune des répercussions possibles de son consentement. Toutefois, il devrait comprendre notamment que les policiers comptent utiliser le produit de la saisie dans une enquête portant sur une infraction différente de celle pour laquelle il est détenu.

Thus the general principle to be taken from *Borden* is that the scope of a valid consent may be limited by the extent of the accused's knowledge and the information given to the accused as to the consequences of giving his consent. The majority specifically left open the issue raised by the appellant in this case.

86 It is noteworthy that both Lamer C.J. (Gonthier J. concurring) and McLachlin J. expressed an opinion on this issue in *obiter*. As Lamer C.J. stated, at pp. 153-54:

While I do not think it necessary or desirable to deal with the broader question of what is required for a valid consent, I agree with Iacobucci J. that the individual must be told about the anticipated purpose known to the police when the consent is requested.

However, in agreeing, I would not wish to be taken as accepting the general proposition that the consent, once validly given in the criminal law context, constrains the uses that may be made of the sample or the results of analysis thereof. Such an approach runs the risk of considering investigations and consents to searches and seizures in watertight compartments. [Emphasis added.]

McLachlin J., in short concurring reasons, agreed with the Chief Justice that the individual must be informed of the "anticipated purpose known to the police when the consent is requested" (at p. 171), but confined that observation to the facts of the *Borden* case. She noted, at p. 171, that there is an important public interest in allowing the police to correlate evidence obtained on one offence with other outstanding offences. In this regard, the comments of the Law Reform Commission in its Working Paper No. 34 on *Investigative Tests* (1984), at pp. 68-69, are apposite:

... we are inclined to believe that the destruction of some records ... is more likely to hamper the legitimate function of the police in the detection of crime and the protection of society as a whole than to constitute a useful and valuable safeguard for the privacy of innocent

Par conséquent, le principe général qui se dégage de l'arrêt *Borden* est que l'étendue d'un consentement valide peut être limitée par l'étendue de la connaissance qu'a l'accusé et par l'information qui lui est donnée quant aux conséquences du consentement. Les juges majoritaires ont explicitement laissé en suspens la question soulevée par l'appellant dans cette affaire.

Il convient de souligner que le juge en chef Lamer (avec l'appui du juge Gonthier) et le juge McLachlin ont exprimé une opinion sur cette question dans des remarques incidentes. Comme l'a dit le juge en chef Lamer, aux pp. 153 et 154:

Bien que je ne croie pas qu'il soit nécessaire ou souhaitable d'examiner la question plus générale des conditions requises pour un consentement valide, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que l'individu doit être informé de l'objectif visé et déjà connu des policiers lorsqu'ils lui demandent son consentement.

Toutefois, je ne voudrais pas que l'on considère que cela signifie que je souscris au principe général voulant qu'une fois qu'il est donné validement dans le contexte du droit criminel, le consentement restreint les usages qui peuvent être faits de l'échantillon ou des résultats de son analyse. Une telle approche risque d'entraîner une analyse compartimentée des enquêtes et des consentements donnés à des fouilles, perquisitions et saisies. [Je souligne.]

Dans de brefs motifs concordants, le juge McLachlin a convenu avec le Juge en chef que l'individu doit être informé de l'«objectif visé et déjà connu des policiers lorsqu'ils lui demandent son consentement» (à la p. 171), mais a confiné cette observation aux faits de l'affaire *Borden*. À la p. 171, elle a souligné que sert un intérêt public important le fait de permettre aux policiers de mettre la preuve obtenue relativement à une infraction en corrélation avec d'autres infractions non résolues. À cet égard, les commentaires faits par la Commission de réforme du droit, à la p. 76 de son Document de travail 34 intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984), sont pertinentes:

Nous pensons qu'il est vraisemblable, au contraire, que la destruction de certains dossiers dans de telles circonstances pourrait nuire à la police dans l'exercice de son rôle légitime qui est de détecter la criminalité et de protéger l'ensemble de la société au lieu de constituer une

individuals. Fingerprint records . . . might be crucial in the investigation of serious offences committed by persons who for one reason or another have escaped conviction for other offences of which they were in fact guilty. Where they have been reasonably and lawfully obtained, can it be said that their retention “unreasonably or arbitrarily (interferes) with individual rights and freedoms . . .”?

Nevertheless decisions of this court make it clear that if consent to the provision of bodily samples is to be valid it must be an informed consent. That is to say persons consenting must be aware of their rights and as far as possible the consequences of their consent. See *Borden, supra*, at pp. 161-62; and *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 624. Yet if neither the police nor the consenting person limit the use which may be made of the evidence then, as a general rule no limitation or restriction should be placed on the use of that evidence. As Iacobucci J. explained in *Borden, supra*, at p. 164, “it will not be necessary for the accused to have a detailed comprehension of every possible outcome of his or her consent” in order for the consent to be valid.

I agree that the obligation imposed on the police in obtaining a valid consent extends only to the disclosure of those anticipated purposes known to the police at the time the consent was given. To impose any greater obligation could, as the Chief Justice explained, at p. 154, “permit the construction of what would amount to elaborate evidentiary privileges based upon either the purposes for which the evidence was originally obtained or upon the information supplied at the time consent was given”. This view accords with the majority’s finding, at p. 164, that “it will not be necessary for the accused to have a detailed comprehension of

garantie utile et valable du droit des gens honnêtes à leur vie privée. Les copies authentiques d’empreintes digitales, par exemple, peuvent avoir une importance capitale quand l’investigation porte sur des crimes graves qui sont commis par des personnes qui, quelle que soit la raison, n’ont pas été reconnues coupables d’infractions dont elles étaient en fait coupables. Peut-on affirmer que la conservation des copies authentiques d’empreintes digitales obtenues légalement et d’une manière raisonnable «(empiète) de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes . . .»?

Néanmoins, les arrêts de notre Cour indiquent clairement que, pour que le consentement au prélèvement d’échantillons de substances corporelles soit valide, il doit reposer sur un consentement éclairé. En d’autres mots, les personnes qui donnent ce consentement doivent être au courant de leurs droits et, autant que possible, des conséquences de leur consentement. Voir *Borden*, précité, aux pp. 161 et 162; et *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 624. Toutefois, si ni les policiers ni la personne qui donne son consentement ne limitent l’utilisation qui peut être faite de l’élément de preuve, alors, en règle générale, l’utilisation de cet élément de preuve ne devrait être assortie d’aucune limite ou restriction. Comme l’a expliqué le juge Iacobucci dans *Borden*, précité, à la p. 164, «il ne sera pas nécessaire que l’accusé ait une compréhension approfondie de chacune des répercussions possibles de son consentement» pour que le consentement soit valide.

J’admets que l’obligation faite aux policiers d’obtenir un consentement valide ne concerne que la divulgation des objectifs visés et déjà connus des policiers lorsque le consentement est donné. Imposer une obligation plus grande pourrait, comme l’a expliqué le Juge en chef, à la p. 154, «permettre d’interpréter l’équivalent de privilèges complexes relatifs à la preuve en fonction des fins pour lesquelles la preuve a tout d’abord été obtenue ou des renseignements qui ont été fournis au moment où le consentement a été donné». Ce point de vue est compatible avec la conclusion des juges majoritaires, à la p. 164, qu’«il ne sera pas nécessaire que l’accusé ait une compréhension approfondie de chacune des répercussions possibles de

87

88

every possible outcome of his or her consent” in order for the consent to be valid.

son consentement» pour que le consentement soit valide.

89

In the absence of any limitation placed by the police or the consenting party on the use to be made of the hair sample, there is nothing inherently unfair or illegal about the police retaining evidence obtained in connection with one investigation and using it in connection with a later investigation which was not anticipated by the police at the time the consent was given. The police in this case could not possibly have foreseen that 30 months after they had lawfully obtained the appellant’s hair samples, the appellant would again be the suspect in another homicide. Moreover, at the time the samples were taken, the appellant was clearly informed that if the police gathered “any evidence as a result of that hair sample, [it would be used] in court” (emphasis added). Thus it is apparent that the appellant’s consent was not limited in any way, nor was it vitiated through a lack of knowledge as to the consequences of that consent. The seizure of his hair samples in 1990 was both lawful and reasonable.

En l’absence de toute restriction dont les policiers ou la partie donnant son consentement auraient assorti l’utilisation devant être faite des échantillons de cheveux ou de poils, il n’y a rien d’intrinsèquement injuste ou illégal dans le fait de permettre à des policiers de conserver des éléments de preuve recueillis dans le cadre d’une enquête donnée et de les utiliser dans une enquête subséquente qui n’était pas prévue au moment où le consentement a été donné. En l’espèce, les policiers ne pouvaient pas vraiment prévoir que, 30 mois après avoir obtenu légalement les échantillons de poils et de cheveux de l’appelant, ce dernier serait de nouveau un suspect dans une autre affaire d’homicide. De plus, au moment du prélèvement des échantillons, l’appelant a été clairement informé que, si les policiers recueillaient [TRADUCTION] «quelque élément de preuve grâce à cet échantillon de cheveux et de poils, [cet élément serait utilisé] devant les tribunaux» (je souligne). Par conséquent, il est évident que le consentement de l’appelant n’était assorti d’aucune limite et qu’il n’était pas vicié par sa méconnaissance des conséquences de ce consentement. La saisie des échantillons de cheveux et de poils en 1990 était légale et raisonnable.

90

In my view, once the appellant’s hair samples were taken by the police with the unconditional and reasonably informed consent of the appellant, he ceased to have any expectation of privacy in them. As the learned trial judge stated in his ruling on admissibility of the evidence obtained from the hair samples:

À mon avis, une fois les échantillons de cheveux et de poils prélevés par les policiers avec le consentement inconditionnel et raisonnablement éclairé de l’accusé, celui-ci a cessé d’avoir à leur égard des attentes en matière de respect de sa vie privée. Comme l’a déclaré le juge du procès dans sa décision sur l’admissibilité de la preuve tirée des échantillons de cheveux et de poils:

It is, in my view, both illogical and undesirable to suggest that when a body sample, be it hair or blood, is voluntarily surrendered to the police with full recognition that it is to be used in the course of investigation that there continues to be any expectation of privacy extending to the “informational content” of that sample. In my view, no such expectation real or implied existed. . . .

[TRADUCTION] À mon avis, il est illogique et inacceptable de prétendre que la personne qui donne volontairement aux policiers un échantillon d’une substance corporelle — qu’il s’agisse de cheveux, de poils ou de sang, en sachant parfaitement que cet échantillon sera utilisé dans le cadre d’une enquête — continue d’avoir des attentes en matière de respect de sa vie privée en ce qui a trait au «contenu informationnel» de cet échantillon. Selon moi, il n’existait aucune attente de la sorte, réelle ou implicite . . .

The trial judge considered the issue of the validity of the consent to the use of hair samples. He considered the consent to be valid and on the evidence before him he could properly reach that conclusion. In those circumstances his decision should be accepted.

However, for the purpose of this appeal, it is unnecessary to consider whether the appellant may have had a subsisting privacy interest in the samples or in the information that could be obtained from them after he gave his unconditional consent to the authorities to take the samples. The police seized the samples from the RCMP laboratory in 1993 pursuant to a search warrant. The appellant has argued that an invalid consent on July 26, 1990 would undermine the lawfulness of the warrant, yet the consent given in 1990 was valid in all respects, and the validity of the warrant has not been assailed in any other way. Thus, even if the appellant had a subsisting privacy interest in the hair samples, they were seized pursuant to a properly issued warrant. The validity of that warrant has not been directly challenged.

#### IV. Disposition

In the result, the appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: G. D. McKinnon, Q.C., Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

Le juge du procès a examiné la question de la validité du consentement à l'utilisation des échantillons de cheveux et de poils. Il a estimé que le consentement était valide et, compte tenu de la preuve dont il disposait, il était fondé à tirer cette conclusion. Dans ces circonstances, sa décision devrait être acceptée.

Toutefois, pour les fins du présent pourvoi, il est inutile de se demander si, après avoir consenti inconditionnellement au prélèvement des échantillons par les policiers, l'appelant a pu conserver un droit au respect de sa vie privée à l'égard de ces échantillons ou des renseignements susceptibles d'en être tirés. Les policiers ont saisi les échantillons au laboratoire de la GRC en 1993 en vertu d'un mandat de perquisition. L'appelant a plaidé que l'invalidité du consentement donné le 26 juillet 1990 saperait la légalité du mandat, mais le consentement donné en 1990 était valide à tous égards, et la validité du mandat n'a été attaquée d'aucune autre façon. Par conséquent, même si l'appelant avait encore quelque droit au respect de sa vie privée en ce qui concerne les échantillons de cheveux et de poils, ces échantillons ont été saisis en vertu d'un mandat décerné régulièrement. La validité de ce mandat n'a pas été contestée directement.

#### IV. Le dispositif

En définitive, le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: G. D. McKinnon, c.r., Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General  
for Alberta: The Attorney General for Alberta,  
Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta,  
Edmonton.*