

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Paul Trevor Calnen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. CALNEN**

**2019 SCC 6**

File No.: 37707.

2018: February 12; 2019: February 1.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Circumstantial evidence — After-the-fact conduct — Accused charged with second degree murder in death of domestic partner — Evidence of accused's after-the-fact conduct adduced at trial — Whether after-the-fact conduct admissible to prove requisite intent for second degree murder.*

*Criminal law — Charge to jury — After-the-fact conduct — General propensity reasoning — Evidence of accused's discreditable conduct prior to and after victim's death adduced at his trial for murder — Whether trial judge properly instructed jury on use of after-the-fact conduct — Whether trial judge was required to provide limiting instruction against use of general propensity reasoning given evidence of accused's discreditable conduct.*

The accused was charged with second degree murder and with indecent interference with human remains in the death of his domestic partner. He pled guilty to the interference charge, and was found guilty of second degree murder by a jury. The murder conviction was set aside by the Court of Appeal and a new trial was ordered on a charge of manslaughter. The majority of the Court of Appeal held that the trial judge had failed to properly instruct the jury on the use of evidence of the accused's after-the-fact conduct, which included evidence that the accused had moved, burned, and disposed of his partner's

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Paul Trevor Calnen** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CALNEN**

**2019 CSC 6**

N° du greffe : 37707.

2018 : 12 février; 2019 : 1<sup>er</sup> février.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve circonstancielle — Comportement après le fait — Accusé inculpé pour le meurtre au deuxième degré de sa compagne — Présentation lors du procès d'éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l'accusé — Le comportement après le fait est-il admissible pour prouver l'intention requise dans le cas d'un meurtre au deuxième degré?*

*Droit criminel — Exposé au jury — Comportement après le fait — Raisonnement fondé sur la propension générale — Présentation lors de son procès pour meurtre d'éléments de preuve concernant la conduite déshonorante adoptée par l'accusé avant et après le décès de la victime — Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury concernant l'utilisation du comportement après le fait? — Le juge du procès était-il tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale compte tenu de la preuve de conduite déshonorante de l'accusé?*

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et d'indécence envers des restes humains relativement au décès de sa compagne. Il a plaidé coupable à l'accusation d'indécence et un jury l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre, et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont estimé que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées quant à l'utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait

body, as it related to proof of intent for second degree murder.

*Held* (Martin J. dissenting in part and Karakatsanis J. dissenting): The appeal should be allowed and the accused's conviction for second degree murder restored.

*Per* Moldaver, Gascon and Rowe JJ.: There is agreement with Martin J. that the evidence of the accused's after-the-fact conduct was admissible as circumstantial evidence on both the issue of causation and the mental element for second degree murder. However, there is disagreement with Martin J. on the question of whether the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning. Although the trial judge could have given such an instruction, the fact that he did not do so does not amount to reversible error. When the trial judge's charge is considered fairly, contextually, and as a whole, the jury was properly equipped to decide the case in the absence of such an instruction.

There is agreement with Martin J.'s articulation of the legal principles governing the admissibility of discreditable conduct evidence and its potential for moral and reasoning prejudice. However, there is disagreement with her application of those principles to the facts of this case. Allegations of non-direction amounting to misdirection must be assessed contextually, in line with the facts and circumstances of the particular case. At trial, the Crown led relevant and admissible evidence of discreditable conduct on the accused's part that was extrinsic to the offence charged and which can be divided temporally into two broad categories: conduct which preceded the victim's death and conduct which ensued it. This evidence did not pose such an elevated risk of propensity reasoning that the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning.

First, the risk that the jury would engage in general propensity reasoning based on the evidence of the accused's after-the-fact conduct was considerably offset by the trial judge's introductory and final jury instructions, which were neutral, fair and balanced. The trial judge's opening

de l'accusé — preuve tendant notamment à démontrer que l'accusé avait déplacé et brûlé le corps de sa compagne et qu'il s'en était départi — en rapport avec la preuve de l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré.

*Arrêt* (la juge Martin est dissidente en partie et la juge Karakatsanis est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé est rétablie.

*Les juges* Moldaver, Gascon et Rowe : Il y a accord avec la juge Martin pour dire que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l'accusé étaient admissibles comme preuve circonstancielle tant sur la question du lien de causalité que sur celle de l'élément moral requis pour un meurtre au deuxième degré. Toutefois, il y a désaccord avec la juge Martin pour ce qui est de savoir si le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. Même si le juge du procès pouvait donner une telle directive, son défaut de le faire ne constitue pas une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. En examinant l'exposé du juge du procès au jury de façon juste et globale tout en tenant compte du contexte, il est possible de constater que les jurés étaient bien outillés pour trancher l'affaire même s'ils n'avaient pas reçu une telle directive.

Il y a accord avec l'énoncé que la juge Martin fait des principes de droit régissant l'admissibilité des éléments de preuve de conduite déshonorante et du risque que ceux-ci causent un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. Toutefois, il y a désaccord quant à l'application qu'elle fait de ces principes aux faits de la présente affaire. Chaque cas présumé d'absence de directives équivalant à des directives erronées doit être examiné en contexte, en fonction des faits et des circonstances qui lui sont propres. Au procès, la Couronne a présenté des éléments de preuve pertinents et admissibles relatifs à la conduite déshonorante de l'accusé qui portaient sur des faits extrinsèques à l'infraction reprochée à ce dernier et qui peuvent être répartis chronologiquement en deux grandes catégories : le comportement qui a précédé la mort de la victime et celui qui l'a suivie. Ces éléments de preuve ne comportaient pas un risque si élevé de raisonnement fondé sur la propension que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le raisonnement fondé sur la propension générale.

Premièrement, le risque que le jury tienne un raisonnement fondé sur la propension générale en s'appuyant sur les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de l'accusé était considérablement atténué par les directives préliminaires et les directives finales données

instructions and his answer to a question from the jury insulated the jury from reasoning that the accused's guilty plea to indecent interference with the victim's remains meant it was more likely that he committed second degree murder. Furthermore, when the trial judge's final instructions are read fully and fairly, it is clear that he properly equipped the jury to make reasonable inferences from the circumstantial evidence without resorting to specious reasoning or speculation.

Second, experienced defence counsel, well aware of the issue of potential propensity reasoning, did not raise that issue, much less seek a limiting instruction, during the pre-charge conference while vetting the proposed final jury instructions. Defence counsel was in the best position to assess whether, in the concrete reality of the case at hand, a limiting instruction against general propensity reasoning was desirable. His failure to object to the absence of limiting instructions may be taken as an indication that he felt such an instruction would not have been in the accused's interest and that it was a deliberate tactical decision. These considerations weigh heavily against concluding that the charge was deficient.

Rather than seeking a limiting instruction against general propensity reasoning, the accused adopted a strategy of using the discreditable conduct to bolster the credibility of his exculpatory statement and re-enactment, upon which his defence of accidental death rested. That the defence adopted a deliberate strategy to use the discreditable conduct evidence to its own advantage is an important factor that distinguishes this case from others where the discreditable conduct evidence plays no part in the defence theory and is little more than a breeding ground for the moral and reasoning prejudice about which Martin J. expresses concern. Given the strategy adopted by the defence, a limiting instruction against general propensity reasoning would have risked highlighting the negative impact of the accused's discreditable conduct on his credibility and thereby unravelling his defence — a risk which the defence chose not to take. The defence made a legitimate tactical decision at trial and lost and it must live with the consequences of that decision. The accused had a fair trial. The jury instructions, which both Crown and defence counsel evidently considered to be fair and balanced,

par le juge du procès au jury, lesquelles étaient neutres, justes et équilibrées. Les directives préliminaires du juge du procès et la réponse qu'il a donnée à une question du jury ont protégé le jury contre tout raisonnement selon lequel le plaidoyer de culpabilité de l'accusé à l'égard de l'accusation d'indécence envers les restes de la victime signifiait qu'il était davantage probable que ce dernier ait commis un meurtre au deuxième degré. Par ailleurs, une lecture équitable de l'ensemble des directives finales permet de constater que le juge du procès a bien outillé le jury pour qu'il tire des inférences raisonnables de la preuve circonstancielle sans recourir à un raisonnement spécieux ou à des hypothèses.

Deuxièmement, l'avocat de la défense, qui était expérimenté et bien conscient du risque d'un raisonnement fondé sur la propension, n'a pas soulevé cette question — et il a encore moins demandé une directive restrictive — lorsqu'il a été appelé à examiner la version finale du projet de directives à présenter au jury lors de la conférence préalable à l'exposé. L'avocat de la défense était la personne la mieux placée pour décider, eu égard à la réalité concrète de l'affaire en cause, si une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale était souhaitable. Le défaut de l'avocat de la défense de s'opposer à l'absence de directives restrictives peut également être interprété comme une indication que, selon lui, une telle directive n'était pas dans l'intérêt de l'accusé et qu'il s'agissait d'une décision stratégique prise de propos délibéré. Ces considérations militent fortement contre la conclusion que l'exposé au jury était insuffisant.

Plutôt que de demander une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, l'accusé a adopté la stratégie consistant à utiliser sa conduite déshonorante pour renforcer la crédibilité de sa déclaration et de sa reconstitution des faits, toutes deux disculpatoires, qui constituaient le fondement de sa défense de mort accidentelle. Le fait que la défense a délibérément adopté comme stratégie d'utiliser à son propre avantage les éléments de preuve de conduite déshonorante est un facteur important qui distingue la présente espèce d'autres affaires où la preuve relative à la conduite déshonorante ne joue aucun rôle dans la thèse de la défense et n'est guère plus qu'un terrain fertile pour le préjudice moral et le préjudice par raisonnement au sujet desquels la juge Martin exprime des craintes. Compte tenu de la stratégie adoptée par la défense, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait risqué de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de l'accusé sur la crédibilité de ce dernier, faisant ainsi voler en éclats sa défense, un

properly equipped the jury with the tools they needed to decide the case before it and, in particular, adequately guarded against the risk of general propensity reasoning. That they could have been more fulsome is not the issue. In the circumstances, the principle of finality must prevail.

*Per* Martin J. (dissenting in part): The after-the-fact conduct evidence in this case was admissible for the purposes of determining both causation and intent and the jury charge was sufficient to explain the uses that could be made of this after-the-fact conduct evidence and the possible general risks that it posed. However, there is disagreement with the majority that the jury instructions adequately guarded against the risk of propensity reasoning. The jury ought to have been warned about the specific risks of prohibited propensity reasoning associated with the after-the-fact conduct, as well as other evidence about the accused's character, conduct and lifestyle. The appeal should therefore be allowed in part. The decision of the Court of Appeal to set aside the accused's second degree murder conviction should be upheld, however, a new trial should be ordered on the charge of second degree murder.

After-the-fact conduct encompasses what the accused both said and did after the offence charged in the indictment was allegedly committed and it is highly context and fact specific. After-the-fact conduct is circumstantial evidence and like other forms of circumstantial evidence, it allows a fact finder to draw particular inferences based on a person's words or actions. A range of inferences may be drawn from the after-the-fact conduct evidence but in order to draw inferences, the decision maker relies on logic, common sense, and experience. It will be for the jury or judge to determine which inferences they accept and the weight they ascribe to them. When evidence is admissible for one purpose, but not for another, the finder of fact, whether judge or jury, needs to be mindful of and respectful of its permissible and impermissible uses. In such cases, a specific instruction to a jury that certain

risque que la défense a préféré ne pas courir. La défense a pris une décision légitime d'ordre stratégique lors du procès et elle a perdu. Elle doit assumer les conséquences de sa décision. L'accusé a joui d'un procès équitable. Les directives au jury, que le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense ont, de toute évidence, tous les deux jugées justes et équilibrées, ont fait en sorte que les jurés étaient bien outillés pour trancher l'affaire dont ils étaient saisis et, en particulier, qu'ils étaient adéquatement protégés contre les dangers d'un raisonnement fondé sur la propension générale. Le fait que l'exposé aurait pu être plus complet n'est pas la question. Eu égard aux circonstances de l'espèce, le principe du caractère définitif des décisions doit avoir préséance.

*La* juge Martin (dissidente en partie) : La preuve relative au comportement après le fait en l'espèce était admissible pour ce qui est d'établir le lien de causalité et l'intention, et l'exposé au jury était suffisant pour expliquer les utilisations qui pouvaient être faites de ces éléments de preuve et les risques éventuels qu'ils comportaient en général. Il y a toutefois désaccord avec les juges majoritaires lorsque ces derniers affirment que les directives au jury protégeaient suffisamment le jury contre les risques d'un raisonnement fondé sur la propension. Il aurait fallu mettre le jury en garde contre les risques précis que pose le raisonnement interdit fondé sur la propension en ce qui concerne le comportement après le fait en question, de même que d'autres éléments de preuve relatifs à la moralité, au comportement et au mode de vie de l'accusé. Le pourvoi devrait donc être accueilli en partie. Il y a lieu de confirmer la décision de la Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé, mais la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré.

Le comportement après le fait englobe tant ce que l'accusé a dit que ce qu'il a fait après qu'il aurait été commise l'infraction reprochée dans l'acte d'accusation et il est largement tributaire du contexte et des faits. La preuve relative au comportement après le fait est circonstancielle et, comme toute autre preuve circonstancielle, elle permet au juge des faits de tirer des inférences particulières en se fondant sur les paroles ou les actes de l'intéressé. Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait permettent de tirer une foule d'inférences, mais pour pouvoir tirer de telles inférences, le décideur se fonde sur la logique, le bon sens et l'expérience. Il appartiendra au jury ou au juge de déterminer quelles inférences il est prêt à tirer et le poids qu'il leur attribue. Lorsqu'un élément de preuve est admissible à une fin, mais non à une autre, le juge des faits — le juge ou le jury — doit être conscient

evidence has a limited use or is of no probative value on a particular issue is required.

After-the-fact conduct evidence may give rise to imprecise reasoning because of its temporal element and may encourage decision makers to jump to questionable conclusions. To meet the general concern that such evidence may be highly ambiguous and susceptible to jury error, the jury must be told to take into account alternative explanations for the accused's behaviour. In this way, jurors are instructed to avoid a mistaken leap from such evidence to a conclusion of guilt when the conduct may be motivated by and attributable to panic, embarrassment, fear of false accusation, or some other innocent explanation. Trial judges should also consider whether any further specific limiting instruction or cautions may be required to counter any of the specific reasoning risks associated with the particular after-the-fact conduct at issue.

There is no legal impediment to using after-the-fact conduct evidence in determining the accused's intent. Whether or not a given instance of after-the-fact conduct has probative value with respect to the accused's level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial. What steps were taken, when they were taken, and at what risk may all be factors to consider when assessing the nature of the conduct in a particular case. Finally, when assessing the actions of an accused and the inferences that may be drawn from the after-the-fact conduct at the admissibility or no probative value stage, the trial judge may take into account the disproportionality between the explanation proffered and the conduct at issue.

It is an error to relegate after-the-fact conduct evidence to a supporting or secondary role and there is a need to maintain the distinction between the threshold admissibility of evidence and the separate issue of whether the Crown has met its ultimate burden of establishing guilt of the accused beyond a reasonable doubt. The test for the admission of evidence is first focused on relevance and the tendency of the evidence to make the proposition

et respectueux des utilisations permises et non permises de cette preuve. Dans de tels cas, le juge devra donner au jury une directive pour préciser qu'un élément de preuve donné ne peut faire l'objet que d'une utilisation limitée ou qu'il n'a aucune valeur probante relativement à une question en particulier.

Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent susciter un raisonnement imprécis en raison de leur aspect temporel et encourager les décideurs à tirer de façon précipitée des conclusions discutables. Pour répondre à la crainte répandue suivant laquelle les éléments de preuve de ce type peuvent être très ambigus et induire le jury en erreur, il faut appeler le jury à prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé. Les jurés reçoivent ainsi pour directive d'éviter de commettre l'erreur consistant à conclure trop hâtivement à la culpabilité en se fondant sur la preuve relative au comportement après le fait, alors que ce comportement peut être motivé ou expliqué par une raison légitime, telles la panique, la gêne ou la crainte d'être accusé à tort. Les juges du procès devraient aussi se demander s'ils doivent adresser aux jurys d'autres directives restrictives ou mises en garde de nature particulière afin d'atténuer tout risque de raisonnement particulièrement associé au comportement après le fait en cause.

Il n'y a aucun obstacle juridique à l'utilisation d'éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer l'intention de l'accusé. La valeur probante de la preuve du comportement après le fait à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. Les mesures qui ont été prises, le moment où elles l'ont été et le risque encouru pour les prendre peuvent tous être des facteurs à prendre en compte lorsque l'on apprécie la nature du comportement dans une situation en particulier. Enfin, dans son appréciation des gestes de l'accusé et des inférences qui peuvent être tirées du comportement après le fait au stade de l'admissibilité ou de l'absence de valeur probante, le juge du procès peut prendre en compte la disproportion entre l'explication offerte et les gestes en cause.

Reléguer les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait à un rôle de soutien ou à un rôle secondaire est une erreur, et il est aussi essentiel de conserver la distinction entre la norme minimale d'admissibilité de la preuve et la question distincte de savoir si la Couronne s'est acquittée de son fardeau ultime consistant à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Le critère régissant l'admissibilité de la preuve s'intéresse en

for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence. It is at the end of the case, when all the evidence has been heard, that the fact finder is required to determine how much, if any, weight they will place on this evidence, how it fits with other evidence, and whether, based on the totality of the evidence, the Crown has proved the charges beyond a reasonable doubt. The absence of supporting physical evidence does not, as a general rule, make the inference sought speculative. If the totality of the evidence satisfies the chain of reasoning for a particular inference, then that inference is available — regardless of whether supporting physical evidence is part of the evidentiary record.

The mere existence of two or more plausible explanations for given after-the-fact conduct does not make that conduct equally consistent with those explanations such that a proffered inference may lose its probative force. The fact that multiple explanations can be produced for after-the-fact conduct does not automatically mean that that conduct is equally consistent with multiple offences — it simply means that alternative explanations exist and are arguable. As long as the evidence is more capable of supporting the inference sought than the alternative inferences, then it is up to the fact finder, after considering all explanations, to determine what, if any, inference is accepted, and the weight, if any, to be provided to a piece of circumstantial evidence.

Here, the nature of the conduct (the accused's successful destruction of the deceased's body and with it any evidence of her injuries), its relationship to the evidentiary record (which includes evidence of a relationship fraught with discord, including violence and threats of suicide), and the issues raised at trial (the Crown's theory that the accused destroyed the body to hide the nature and extent of the injuries) indicate that the evidence was relevant to the accused's level of culpability. The after-the-fact conduct evidence makes the proposition — that the accused intended to cause the deceased bodily harm knowing that it was likely to cause her death and was reckless as to whether death ensued — more likely than that proposition would be in the absence of this evidence. It was open to the trial judge to determine that the accused's attempts to conceal and destroy the deceased's body were out of all proportion to either the claim that this was an accidental death and/or to the offence of manslaughter. The relevant, reasonable and rational inference that the jury could draw regarding the accused's level of culpability, on the basis

premier lieu à la pertinence et à la question de savoir si la preuve tend, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, à rendre la thèse qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans elle. C'est au terme du procès, lorsqu'il a entendu toute la preuve, que le juge des faits est appelé à se prononcer sur le poids, s'il en est, de cette preuve, et qu'il décide comment elle s'insère avec le reste de la preuve, et si, vu l'ensemble de la preuve, la Couronne a fait la preuve des actes reprochés hors de tout doute raisonnable. En règle générale, l'absence d'éléments de preuve matérielle corroborante ne rend pas hypothétique l'inférence souhaitée. Si l'ensemble de la preuve satisfait au raisonnement menant à une inférence en particulier, cette inférence peut alors être tirée, qu'il y ait ou non une preuve matérielle corroborante au dossier.

Le simple fait qu'il existe deux ou plusieurs explications plausibles pour un comportement après le fait donné ne rend pas ce comportement tout aussi compatible avec ces explications au point de faire perdre sa force probante à l'inférence proposée. Le fait que diverses explications peuvent être avancées pour un comportement après le fait ne signifie pas automatiquement que ce comportement est tout aussi compatible avec la perpétration de multiples infractions; cela signifie simplement qu'il existe d'autres explications et qu'elles sont défendables. Dès lors que la preuve est plus susceptible d'étayer l'inférence souhaitée que les autres inférences, il appartient au juge des faits, après avoir tenu compte de toutes les explications avancées, de décider s'il y a lieu le cas échéant d'accepter une inférence et le poids, s'il en est, qu'il accorde à un élément de preuve circonstancielle.

En l'espèce, la nature du comportement de l'accusé (le fait qu'il a réussi à détruire le cadavre de la défunte et, du même coup, tout élément de preuve portant sur les blessures qu'elle a subies), son lien avec le dossier de la preuve (qui révèle notamment une relation de couple marquée par la discorde, des actes de violence et des menaces de suicide), et les questions soulevées au procès (la thèse de la Couronne selon laquelle l'accusé avait détruit le corps pour cacher la nature et la gravité des blessures) indiquent que la preuve était pertinente à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé. La preuve relative au comportement après le fait tend à rendre la proposition en cause — suivant laquelle l'accusé avait l'intention d'infliger à la défunte des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non — plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans cette preuve. Il était loisible au juge du procès de déterminer que les mesures prises par l'accusé pour tenter de dissimuler et de détruire le cadavre de la défunte étaient démesurées par rapport à l'allégation qu'il s'agissait d'un

of the after-the-fact conduct evidence, is that the accused concealed and destroyed the deceased's body in order to conceal the nature and extent of her injuries and the degree of force required to inflict them. His successful destruction of this evidence is out of all proportion to the explanation put forward of an accident and could support the inference that the accused sought to conceal this evidence and to hide not only the existence of a crime, but its extent.

Trial judges bear the ultimate responsibility for the content, accuracy and fairness of the jury charge, but both Crown and Defence counsel are obliged to assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge's instructions to the jury. Jury charges do not have to adhere to prescriptive formulas — it is the substance of the charge that matters. There is agreement with the majority that the jury charge in this case adequately guarded against the risks that are generally associated with after-the-fact conduct evidence. The jury instructions adequately differentiated between using the after-the-fact conduct evidence in relation to causation and intent.

This case, however, would be very close to the line when it came to determining whether the Crown met its ultimate burden of establishing each constituent element of second degree murder beyond a reasonable doubt. There was no evidence as to the cause of death other than the accused's statement and his after-the-fact conduct. The case was based on circumstantial evidence and the jury was asked to engage in inferential reasoning and there were reasonable inferences other than murder which could be drawn from the evidence. Further, the fine line between innocence and guilt was reflected in the fact that not only were the judges divided on the main legal issues, but the accused was discharged at a preliminary inquiry.

In admitting the contested after-the-fact conduct evidence, the trial judge correctly decided that the probative value of the evidence outweighed its prejudicial effects. However, the conclusion that the evidence was more probative than prejudicial did not negate the trial judge's responsibility to meet and address any specific propensity prejudice of that evidence in the jury charge. Clear

décès accidentel ou à l'infraction d'homicide involontaire coupable. L'inférence pertinente, raisonnable et rationnelle que le jury pouvait tirer au sujet du degré de culpabilité de l'accusé, compte tenu de la preuve relative au comportement après le fait, est que l'accusé a dissimulé et détruit le corps de la défunte afin de dissimuler la nature et la gravité de ses blessures et le degré de force requis pour les infliger. Sa destruction de ces éléments de preuve est démesurée par rapport à l'explication d'accident qu'il a avancée et serait susceptible d'étayer l'inférence suivant laquelle l'accusé a tenté de dissimuler ces éléments de preuve et de camoufler non seulement l'existence d'un crime, mais sa gravité.

C'est au juge du procès qu'incombe en définitive la teneur, la justesse et l'équité de l'exposé qu'il présente au jury, mais tant le procureur de la Couronne que l'avocat de la défense ont l'obligation d'assister le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu'ils estiment problématiques. Il n'est pas nécessaire que l'exposé au jury respecte des formules consacrées; c'est la teneur de l'exposé qui compte. Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que l'exposé au jury en l'espèce mettait suffisamment en garde le jury contre les risques généralement associés à une preuve relative au comportement après le fait. Les directives au jury ont adéquatement fait la distinction entre l'utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait selon qu'il s'agissait du lien de causalité ou de l'intention.

Cependant, la présente affaire frôlerait la limite lorsqu'il s'agit de juger si la Couronne s'est acquittée ou non du fardeau ultime qui lui incombait consistant à établir chacun des éléments constitutifs du meurtre au deuxième degré hors de tout doute raisonnable. Il n'y avait aucun élément de preuve quant à la cause du décès, hormis la déclaration de l'accusé et son comportement après le fait. Le dossier reposait sur de la preuve circonstancielle et on a demandé au jury de se livrer à un raisonnement inférentiel. Par ailleurs, la preuve permettait de tirer d'autres inférences raisonnables que le meurtre. De plus, la fine ligne séparant innocence et culpabilité est également illustrée non seulement par le fait que les juges étaient divisés sur les principales questions de droit, mais également par le fait que l'accusé a été libéré lors de l'enquête préliminaire.

En admettant la preuve contestée de comportement après le fait, le juge du procès a correctement décidé que la valeur probante de la preuve l'emportait sur ses effets préjudiciables. Toutefois, la conclusion selon laquelle la preuve était plus probante que préjudiciable ne déchargeait pas le juge de sa responsabilité de reconnaître et de traiter tout préjudice particulier fondé sur la suspension de cette

instructions to the jury about the uses that they could and could not make of the discreditable conduct evidence were essential. The after-the-fact conduct evidence, while admissible for the purposes of causation and intent, bore all the hallmarks of propensity evidence that could, absent proper limiting instructions, import both moral prejudice and reasoning into the jury's analysis. The nature of the accused's after-the-fact conduct was likely to elicit a strong emotional reaction in the jurors. Burning the deceased's body was morally and viscerally repugnant. The disturbing nature of the conduct was made clear to the jury. The nature of the evidence, while admissible, ushered in a significant risk that the accused would be convicted of second degree murder not because the jury had concluded beyond a reasonable doubt that he had killed the deceased, but because his after-the-fact conduct had convinced the jurors that he was the sort of person who would kill. There was the further risk of reasoning prejudice. As the jurors assessed whether the totality of the evidence established causation and intent beyond a reasonable doubt, they were likely to be experiencing the precise mix of revulsion and condemnation that could deflect them from a rational and dispassionate analysis of the evidence. Without an express limiting instruction, jurors cannot be expected to know that at the same time that they are being told to use common sense, they are in fact prohibited from engaging in what many jurors may also see as just another form of common sense reasoning: propensity reasoning. The reason judges caution against propensity reasoning is precisely because this form of thinking is recognized as being so intuitive and powerful. In this instance, the jurors could not have understood the potentially poisonous nature of propensity evidence, and the manner in which the law has circumscribed its use, without an express instruction on the issue.

The failure of the trial judge to provide a limiting instruction on propensity reasoning is best seen here as an error of law under s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. There is an undeniable connection between the allegation of an unreasonable verdict and an error of law, because the error of law meant the jury was not properly instructed and was not, therefore, equipped to reach a reasonable verdict. Given that this was an error of law, the Crown would be able to rely on the curative proviso if the legal error was harmless or if the evidence against the accused was so

preuve dans son exposé au jury. Des directives claires aux jurés sur les utilisations qu'ils pouvaient — et ne pouvaient pas — faire des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante étaient essentielles. Même si la preuve était admissible pour ce qui est d'établir le lien de causalité et l'intention, elle avait tous les traits de preuve de propension qui pourrait, en l'absence de directives restrictives adéquates, importer un préjudice moral et un préjudice par raisonnement dans l'analyse du jury. Le comportement après le fait de l'accusé était susceptible de provoquer une forte réaction émotive chez les jurés. L'acte de brûler la dépouille de la défunte était moralement et viscéralement révoltant. Le caractère troublant des actes a été clairement exposé au jury. La nature de la preuve, même si celle-ci était admissible, faisait ainsi naître un risque important que l'accusé soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, non pas parce que le jury avait conclu hors de tout doute raisonnable qu'il avait tué la défunte, mais parce que son comportement après le fait avait convaincu les jurés qu'il était le genre de personne qui tuerait. Il y avait par ailleurs le risque de préjudice par raisonnement. Alors que les jurés évaluaient la question de savoir si la preuve dans son ensemble établissait les éléments du lien de causalité et de l'intention hors de tout doute raisonnable, ils éprouvaient vraisemblablement le mélange précis de répugnance et de réprobation qui risquerait de les détourner d'une analyse rationnelle et objective de la preuve. Sans directive restrictive explicite, on ne peut s'attendre à ce que les jurés sachent que, en même temps qu'on les invite à faire preuve de bon sens, il leur est en fait interdit de se livrer à ce que plusieurs d'entre eux peuvent simplement percevoir comme une autre forme de raisonnement fondé sur le bon sens : le raisonnement fondé sur la propension. La raison pour laquelle les juges procèdent à des mises en garde contre un raisonnement fondé sur la propension est précisément parce qu'il est bien connu que cette manière de raisonner est intuitive et puissante. En l'espèce, faute de directive explicite sur la question, les jurés ne pouvaient pas avoir compris le caractère potentiellement pernicieux de la preuve fondée sur la propension et la manière dont le droit en a circonscrit l'utilisation.

Dans la présente affaire, il convient de qualifier d'erreur de droit pour l'application du sous-al. 686(1)a(ii) du *Code criminel* le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive sur le raisonnement fondé sur la propension. Il existe un lien indéniable entre l'allégation de verdict déraisonnable et l'existence d'une erreur de droit, parce qu'en raison de cette erreur de droit, le jury n'a pas reçu de directives appropriées et, de ce fait, il n'était pas outillé pour rendre un verdict raisonnable. Comme il s'agissait d'une erreur de droit, il serait loisible à la

overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In this case, however, the legal error was not harmless. Even though a jury charge does not have to be perfect, and this was a single omission in a comprehensive charge, the trial judge's failure to provide a limiting instruction on propensity resulted in a jury that was not properly instructed to assess the key piece of evidence supporting the Crown's theory of guilt. Further, the evidence was not such that the jury would inevitably convict on second degree murder. It was open to the jury to conclude that the evidence did not establish any criminal culpability. A verdict of not guilty, or guilty on manslaughter, rather than murder, was also possible in this case. The reasonableness of any verdict of second degree murder could only be assessed if jurors knew they could not reason that because the accused destroyed the deceased's body in the manner that he did, he was the type of person who would have murdered her. The trial judge's instructions were not correct in law on this point and the remedy is not an acquittal, but a new trial.

There is disagreement with the majority that Defence counsel's failure to request a limiting instruction against general propensity reasoning at the pre-charge conference may reasonably be taken as an indication that Defence counsel considered the charge to be satisfactory and that a limiting instruction would not be in his client's interests. Great caution needs to be used when speculating about why counsel acted in a particular manner at trial. Whether the Defence counsel's decisions were tactical or not, a lawyer's position on the appropriate parameters of a jury charge, driven by tactical considerations, cannot change the law that a jury that engages in propensity reasoning is a jury that is not acting judicially.

Lastly, the principle of finality does not come into play in the manner framed by the majority. This is not a case in which the Defence made a legitimate tactical decision at trial and lost. Rather, this is a case in which regardless of the Defence counsel's tactical decisions, the jury was not properly instructed and was therefore unable to reach a reasonable verdict. At stake was nothing less than the

Couronne d'invoquer la disposition réparatrice si l'erreur en question était inoffensive ou si la preuve contre l'accusé était à ce point accablante que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité. Toutefois, l'erreur de droit en l'espèce n'était pas inoffensive. Même si l'exposé fait à un jury n'a pas à être parfait et qu'il s'agit en l'occurrence d'une seule omission dans un exposé par ailleurs étoffé, le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive au sujet du raisonnement fondé sur la propension a plutôt fait en sorte que le jury n'a pas reçu de directives appropriées lui permettant d'évaluer le principal élément de preuve présenté par la Couronne pour conclure à la culpabilité de l'accusé. De plus, la preuve n'était pas telle que le jury reconnaîtrait forcément l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Il était loisible au jury de conclure que la preuve n'établissait aucune culpabilité criminelle. Un verdict de non-culpabilité, ou de culpabilité d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre, était aussi possible dans cette affaire. Le caractère raisonnable d'un verdict quant à l'accusation de meurtre au deuxième n'aurait pu être évalué que si les jurés savaient qu'il leur était interdit de tenir un raisonnement suivant lequel, parce qu'il a détruit le corps de la défunte comme il l'a fait, l'accusé était le type de personne qui l'aurait tuée. Les directives du juge du procès à cet égard n'étaient pas conformes aux règles de droit et la réparation à accorder n'est pas un acquittement, mais un nouveau procès.

Il y a désaccord avec les juges majoritaires lorsqu'ils affirment que le défaut de l'avocat de la défense de s'opposer, au motif que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, peut raisonnablement être interprété comme une indication que l'avocat de la défense estimait que l'exposé était satisfaisant et qu'une directive restrictive ne servirait pas l'intérêt de son client. Il convient de faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu'on spéculé au sujet des raisons pour lesquelles un avocat a agi d'une façon particulière au procès. Peu importe que les décisions de l'avocat de la défense fussent stratégiques ou non, la position de l'avocat sur les paramètres appropriés de l'exposé au jury, motivée par des considérations stratégiques, ne saurait modifier la loi, qui prévoit que le jury qui se livre à un raisonnement fondé sur la propension est un jury qui n'agit pas de façon judiciaire.

Enfin, le principe du caractère définitif des décisions n'entre pas en ligne de compte de la manière évoquée par les juges majoritaires. Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle la défense a pris une décision légitime d'ordre stratégique et a perdu. Il s'agit plutôt d'une affaire dans laquelle, indépendamment des décisions que l'avocat de la défense a pu prendre pour des raisons d'ordre stratégique,

accused's right to a fair trial based on lawful reasoning. Where an individual is at risk of wrongful conviction, the principle of trial fairness outweighs that of finality as it is a fundamental principle of justice, protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that the innocent must not be convicted. In the case at bar, the jury was presented with highly prejudicial conduct evidence and was not adequately instructed on the prohibited uses of that evidence. The risk that the jury engaged in propensity reasoning is real and directly undermined the accused's right to be presumed innocent until proven guilty. In such circumstances, the principle of finality cannot, and does not, supersede the accused's right to a fair trial.

*Per Karakatsanis J. (dissenting):* There is agreement with the general principles set out by Martin J. regarding the admissibility of after-the-fact conduct, but there is disagreement with Martin J. and the majority on the application of those principles to the evidence in this case. The evidence in this case was not probative of intent for murder and a directed verdict of acquittal should have been granted. The appeal should be dismissed.

Evidence of after-the-fact conduct is not fundamentally different from other types of circumstantial evidence and may be used to demonstrate culpability. In certain circumstances, it may also be used to ground an inference with respect to an accused's degree of culpability; that is, whether the accused had the *mens rea* required for a given offence. However, its relevance and probative value must be assessed on a case-by-case basis. Whether or not after-the-fact conduct is probative with respect to an accused's intent for a specific offence depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised. To be relevant, such evidence must have some tendency to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence. However, if conduct could be equally explained by or equally consistent with two or more offences, it is not probative with respect to determining guilt as between the offences. Admissibility of evidence as to the state of the accused's mind at the time of the offence turns on whether the after-the-fact conduct is capable of being more consistent with intent for murder

le jury n'a pas reçu de directives appropriées et n'était donc pas en mesure de rendre un verdict raisonnable. Ce qui était en jeu n'était rien de moins que le droit de l'accusé à un procès équitable basé sur un raisonnement légitime. Lorsqu'il existe un risque que quelqu'un soit déclaré coupable injustement, le principe de l'équité du procès l'emporte sur le principe du caractère définitif, étant donné que la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l'espèce, le jury a été saisi d'éléments de preuve relatifs au comportement qui étaient extrêmement préjudiciables et il n'a pas reçu de directives appropriées sur les utilisations interdites de ces éléments de preuve. Le risque que le jury se soit livré à un raisonnement fondé sur la propension est bien réel et il a porté directement atteinte au droit de l'accusé d'être présumé innocent jusqu'à preuve du contraire. Dans ces conditions, le principe du caractère définitif des décisions ne saurait avoir préséance sur le droit de l'accusé à un procès équitable.

*La juge Karakatsanis (dissidente) :* Il y a accord avec les principes généraux énoncés par la juge Martin en ce qui concerne l'admissibilité en preuve du comportement après le fait, mais il y a désaccord avec la juge Martin et les juges majoritaires quant à l'application de ces principes aux éléments de preuve présentés en l'espèce. La preuve présentée dans la présente affaire n'avait pas de valeur probante quant à l'intention requise pour commettre un meurtre et un verdict imposé d'acquiescement aurait dû être rendu. Le pourvoi devrait être rejeté.

La preuve relative au comportement après le fait ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle, et elle peut être utilisée pour démontrer la culpabilité. Dans certaines circonstances, elle peut aussi servir pour tirer une inférence au sujet du degré de culpabilité de l'accusé, c'est-à-dire pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise pour une infraction donnée. Toutefois, la pertinence et la valeur probante de cette preuve doivent être appréciées au cas par cas. La valeur probante de la preuve relative au comportement après le fait quant à l'intention de l'accusé à l'égard d'une infraction donnée dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. La preuve satisfait à la norme de la pertinence lorsqu'elle tend d'une façon quelconque à rendre la thèse qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans elle. Cependant, lorsqu'un comportement donné peut s'expliquer tout autant par la perpétration de deux infractions ou plus, ou est tout aussi compatible avec deux infractions ou plus, la preuve n'a aucune valeur probante lorsqu'il s'agit de

than with manslaughter. It falls to the jury to determine whether the conduct was or was not equally consistent with murder and manslaughter beyond a reasonable doubt, if they can do so based on common sense, experience and logic, rather than bare speculation. However, a trial judge does not usurp a jury's function, by determining that the conduct could not, in the circumstances of the case, assist in differentiating between second degree murder and manslaughter, and is thus inadmissible as evidence of the specific intent required for second degree murder.

In this case, the accused's destruction of the deceased's body was inadmissible as evidence of intent for second degree murder. While the accused's conduct in destroying the body is relevant to the issue of whether he unlawfully caused the deceased's death and was admissible for that purpose, it cannot assist in distinguishing between manslaughter and second degree murder. The evidence here did not yield any information about the extent of the injuries. Without evidence to that effect, an inference regarding *mens rea* is grounded on speculation about what the evidence might have revealed about the injuries. There is no logical connection linking the after-the-fact conduct evidence in this case to an intent for second degree murder that does not equally speak to the possibility of manslaughter. It flies in the face of logic to suggest that a person would only go to great lengths to cover up an intentional homicide, but not an unintentional one. Further, the evidence relating to motive and animus here cannot assist the jury in finding that the after-the-fact conduct makes it more likely the accused had the intent for second degree murder rather than manslaughter, because it is equally supportive of both.

There is agreement with Martin J. that the failure to provide instructions warning the jury of the dangers of propensity reasoning requires a new trial in this case. Because the after-the-fact conduct evidence was admissible to show

décider si l'accusé est coupable de l'une ou de l'autre des infractions. L'admissibilité des éléments de preuve quant à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction dépend de la question de savoir si son comportement après le fait est susceptible d'être davantage compatible avec l'intention de commettre un meurtre qu'avec celle de commettre un homicide involontaire coupable. Il incombe au jury de décider si le comportement était ou n'était pas tout aussi compatible avec le meurtre et l'homicide involontaire coupable hors de tout doute raisonnable, dès lors que le jury peut tirer cette conclusion selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, plutôt qu'en se fondant sur de simples hypothèses. Cependant, le juge du procès n'usurpe pas le rôle du jury lorsqu'il conclut que ce comportement ne pouvait être utile pour établir une distinction entre le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable et que ce comportement n'était donc pas admissible pour démontrer l'intention spécifiquement requise pour le meurtre au deuxième degré.

Dans la présente affaire, la destruction, par l'accusé, de la dépouille de la défunte n'était pas admissible en preuve pour démontrer son intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Bien que le comportement qu'a adopté l'accusé en détruisant le cadavre soit pertinent pour savoir si ce dernier a illégalement causé la mort de la défunte, et bien que ce comportement ait été admissible à cette fin, il n'est d'aucune utilité pour distinguer un homicide involontaire coupable d'un meurtre au deuxième degré. La preuve présentée en l'espèce ne fournit aucune information sur l'ampleur des blessures. À défaut de tels éléments de preuve, une inférence concernant la *mens rea* repose sur des hypothèses quant à ce que la preuve aurait pu révéler au sujet des blessures. Il n'existe aucun lien logique entre la preuve relative au comportement après le fait dans la présente affaire et l'intention requise pour le meurtre au deuxième degré qui n'existe pas également entre cette preuve et un possible homicide involontaire coupable. Il est illogique de laisser entendre qu'une personne ne se donnerait autant de mal que pour dissimuler un homicide intentionnel et non un homicide non intentionnel. De plus, les éléments de preuve concernant le mobile et l'animosité ne peuvent aider le jury à conclure qu'il est plus probable, en raison du comportement après le fait, que l'accusé ait eu l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré plutôt qu'un homicide involontaire coupable, parce que ces éléments de preuve sont compatibles tout autant avec l'une ou l'autre de ces infractions.

Il y a accord avec la juge Martin pour dire que l'absence de directives mettant le jury en garde contre les dangers d'un raisonnement fondé sur la propension commande la tenue d'un nouveau procès en l'espèce. Comme la preuve

culpable homicide but not prove second degree murder, the jury required strong direction as to the limitations of its use. The evidence relating to the relationship between the accused and the deceased and to the circumstances surrounding the day of the deceased's death did not provide any evidence upon which a reasonable jury, properly instructed, could find the accused guilty of second degree murder.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Referred to:** *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. vi; *R. v. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382; *R. v. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330; *R. v. Malik*, 2005 CanLII 15453; *R. v. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303; *R. v. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, aff'd 2013 SCC 12, [2013] 1 S.C.R. 565; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328.

By Martin J. (dissenting in part)

*United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Rowbotham*, [1994] 2 S.C.R. 463; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534; *R. v. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130; *R. v. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143; *R. v. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R.

relative au comportement après le fait était admissible pour établir l'homicide coupable, mais non pour prouver le meurtre au deuxième degré, il était nécessaire de donner au jury de solides directives au sujet des limites que comportait son utilisation. Les éléments de preuve concernant les rapports entre l'accusé et la défunte et la situation qui existait le jour de la mort de cette dernière ne constituaient pas des éléments de preuve qui auraient permis à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi; *R. c. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382; *R. c. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330; *R. c. Malik*, 2005 CanLII 15453; *R. c. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303; *R. c. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, conf. par 2013 CSC 12, [2013] 1 R.C.S. 565; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328.

Citée par la juge Martin (dissidente en partie)

*États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Rowbotham*, [1994] 2 R.C.S. 463; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534; *R. c. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130; *R. c. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143; *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S.

26; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. W.H.*, 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180; *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. O'Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581; *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198; *R. v. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222; *R. v. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *R. v. Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668.

By Karakatsanis J. (dissenting)

*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Rodger*son, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 182(b), 235, 548(1), 686(1)(a)(i), (ii), (b)(iii).

### Authors Cited

Paciocco, David M. "Simply Complex: Applying the Law of 'Post-Offence Conduct' Evidence" (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.  
Tanovich, David M. "Angelis: Inductive Reasoning, Post-Offence Conduct and Intimate Femicide" (2013), 99 C.R. (6th) 338.

26; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. W.H.*, 2013 CSC 22, [2013] 2 R.C.S. 180; *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. O'Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198; *R. c. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222; *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236; *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *McMartin c. La Reine*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Rodger*son, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 182b), 235, 548(1), 686(1)a)(i), (ii), b)(iii).

### Doctrine et autres documents cités

Paciocco, David M. « Simply Complex : Applying the Law of "Post-Offence Conduct" Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.  
Tanovich, David M. « Angelis : Inductive Reasoning, Post-Offence Conduct and Intimate Femicide » (2013), 99 C.R. (6th) 338.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J. and Scanlan and Bourgeois J.J.A.), 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362, [2017] N.S.J. No. 232 (QL), 2017 CarswellNS 825 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed, Martin J. dissenting in part and Karakatsanis J. dissenting.

*Jennifer A. MacLellan, Q.C., and Kenneth W. F. Fiske, Q.C., for the appellant.*

*Peter Planetta, for the respondent.*

The judgment of Moldaver, Gascon and Rowe JJ. was delivered by

[1] MOLDAVER J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Martin. In her reasons, my colleague provides a thorough and comprehensive review of the facts, and I see no need to replicate her work.

[2] Furthermore, I agree with Justice Martin, for the reasons she has given, that the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct was admissible as circumstantial evidence on both the issue of causation and the mental element for second degree murder. Accordingly, I also agree with my colleague that it is unnecessary to address the directed verdict issue.

[3] My colleague takes the position that it was essential for the trial judge to provide a limiting instruction against general propensity reasoning — namely, the reasoning that because Mr. Calnen was a person of bad character who engaged in disreputable and morally repugnant conduct, he was more likely to have committed the crime charged. His failure to provide such a limiting instruction, in her view, renders the jury's verdict of second degree murder suspect and warrants a new trial.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Scanlan et Bourgeois), 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362, [2017] N.S.J. No. 232 (QL), 2017 CarswellNS 825 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge Martin est dissidente en partie et la juge Karakatsanis est dissidente.

*Jennifer A. MacLellan, c.r., et Kenneth W. F. Fiske, c.r., pour l'appelante.*

*Peter Planetta, pour l'intimé.*

Version française du jugement des juges Moldaver, Gascon et Rowe rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Martin. Dans ses motifs, ma collègue dresse un portrait rigoureux et exhaustif des faits, et je ne vois pas la nécessité de dupliquer son travail ici.

[2] De plus, je conviens avec la juge Martin, pour les motifs qu'elle a exposés, que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient admissibles comme preuve circonstancielle tant sur la question du lien de causalité que sur celle de l'élément moral requis pour un meurtre au deuxième degré. Par conséquent, je suis également d'accord avec ma collègue pour dire qu'il n'est pas nécessaire d'aborder la question du verdict imposé.

[3] De l'avis de ma collègue, il était essentiel que le juge du procès donne une directive restrictive contre le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale — à savoir le raisonnement suivant lequel, parce qu'il était un individu de mauvaise moralité qui s'était comporté de façon moralement odieuse et déshonorante, M. Calnen était davantage susceptible d'avoir commis le crime qui lui était reproché. Selon elle, le défaut du juge du procès de donner une telle directive restrictive rend suspect le verdict de meurtre au deuxième degré prononcé par le jury et commande la tenue d'un nouveau procès.

[4] As a preliminary matter, I am of the view that the alleged error upon which my colleague would order a new trial is properly characterized as an alleged error of law under s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as opposed to an unreasonable verdict under s. 686(1)(a)(i). The distinction is an important one from the Crown's perspective because in an appropriate case where the error comes within s. 686(1)(a)(ii), the Crown would be able to rely on the curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) — something it could not do if the case truly involved an unreasonable verdict as contemplated under s. 686(1)(a)(i). To be clear, however, this is not a case where the Crown needed to rely on the curative proviso because, as I will explain, there was no legal error that required its use.

[5] On the question of whether the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning, I must respectfully part ways with my colleague. In my view, although the trial judge could have given such an instruction, the fact that he did not do so does not amount to reversible error. Put simply, this is not a case of a non-direction amounting to misdirection.

[6] When the trial judge's charge is considered fairly, contextually, and as a whole, I am satisfied that the jury was properly equipped to decide the case in the absence of a limiting instruction against general propensity reasoning. And I am not alone in this. Experienced defence counsel at trial seemed to be of the same view. Were it otherwise, I would have expected him to seek the kind of limiting instruction which my colleague now says was both obvious and crucial — and to have forcefully objected had the trial judge not capitulated. And yet, as we shall see, defence counsel did neither, despite being acutely aware, as my colleague points out, of the emotive and discreditable evidence which, in her view, “very likely” caused the jury to reach a verdict on second degree murder that was irreparably tainted by

[4] D'entrée de jeu, j'estime qu'il convient de qualifier la présumée erreur pour laquelle ma collègue ordonnerait la tenue d'un nouveau procès de présumée erreur de droit pour l'application du sous-al. 686(1)a(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et non de verdict déraisonnable pour l'application du sous-al. 686(1)a(i). Cette distinction est importante du point de vue de la Couronne parce que, le cas échéant, si l'erreur tombe sous le coup du sous-al. 686(1)a(ii), la Couronne pourrait se prévaloir de la disposition réparatrice édictée au sous-al. 686(1)b(iii), alors qu'elle ne pourrait le faire s'il s'agissait véritablement d'un verdict déraisonnable visé au sous-al. 686(1)a(i). Je tiens toutefois à préciser qu'il ne s'agit pas d'un cas où la Couronne devait s'appuyer sur la disposition réparatrice parce que, comme je vais l'expliquer, il n'y avait pas d'erreur de droit qui nécessitait le recours à cette disposition.

[5] Soit dit en tout respect, je ne puis souscrire à l'opinion de ma collègue quant à la question de savoir si le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. À mon avis, même si le juge du procès pouvait donner une telle directive, son défaut de le faire ne constitue pas une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. En clair, il n'est pas question ici d'une absence de directives équivalant à des directives erronées.

[6] En examinant l'exposé du juge du procès au jury de façon juste et globale tout en tenant compte du contexte, je suis convaincu que les jurés étaient bien outillés pour trancher l'affaire même s'ils n'avaient pas reçu une directive restrictive les mettant en garde contre un raisonnement fondé sur la propension générale. Et je ne suis pas le seul à le penser. Au procès, l'avocat de la défense, un juriste expérimenté, semblait être du même avis. S'il en avait été autrement, je me serais attendu à ce qu'il réclame le genre de directive restrictive qui, selon ma collègue, était à la fois évidente et essentielle, et à ce qu'il s'oppose énergiquement si le juge du procès n'avait pas accédé à sa demande. Et pourtant, comme nous le verrons, l'avocat de la défense n'a ni demandé une directive ni manifesté son opposition, même s'il était très conscient,

moral and reasoning prejudice: Martin J.'s reasons, at para. 191.

[7] With respect, for reasons that follow, I do not share my colleague's concerns. Accordingly, I would allow the appeal and restore Mr. Calnen's conviction for second degree murder.

### I. Standard of Review

[8] An appellate court undertakes a functional approach in reviewing a jury charge, asking whether the charge as a whole enabled the trier of fact to decide the case according to the law and the evidence: *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at para. 49; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32. As Bastarache J. wrote in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 30:

The cardinal rule is that it is the general sense which the words used must have conveyed, in all probability, to the mind of the jury that matters, and not whether a particular formula was recited by the judge. The particular words used, or the sequence followed, is a matter within the discretion of the trial judge and will depend on the particular circumstances of the case.

[9] In short, the test is whether the jury was properly, not perfectly, instructed: *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 62. At the end of the day, the overriding question is whether the jury was properly equipped to decide the case absent a limiting instruction against general propensity reasoning.

### II. Analysis

[10] I agree with my colleague's articulation of the legal principles governing the admissibility of

comme le souligne ma collègue, des éléments de preuve émotifs et déshonorants sur lesquels, à son avis, le jury s'était « fort vraisemblablement » appuyé pour rendre un verdict de meurtre au deuxième degré, lequel était irrémédiablement entaché d'un préjudice moral et d'un préjudice par raisonnement : motifs de la juge Martin, par. 191.

[7] En toute déférence, pour les motifs qui suivent, je ne partage pas les préoccupations exprimées par ma collègue. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen.

### I. Norme de contrôle

[8] Lorsqu'elle examine l'exposé qui a été donné au jury, la juridiction d'appel entreprend une démarche fonctionnelle et se demande si, globalement, l'exposé permettait au juge des faits de trancher l'affaire selon la loi et la preuve : *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 49; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32. Ainsi que le juge Bastarache l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 30 :

La règle cardinale veut que ce qui importe soit le message général que les termes utilisés ont transmis au jury, selon toutes probabilités, et non de savoir si le juge a employé une formule particulière. Le choix des mots et l'ordre des différents éléments relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge et dépendront des circonstances.

[9] En résumé, le test applicable consiste à se demander si le jury a reçu, non pas des directives parfaites, mais des directives appropriées : *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 62. En fin de compte, la question essentielle est celle de savoir si le jury était convenablement outillé pour trancher l'affaire même s'il n'a pas reçu une directive restrictive le mettant en garde contre un raisonnement fondé sur la pension générale.

### II. Analyse

[10] Je souscris à l'énoncé que ma collègue fait des principes de droit régissant l'admissibilité des

discreditable conduct evidence and its potential for moral and reasoning prejudice. However, for reasons I will develop, I respectfully disagree with her application of those principles to the facts of this case.

[11] Allegations of non-direction amounting to misdirection must be assessed contextually, in line with the facts and circumstances of the particular case. At trial, the Crown led relevant and admissible evidence of discreditable conduct on Mr. Calnen's part that was extrinsic to the offence charged. That evidence can be divided temporally into two broad categories.

[12] First, the Crown adduced discreditable conduct evidence from the period *preceding* Ms. Jordan's death. There was evidence that Mr. Calnen habitually used crack cocaine. Further, he apparently had an open and sexually adventurous relationship with Ms. Jordan, in which he encouraged her to perform sex work out of his basement. Also, she once texted a friend, Mr. Weeks, that Mr. Calnen "put his hands on [her]".

[13] Second, the Crown led discreditable conduct evidence of Mr. Calnen's conduct *after* Ms. Jordan's death, including evidence that he moved and then burned Ms. Jordan's body while high on crack cocaine and made other attempts to cover up her death, including lying to the police about her disappearance.

[14] Mr. Calnen challenged the admissibility of much of this evidence at trial and again on appeal. Defence counsel argued that Mr. Calnen's police statement and re-enactment, in which he admitted to burning Ms. Jordan's body in a drug-fueled panic and lying to various people including the police, was involuntary and lacked probative value. The defence submitted that Ms. Jordan's text message

éléments de preuve de conduite déshonorante et du risque que ceux-ci causent un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. En toute déférence, pour les motifs exposés plus loin, je ne suis toutefois pas d'accord avec l'application qu'elle fait de ces principes aux faits de la présente affaire.

[11] Chaque cas présumé d'absence de directives équivalant à des directives erronées doit être examiné en contexte, en fonction des faits et des circonstances qui lui sont propres. Au procès, la Couronne a présenté des éléments de preuve pertinents et admissibles relatifs à la conduite déshonorante de M. Calnen qui portaient sur des faits extrinsèques à l'infraction reprochée à ce dernier. Ces éléments de preuve peuvent être répartis chronologiquement en deux grandes catégories.

[12] En premier lieu, la Couronne a présenté des éléments de preuve de conduite déshonorante portant sur la période *antérieure* au décès de M<sup>me</sup> Jordan. Suivant la preuve, M. Calnen consommait régulièrement du crack. De plus, il aurait apparemment entretenu une relation ouverte et sexuellement audacieuse avec M<sup>me</sup> Jordan, dans le cadre de laquelle il incitait cette dernière à se prostituer dans son sous-sol. De plus, M<sup>me</sup> Jordan a envoyé un texto à un ami, M. Weeks, lui disant que M. Calnen l'avait [TRADUCTION] « pognée ».

[13] En second lieu, la Couronne a présenté des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante de M. Calnen *après* le décès de M<sup>me</sup> Jordan, dont certains éléments de preuve selon lesquels il avait déplacé puis brûlé le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan alors qu'il était sous l'emprise du crack et avait pris d'autres mesures pour tenter de camoufler son décès, notamment en mentant à la police au sujet de sa disparition.

[14] Monsieur Calnen a contesté l'admissibilité d'une grande partie de cette preuve au procès et, de nouveau, en appel. L'avocat de la défense a soutenu que la déclaration que M. Calnen avait faite à la police ainsi que sa reconstitution des faits — au cours de laquelle il avait admis avoir brûlé le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan dans un accès de panique provoqué par la drogue et avait reconnu avoir menti à diverses

conversation with Mr. Weeks was inadmissible hearsay, unreliable and incapable of proving motive. Despite these submissions, the trial judge and the Court of Appeal held that most of the disputed evidence was admissible. Furthermore, for the reasons given by my colleague, I am satisfied that the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct was admissible as circumstantial evidence on both the issue of causation and the mental element for second degree murder.

[15] The question remains: Did the relevant and admissible discreditable conduct evidence pose such an elevated risk of propensity reasoning that the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning and that his failure to do so amounted to reversible error? My answer to that question proceeds in two parts.

[16] First, the risk that the jury would engage in general propensity reasoning based on the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct was considerably offset by the trial judge's introductory and final jury instructions, which were neutral, fair and balanced.

[17] Second, experienced defence counsel, well aware of the issue of potential propensity reasoning, did not raise that issue, much less seek a limiting instruction, during the pre-charge conference while vetting the proposed final jury instructions. In short, he signed off on the trial judge's charge knowing full well that it did not contain the kind of limiting instruction that my colleague now says was both obvious and crucial — and indeed fatal to sustaining Mr. Calnen's conviction for second degree murder.

personnes, dont la police — étaient involontaires et n'avaient aucune valeur probante. La défense a fait valoir que l'échange de messages textes entre M<sup>me</sup> Jordan et M. Weeks constituait du oui-dire inadmissible et que cette preuve était peu fiable et ne pouvait servir à prouver le mobile. Malgré ces arguments, le juge du procès et la Cour d'appel ont déclaré admissible la majorité des éléments de preuve contestés. En outre, pour les motifs énoncés par ma collègue, je suis convaincu que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient admissibles comme preuve circonstancielle tant pour la question du lien de causalité que celle de l'élément moral du meurtre au deuxième degré.

[15] Toutefois, une question demeure : les éléments de preuve pertinents et admissibles se rapportant à la conduite déshonorante comportaient-ils un risque si élevé de raisonnement fondé sur la propension que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le raisonnement fondé sur la propension générale et que le défaut de donner une telle directive constituait une erreur justifiant l'infirmité de sa décision? Ma réponse à cette question se décline en deux parties.

[16] Premièrement, le risque que le jury tienne un raisonnement fondé sur la propension générale en s'appuyant sur les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen était considérablement atténué par les directives préliminaires et les directives finales données par le juge du procès au jury, lesquelles étaient neutres, justes et équilibrées.

[17] Deuxièmement, l'avocat de la défense, qui était expérimenté et bien conscient du risque d'un raisonnement fondé sur la propension, n'a pas soulevé cette question — et il a encore moins demandé une directive restrictive — lorsqu'il a été appelé à examiner la version finale du projet de directives à présenter au jury lors de la conférence préalable à l'exposé. En bref, il a entériné l'exposé du juge du procès tout en sachant pertinemment qu'il ne contenait pas le genre de directive restrictive qui, selon ma collègue, était à la fois évidente, essentielle et, qui plus est, nécessaire pour que M. Calnen soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

[18] In these circumstances, I consider it fair to ask: Why did defence counsel not raise the issue of general propensity reasoning with the trial judge and seek a limiting instruction of the kind that my colleague now says was essential? The answer, as I will explain, is that in all likelihood defence counsel made a deliberate and conscious tactical decision to marshal the discreditable conduct evidence in an attempt to bolster the truthfulness of Mr. Calnen's out-of-court statement and re-enactment, upon which his defence rested. In these circumstances, while it would have been open to the trial judge to provide a limiting instruction against impermissible propensity reasoning, such an instruction would have had the potential to undermine Mr. Calnen's credibility and thereby undercut his defence.

[19] I will address these features in turn.

A. *Neutral, Fair and Balanced After-the-Fact Conduct Instructions*

[20] For reasons that follow, I am satisfied that the trial judge's introductory instructions on the significance of Mr. Calnen's guilty plea to indecent interference with Ms. Jordan's remains, and his final instructions on Mr. Calnen's after-the-fact conduct, were neutral, fair and balanced. Read as a whole, the jury instructions sufficiently protected against the risk of moral and reasoning prejudice from the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct.

(1) Introductory Instructions and a Question From the Jury

[21] At the outset of the trial, Mr. Calnen pleaded guilty to indecently interfering with Ms. Jordan's remains by burning her body. In his opening instructions, the trial judge noted that Mr. Calnen's guilty plea to indecent interference with Ms. Jordan's

[18] Dans ces conditions, j'estime qu'on peut à juste titre se poser les questions suivantes : pourquoi l'avocat de la défense n'a-t-il pas soulevé la question du raisonnement fondé sur la propension générale devant le juge du procès et pourquoi n'a-t-il pas demandé que soit donnée une directive restrictive comme celle qui, selon ma collègue, était essentielle? Comme je l'explique plus loin, selon toute vraisemblance, c'est parce que l'avocat de la défense a consciemment et délibérément décidé, pour des raisons d'ordre stratégique, d'organiser les éléments de preuve de conduite déshonorante dans le but de renforcer la véracité de la déclaration extrajudiciaire et de la reconstitution des faits produites par M. Calnen et sur lesquelles sa défense reposait. Dans de telles circonstances, même s'il était loisible au juge du procès de donner une directive restrictive contre le recours au raisonnement interdit fondé sur la propension, une telle directive aurait pu ébranler la crédibilité de M. Calnen et nuire à sa défense.

[19] Je vais examiner à tour de rôle chacun de ces aspects.

A. *Directives neutres, justes et équilibrées sur le comportement après le fait*

[20] Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que les directives préliminaires que le juge du procès a données quant à l'importance du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen à l'accusation d'indécence envers les restes de M<sup>me</sup> Jordan, ainsi que ses directives finales sur le comportement après le fait de M. Calnen, étaient neutres, justes et équilibrées. Prises globalement, les directives prémunissaient suffisamment le jury contre les risques de préjudice moral et de préjudice par raisonnement que les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient susceptibles d'engendrer.

(1) Les directives préliminaires et une question du jury

[21] À l'ouverture du procès, M. Calnen a reconnu sa culpabilité relativement à l'accusation d'avoir commis des actes d'indécence envers les restes de M<sup>me</sup> Jordan en brûlant son cadavre. Dans ses directives préliminaires, le juge du procès a fait observer

remains could not be permitted to water down the presumption of innocence, stressing that “Mr. Calnen starts the trial with a clean slate” and that “[i]t is Crown counsel who must prove guilt beyond a reasonable doubt, not Mr. Calnen who must prove his innocence”: A.R., vol. III, at p. 683.

[22] On the second day of trial, in a note to the trial judge, the jury queried whether it could consider Mr. Calnen’s guilty plea “either during its daily discussions or in reaching its final verdict”: A.R., vol. III, at p. 936. The trial judge told the jury to “put Mr. Calnen’s guilty plea . . . out of [their] minds” because they required “all of the evidence” before coming to their decision at the end of trial: A.R., vol. III, at pp. 947-48. The Crown and the defence endorsed the trial judge’s response.

[23] In proceeding this way, the trial judge insulated the jury from reasoning that Mr. Calnen’s guilty plea to indecent interference with Ms. Jordan’s remains meant it was more likely that he committed second degree murder. This feature of the record militates against a conclusion that the instructions were inadequate — a conclusion that is strengthened when one considers the trial judge’s final instructions, which I will describe below.

## (2) The Final Instructions

[24] My colleague observes that there were many other rational inferences available from the circumstantial evidence in this case and the jury was therefore being “asked to engage in inferential reasoning”, increasing the risk that they would draw a forbidden inference based on impermissible propensity reasoning: Martin J.’s reasons, at paras. 167-74. Indeed, she goes so far as to say that it is “very likely” the jury did just that in arriving at its verdict on second degree murder and that this irreparably tainted the outcome: para. 191. With respect, I disagree. When

qu’on ne pouvait permettre que le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen quant à l’accusation d’indécence envers les restes de M<sup>me</sup> Jordan vienne affaiblir sa présomption d’innocence, en soulignant que [TRADUCTION] « M. Calnen repart à zéro dans ce procès » et que « [c]’est au procureur de la Couronne qu’il incombe d’établir la culpabilité de M. Calnen hors de tout doute raisonnable et non à ce dernier de prouver son innocence » : d.a., vol. III, p. 683.

[22] Le deuxième jour du procès, dans une note qu’ils lui ont adressée, les jurés ont demandé au juge du procès s’ils pouvaient tenir compte du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen [TRADUCTION] « soit lors de leurs discussions quotidiennes, soit pour rendre leur verdict final » : d.a., vol. III, p. 936. Le juge du procès a invité les jurés « à faire abstraction [. . .] du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen », parce qu’ils devaient disposer de « toute la preuve » avant de rendre leur décision à l’issue du procès : d.a., vol. III, p. 947-948. La Couronne et la défense se sont dites d’accord avec la réponse du juge du procès.

[23] En agissant ainsi, le juge du procès a protégé le jury contre tout raisonnement selon lequel le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen à l’égard l’accusation d’indécence envers les restes de M<sup>me</sup> Jordan signifiait qu’il était davantage probable que ce dernier ait commis un meurtre au deuxième degré. Cette caractéristique du dossier milite contre la conclusion portant que les directives étaient insuffisantes, laquelle conclusion est renforcée au regard des directives finales du juge du procès, que je vais maintenant analyser.

## (2) Les directives finales

[24] Ma collègue fait observer que de nombreuses autres inférences rationnelles pouvaient être tirées de la preuve circonstancielle dans la présente affaire et qu’on a donc demandé au jury « de se livrer à un raisonnement inférentiel », augmentant ainsi le risque qu’ils tirent une inférence interdite en se livrant à un exercice tout aussi interdit de raisonnement fondé sur la propension : motifs de la juge Martin, par. 167-174. D’ailleurs, elle va jusqu’à affirmer que c’est « fort vraisemblablement » ce qu’a fait le jury pour rendre son verdict de culpabilité de

the trial judge’s final instructions are read fully and fairly, it becomes clear that the trial judge properly equipped the jury to make reasonable inferences from the circumstantial evidence without resorting to specious reasoning or speculation.

[25] The record reveals that the trial judge was alive to the “substantial risk of jury error” from after-the-fact conduct evidence and the temptation to “jump too quickly from evidence of post-offence conduct to an inference of guilt” without proper consideration of alternate explanations: *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 23, citing *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 57. The trial judge’s detailed limiting instructions on after-the-fact conduct evidence and his caution against drawing speculative inferences from circumstantial evidence are significant factors when assessing the risk that the jury would engage in general propensity reasoning.

[26] Several portions of the jury charge guarded against the risk of general propensity reasoning. As detailed below, these included the instructions on the risks associated with circumstantial after-the-fact conduct evidence, how to assess circumstantial evidence against the criminal standard of proof, how to draw reasonable inferences in a circumstantial case, the parties’ theories and inferences sought, and the principles articulated by this Court in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

[27] The trial judge told the jury to leave the after-the-fact conduct evidence, in particular Mr. Calnen’s burning of Ms. Jordan’s body, “somewhat at large, until the final stage of putting all the evidence together and seeing if it proves the case beyond a

meurtre au deuxième degré, ce qui a entaché de façon irrémédiable le résultat : par. 191. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Une lecture équitable de l’ensemble des directives finales permet de constater que le juge du procès a bien outillé le jury pour qu’il tire des inférences raisonnables de la preuve circonstancielle sans recourir à un raisonnement spécieux ou à des hypothèses.

[25] Le dossier révèle que le juge du procès était conscient de l’« important risque d’erreur de la part du jury » associé à la preuve relative au comportement après le fait et du fait que les jurés pouvaient être tentés de « conclu[re] trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l’infraction, que l’accusé est coupable » sans tenir dûment compte des autres explications : *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 23, citant *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 57. Les directives restrictives détaillées données par le juge du procès au sujet des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait et sa mise en garde quant à des inférences spéculatives fondées sur de la preuve circonstancielle sont des facteurs importants à prendre en compte lorsqu’on évalue le risque que le jury se livre à un raisonnement fondé sur la propension générale.

[26] À plusieurs reprises dans ses directives, le juge du procès a mis les jurés en garde contre le risque d’un raisonnement fondé sur la propension générale. Comme je l’expliquerai en détail plus loin, le juge leur a notamment donné des directives sur les risques que comportait la preuve circonstancielle relative au comportement après le fait, sur la façon d’évaluer la preuve circonstancielle en fonction de la norme de preuve applicable en matière criminelle, sur la façon de tirer des inférences raisonnables dans une affaire fondée sur de la preuve circonstancielle, sur la thèse des parties et les inférences recherchées, ainsi que sur les principes énoncés par notre Cour dans l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

[27] Le juge du procès a expliqué aux jurés qu’ils devaient mettre les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, en particulier le fait que M. Calnen avait brûlé le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan, [TRADUCTION] « quelque peu en suspens jusqu’à

reasonable doubt”: A.R., vol. I, at pp. 134 and 163-64. The jury was repeatedly told to keep an “open mind” (A.R., vol. I, at pp. 72, 76 and 173); to use reason, logic, common sense and experience; and to render their verdict without “sympathy, prejudice or fear”: A.R., vol. I, at p. 67.

[28] The trial judge also explained the difference between direct and circumstantial evidence. He instructed the jury that before drawing an inference about Mr. Calnen’s state of mind based on the latter type of evidence, “you must examine all of the evidence, and only if, after examining all the evidence, you are satisfied the inference is proper to draw, can you then draw the inference”: A.R., vol. I, at p. 140. He added that “[i]n order to find Paul Trevor Calnen guilty on the basis of circumstantial evidence, you must be satisfied beyond a reasonable doubt that his guilt is the only rational conclusion or inference that can be drawn from the whole of the evidence”: A.R., vol. I, at p. 83. Thus, the jury was correctly instructed that proof “beyond a reasonable doubt” meant that a conviction could rest on circumstantial evidence only if they were satisfied there was no rational inference inconsistent with guilt.

[29] To that end, the jury was told repeatedly to consider potential innocent explanations for Mr. Calnen’s after-the-fact conduct, and the trial judge provided detailed examples to consider. He explained the competing inferences available from Mr. Calnen’s after-the-fact conduct and situated that evidence in the context of the parties’ theories. He further clarified that after-the-fact conduct was merely circumstantial evidence — that is, evidence capable of giving rise to various reasonable inferences when considered in light of the evidence as a whole — that may or may not assist the jury. Further, and crucially, he cautioned that the evidence of Mr. Calnen burning Ms. Jordan’s body could not, by itself, satisfy the standard of proof

l’étape finale consistant à rassembler tous les éléments de preuve pour vérifier s’ils établissent la culpabilité hors de tout doute raisonnable » : d.a., vol. I, p. 134 et 163-164. Le juge a invité à plusieurs reprises les jurés à « garder l’esprit ouvert » (d.a., vol. I, p. 72, 76 et 173), à utiliser la raison, la logique, le bon sens et l’expérience, et à rendre leur verdict sans « sympathie, préjugé ou crainte » : d.a., vol. I, p. 67.

[28] Le juge du procès a également expliqué la différence entre une preuve directe et une preuve circonstancielle. Il a expliqué aux jurés qu’avant de tirer une inférence sur l’état d’esprit de M. Calnen en se fondant sur une preuve circonstancielle [TRADUCTION] « vous devez examiner l’ensemble de la preuve et, si après avoir examiné tous les éléments de preuve, vous êtes convaincus que cette inférence peut légitimement être tirée, ce n’est qu’alors que vous pouvez tirer cette inférence » : d.a., vol. I, p. 140. Il a ajouté que « pour pouvoir déclarer Paul Trevor Calnen coupable sur le fondement de la preuve circonstancielle produite, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que sa culpabilité est la seule conclusion ou inférence rationnelle que l’ensemble de la preuve permet de tirer » : d.a., vol. I, p. 83. Ainsi, le juge du procès a correctement expliqué au jury que la preuve « hors de tout doute raisonnable » signifiait qu’ils ne pouvaient déclarer l’accusé coupable en s’appuyant sur une preuve circonstancielle que s’ils étaient convaincus qu’aucune inférence rationnelle n’était incompatible avec sa culpabilité.

[29] À cette fin, on a répété à maintes reprises aux jurés de tenir compte des explications disculpatoires susceptibles de justifier le comportement après le fait de M. Calnen, et le juge du procès a fourni des exemples détaillés à prendre en compte. Il a évoqué les diverses inférences concurrentes que le comportement après le fait de M. Calnen permettait de tirer et il a mis ces éléments de preuve dans le contexte de la thèse des parties. Il a également précisé que le comportement après le fait n’était qu’une preuve circonstancielle — c’est-à-dire une preuve susceptible de donner lieu à diverses inférences raisonnables à la lumière de l’ensemble de la preuve — qui pouvait ou non être utile aux jurés. En outre — et cet aspect

beyond a reasonable doubt; it was only a piece of circumstantial evidence to be considered with the whole.

[30] Furthermore, owing to Mr. Calnen's exculpatory police statement and videotaped re-enactment of Ms. Jordan's fall down the stairs, the trial judge articulated the principles from *W. (D.)* not once, but twice in the charge.

[31] Against this backdrop, I have no trouble concluding that the jury understood the legal issues in this case, how the evidence related to those issues and the competing inferences available from the evidence. The jury would have considered the various potential explanations for Mr. Calnen's after-the-fact conduct and would have drawn reasonable inferences from the whole of the evidence.

[32] While my colleague stresses that the trial judge expressed his intention to address the prejudice of Mr. Calnen's after-the-fact conduct in his jury charge, the foregoing analysis reveals that, in fact, he did: see Martin J.'s reasons, at paras. 201-3. Not only that, but evidently he did so to the satisfaction of defence counsel, who did not object. As I explain below, this failure to object was in all likelihood tied to a defence strategy to use Mr. Calnen's discreditable conduct to its own advantage while at the same time avoiding a potentially damaging instruction on Mr. Calnen's credibility. I turn to those two factors now — the failure to object and the defence strategy. Each plays a central role in my conclusion that a limiting instruction against general propensity reasoning was not necessary in this case.

est crucial —, il a mis les jurés en garde contre le fait que les éléments de preuve concernant le fait que M. Calnen avait brûlé le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan ne pouvaient, à eux seuls, satisfaire à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable; il ne s'agissait que d'un élément de preuve circonstancielle dont ils devaient tenir compte parmi l'ensemble de la preuve.

[30] De plus, en raison de la déclaration disculpatoire que M. Calnen avait faite à la police et de sa reconstitution enregistrée sur bande vidéo de la chute de M<sup>me</sup> Jordan dans l'escalier, le juge du procès a, dans son exposé au jury, rappelé les principes énoncés dans l'arrêt *W. (D.)* non pas à une, mais bien à deux reprises.

[31] Dans ce contexte, je n'ai aucune difficulté à conclure que le jury comprenait bien les questions de droit en litige en l'espèce, le rapport entre ces questions et la preuve, de même que les diverses inférences concurrentes que la preuve leur permettait de tirer. Le jury aurait examiné les diverses explications concurrentes du comportement après le fait de M. Calnen et aurait tiré des inférences raisonnables de l'ensemble de la preuve.

[32] Bien que ma collègue souligne que le juge du procès a exprimé son intention d'aborder la question du préjudice associé au comportement après le fait de M. Calnen dans son exposé au jury, l'analyse qui précède révèle que c'est effectivement ce qu'il a fait : voir les motifs de la juge Martin, par. 201-203. Qui plus est, il a manifestement abordé cette question d'une manière jugée satisfaisante par l'avocat de la défense, qui ne s'y est pas opposé. Comme je l'explique plus loin, ce défaut de s'opposer s'inscrivait selon toute vraisemblance dans le cadre d'une stratégie de la défense visant à utiliser la conduite déshonorante de M. Calnen à son propre avantage tout en évitant une directive sur la crédibilité de M. Calnen qui était susceptible de lui nuire. Je vais maintenant me pencher sur ces deux facteurs, à savoir le défaut de s'opposer et la stratégie de la défense. Chacun a joué un rôle déterminant dans ma conclusion qu'une directive restrictive contre le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale n'était pas nécessaire en l'espèce.

B. *Vetting the Charge and the Failure to Object on the Basis That a Limiting Instruction Was Required*

[33] As my colleague notes, the parties were alive to the issue of general propensity reasoning at trial. Indeed, defence counsel raised this issue on three occasions in which he sought to have various pieces of evidence excluded. And yet, when the time came to vet the charge at the pre-charge conference, he chose not to raise the issue of general propensity reasoning, much less seek a limiting instruction on it.

[34] Defence counsel first raised the issue of moral prejudice during a *voir dire* concerning the admissibility of Mr. Calnen's police statement and re-enactment. The defence argued that Mr. Calnen's after-the-fact conduct "paint[ed] him in a bad light": A.R., vol. III, at p. 704. In his reasons for admitting parts of Mr. Calnen's statement and his entire re-enactment, the trial judge noted that he would be seeking counsel's input in the pre-charge conference in order to craft appropriate final instructions on how after-the-fact conduct should be treated.

[35] The issue arose a second time during the Crown's direct examination of Mr. Weeks, when the defence objected to anticipated testimony that Mr. Calnen had forcibly removed a woman from his house. The trial judge agreed that the proposed evidence was inadmissible due to the risk of propensity reasoning, and the jury did not hear it.

[36] The subject surfaced a third time when the defence submitted that Ms. Jordan's "[h]e put his hands on me" text message to Mr. Weeks was inadmissible because it posed the risk of forbidden propensity reasoning. The Crown argued that it was admissible evidence of animus and Ms. Jordan's state of mind. The trial judge admitted all of Ms. Jordan's text messages

B. *Examen de l'exposé au jury et le fait de ne pas s'y opposer au motif qu'une directive restrictive était nécessaire*

[33] Comme ma collègue le fait remarquer, les parties étaient conscientes de la question du raisonnement fondé sur la propension générale au procès. D'ailleurs, l'avocat de la défense a soulevé cette question à trois reprises en demandant l'exclusion de divers éléments de preuve. Et pourtant, lorsque l'occasion lui a été offerte d'examiner l'exposé lors de la conférence préalable à l'exposé, il a choisi de ne pas soulever la question du raisonnement fondé sur la propension générale et, a fortiori, il n'a pas demandé une directive restrictive à ce sujet.

[34] L'avocat de la défense a soulevé pour la première fois la question du préjudice moral au cours d'un voir-dire qui portait sur l'admissibilité de la déclaration faite par M. Calnen à la police et de sa reconstitution du crime. La défense soutenait que le comportement après le fait de M. Calnen [TRADUCTION] « le présent[e] sous un jour peu flatteur » : d.a., vol. III, p. 704. Dans les motifs qu'il a énoncés pour justifier sa décision d'admettre certaines parties de la déclaration de M. Calnen et l'intégralité de la reconstitution, le juge du procès a fait observer qu'il solliciterait l'avis des avocats lors de la conférence préalable à l'exposé afin de pouvoir rédiger des directives finales appropriées quant à la bonne façon d'utiliser le comportement après le fait.

[35] La question a été soulevée une deuxième fois lors de l'interrogatoire direct de M. Weeks par la Couronne, lorsque la défense s'est opposée au témoignage prévu suivant lequel M. Calnen avait expulsé de force une femme de chez lui. Le juge du procès a convenu que le témoignage proposé n'était pas admissible en raison du risque de raisonnement fondé sur la propension, et le jury ne l'a pas entendu.

[36] Le sujet a refait surface une troisième fois lorsque la défense a fait valoir que le message texte dans lequel M<sup>me</sup> Jordan racontait à M. Weeks que M. Calnen l'avait [TRADUCTION] « pognée » était inadmissible puisqu'il comportait un risque de raisonnement fondé sur la propension. La Couronne soutenait que cet élément de preuve était admissible pour démontrer l'animosité

and gave a mid-trial hearsay instruction approved by the Crown and the defence. In that instruction, the trial judge reminded the jury to scrutinize the text messages, asking whether Mr. Weeks may have been mistaken about their meaning.

[37] Against this backdrop, defence counsel's failure to raise the risk of general propensity reasoning at the pre-charge conference cannot be explained by the possibility that he simply overlooked the issue. To the contrary, the issue was squarely in his mind, as demonstrated on three separate occasions. Counsel was in the best position to assess whether, in the concrete reality of the case at hand, a limiting instruction against general propensity reasoning was desirable. He did not request such an instruction and maintained only one objection to the final charge, submitting that Mr. Calnen's after-the-fact conduct was not probative of the mental element for second degree murder.

[38] In my respectful view, defence counsel's failure to object to the absence of a limiting instruction against general propensity reasoning of the kind my colleague now says was essential speaks not only to "the overall satisfactoriness of the jury charge on this issue", but also to "the gravity of any omissions in the eyes of defence counsel"; it may further be taken as an indication that defence counsel felt such an instruction would not have been in his client's interests: *R. v. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1, at para. 86, cited with approval by Rothstein J. in *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 66; see also *R. v. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, at paras. 98-99, per Cromwell J.A. (as he then was). As Bastarache J. explained in *Daley*, at para. 58:

... it is expected of counsel that they will assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic

ainsi que l'état d'esprit de M<sup>me</sup> Jordan. Le juge du procès a admis tous les messages texte de M<sup>me</sup> Jordan et a donné, au cours du procès, une directive sur le oui-dire qui a été approuvée par la Couronne et par la défense. Dans cette directive, le juge du procès a rappelé au jury d'examiner attentivement les messages textes et de se demander si M. Weeks avait pu se méprendre quant à leur signification.

[37] Dans ce contexte, le fait que l'avocat de la défense n'a pas soulevé la question du risque d'un raisonnement fondé sur la propension générale lors de la conférence préalable à l'exposé ne saurait être attribué au fait qu'il ait simplement pu oublier de le faire. Au contraire, cette question était bien présente dans son esprit, comme le démontre le fait qu'elle a été soulevée à trois reprises. L'avocat était la personne la mieux placée pour décider, eu égard à la réalité concrète de l'affaire en cause, si une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale était souhaitable. Or, il n'a pas demandé au juge de donner une telle directive et il n'a formulé qu'une seule objection à l'exposé final, soit que le comportement après le fait de M. Calnen ne permettait pas d'établir l'élément moral du meurtre au deuxième degré.

[38] À mon humble avis, le défaut de l'avocat de la défense de s'opposer à l'absence de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale comme celle qui, selon ma collègue, est essentielle, nous éclaire non seulement sur [TRADUCTION] « le caractère satisfaisant dans l'ensemble des directives au jury sur cette question », mais également « sur la gravité d'omissions éventuelles, aux yeux de l'avocat de la défense ». Ce défaut peut également être interprété comme une indication que, selon l'avocat de la défense, une telle directive n'était pas dans l'intérêt de son client : *R. c. Kociuk*, 2011 MBCA 85, 278 C.C.C. (3d) 1, par. 86, cité et approuvé par le juge Rothstein dans l'arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 66; voir également *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, par. 98-99, le juge Cromwell (plus tard juge de notre Cour). Comme le juge Bastarache l'a expliqué dans l'arrêt *Daley*, par. 58 :

... on attend des avocats qu'ils assistent le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu'ils

with the judge's instructions to the jury. While not decisive, failure of counsel to object is a factor in appellate review. The failure to register a complaint about the aspect of the charge that later becomes the ground for the appeal may be indicative of the seriousness of the alleged violation. See *Jacquard*, at para. 38: "In my opinion, defence counsel's failure to object to the charge says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection."

(See also *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, at pp. 343-44, where Dickson J. (as he then was) wrote: "Although by no means determinative, it is not irrelevant that counsel for the accused did not comment, at the conclusion of the charge, upon the failure of the trial judge to direct the attention of the jury to the evidence . . .")

[39] Similarly, in *R. v. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, at para. 96, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. vi, Doherty J.A. stressed that counsel's vetting and endorsement of the jury charge is a significant factor in assessing whether the jury was properly instructed:

Counsel's duty to assist the court in fulfilling its obligation to properly instruct the jury, referred to by Fish J. in *R. v. Khela*, [2009] 1 S.C.R. 104 at para. 49, 238 C.C.C. (3d) 489, takes on added significance where counsel has been given a full copy of the proposed instructions and an ample opportunity to vet them, and has engaged in a detailed pre-trial dialogue with the trial judge. In those circumstances, counsel's position at trial becomes very important when evaluating complaints, raised for the first time on appeal, that matters crucial to the defence were not properly addressed by the trial judge in her instructions. [Emphasis added.]

[40] Finally, in *R. v. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382, at para. 89, in the context of a complaint that the trial judge failed to adequately review the evidence for the jury, Strathy J.A. emphasized that defence counsel's failure to object to the charge was a factor to be considered when assessing the adequacy of the charge, adding that "counsel may have made a tactical decision not to request further

estiment problématiques. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'omission d'un avocat de formuler une objection est prise en compte en appel. L'absence de plainte contre l'aspect de l'exposé invoqué plus tard comme moyen d'appel peut être significative quant à la gravité de l'irrégularité reprochée. Voir *Jacquard*, par. 38 : « À mon avis, l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à l'exposé est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée. »

(Voir également l'arrêt *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, p. 343-344, dans lequel le juge Dickson (plus tard juge en chef) écrivait : « Bien que ce ne soit pas concluant, il n'est pas sans importance de remarquer que l'avocat de l'accusé n'a fait aucun commentaire, à la fin de l'exposé, sur l'omission du juge du procès d'attirer l'attention du jury sur les témoignages . . . »)

[39] De même, dans l'arrêt *R. c. Polimac*, 2010 ONCA 346, 254 C.C.C. (3d) 359, par. 96, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi, le juge Doherty a souligné que le fait pour les avocats d'avoir examiné et approuvé l'exposé au jury est un facteur important à prendre en compte pour juger si le jury a reçu les directives appropriées :

[TRADUCTION] L'obligation qu'ont les avocats d'aider le tribunal à s'acquitter de son devoir de donner des directives appropriées au jury dont le juge Fish parle dans l'arrêt *R. c. Khela*, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 49, 238 C.C.C. (3d) 489, tire encore plus à conséquence lorsque l'avocat a reçu une copie intégrale des directives proposées, qu'il a eu amplement l'occasion de les examiner et qu'il a pu s'entretenir longuement à ce sujet avec le juge du procès avant le procès. Dans ces conditions, la position que l'avocat a adoptée au procès revêt une grande importance lorsque vient le temps d'évaluer des critiques, formulées pour la première fois en appel, quant au fait que des éléments essentiels pour la défense n'ont pas été adéquatement abordés par la juge du procès dans ses directives. [Je souligne.]

[40] Enfin, au par. 89 de l'arrêt *R. c. Minor*, 2013 ONCA 557, 303 C.C.C. (3d) 382, où l'on reprochait au juge du procès de ne pas avoir suffisamment passé en revue la preuve à l'intention des jurés, le juge Strathy a souligné que le défaut de l'avocat de la défense de s'opposer à l'exposé était un facteur à considérer pour décider du caractère suffisant de l'exposé, ajoutant qu'[TRADUCTION] « il se peut que l'avocat

instructions out of concern that in so doing the judge might re-emphasize damaging evidence.”

[41] With these principles in mind, in the circumstances of the present case, defence counsel’s failure to object on the basis that the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning may reasonably be taken as an indication that the defence considered the charge to be satisfactory and that a limiting instruction would not be in his client’s interests. Indeed, the record in this case strongly supports a finding that in all likelihood, defence counsel’s silence on the matter was no accident — it was instead a deliberate tactical decision.

### C. *Indicia of a Tactical Decision*

[42] The evidence of Mr. Calnen’s extrinsic discreditable conduct was relevant and admissible. If the defence had requested a limiting instruction, it would have included three main components: *R. v. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1, at para. 53. First, it would have identified the extrinsic discreditable conduct evidence. Second, it would have articulated the *forbidden* use of that evidence — namely, drawing an inference based on general propensity reasoning. Third, and importantly, it would also have identified the *permissible* uses of that evidence, which in this case would have included its use in assessing Mr. Calnen’s credibility and, by extension, whether his police statement and re-enactment could be believed.

[43] As I will explain, in light of the parties’ respective theories and treatment of the evidence, any limiting instruction against general propensity reasoning might well have accrued to Mr. Calnen’s detriment. This consideration weighs heavily against concluding that the charge was deficient.

ait décidé, pour des raisons d’ordre stratégique, de ne pas demander d’autres directives par crainte que cette demande n’incite le juge à revenir sur des éléments de preuve susceptibles de nuire à son client ».

[41] Sur la foi de ces principes, dans les conditions de l’espèce, le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer, au motif que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, peut raisonnablement être interprété comme une indication que la défense estimait que l’exposé était satisfaisant et qu’une directive restrictive ne servirait pas l’intérêt de son client. En effet, le dossier en l’espèce appuie fortement la conclusion portant que, selon toute vraisemblance, le silence de l’avocat de la défense à ce propos n’était pas le fruit du hasard : il s’agissait plutôt d’une décision stratégique prise de propos délibéré.

### C. *Indices de l’existence d’une décision stratégique*

[42] Les éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante extrinsèque de M. Calnen étaient pertinents et admissibles. Si la défense avait réclamé une directive restrictive, celle-ci aurait comporté trois éléments principaux : *R. c. T. (J.A.)*, 2012 ONCA 177, 288 C.C.C. (3d) 1, par. 53. Premièrement, elle aurait énoncé les éléments de preuve de conduite déshonorante extrinsèque. Deuxièmement, elle aurait expliqué en quoi consistait l’utilisation *interdite* de ces éléments de preuve, en l’occurrence, le fait de tirer une inférence à partir d’un raisonnement fondé sur la propension générale. Troisièmement — et cela est important —, elle aurait également précisé les utilisations *permises* de ces éléments de preuve, ce qui, en l’espèce, aurait englobé la possibilité d’évaluer la crédibilité de M. Calnen et, par extension, de décider si l’on pouvait ajouter foi à sa déclaration faite à la police ainsi qu’à sa reconstitution des faits.

[43] Comme je vais l’expliquer plus en détail, compte tenu de la thèse de chacune des parties et de leur utilisation respective de la preuve, toute directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait fort bien pu jouer contre M. Calnen. Cette considération milite fortement contre la conclusion que l’exposé au jury était insuffisant.

(1) The Parties' Theories

[44] A proper understanding of the respective theories of the defence and the Crown is crucial to determining whether the defence likely made a tactical decision not to request a limiting instruction. Where, as here, the issue is whether the trial judge committed reversible error in not providing a limiting instruction against general propensity reasoning, two principles come to the fore. First, the Crown is not entitled to “ease its burden” by stigmatizing the accused: *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 72. Thus, the Crown’s reliance on general propensity reasoning would be an important factor on appeal: see, e.g., *R. v. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74, at para. 85. Second, the court should consider whether the accused attempted to benefit from the discreditable conduct evidence by weaving it prominently into the defence theory: see, e.g., *R. v. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278, at para. 27.

(a) *Crown’s Theory*

[45] The Crown’s theory was as follows. Mr. Calnen and Ms. Jordan were in a serious relationship which came to a sudden and violent end when Ms. Jordan announced she was finally leaving him and tried to steal his valuables. In a state of rage, Mr. Calnen killed her. At first, he tried to make it seem as though she had simply run off. The police then launched a homicide investigation, thereby raising the stakes. Mr. Calnen then made a calculated decision to burn Ms. Jordan’s body, thereby destroying the only evidence capable of establishing the cause of her death. Mr. Calnen’s story about how Ms. Jordan died in an accident after falling down the stairs was, according to the Crown, incredible. Mr. Calnen lied to the police and Ms. Jordan’s friends and family in the wake of her disappearance, disclaiming any knowledge of her whereabouts. He buttressed his story by sending a misleading text message to Mr. Weeks from her cellphone. He also

(1) Thèse des parties

[44] Il est essentiel de bien comprendre la thèse de la défense et celle de la Couronne pour juger si la défense a vraisemblablement pris la décision stratégique de ne pas réclamer de directive restrictive. Lorsque, comme en l’espèce, il s’agit de savoir si le juge du procès a commis une erreur justifiant l’infirmité de sa décision en ne donnant pas de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, il y a deux principes qui jouent un rôle essentiel. Tout d’abord, la Couronne n’est pas habilitée à « alléger la charge qui lui incombe » en stigmatisant l’accusé : *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2. R.C.S. 908, par. 72. Par conséquent, le fait pour la Couronne d’invoquer le raisonnement fondé sur la propension générale constituerait un facteur important en appel : voir, p. ex., *R. c. Mariani*, 2007 ONCA 329, 220 C.C.C. (3d) 74, par. 85. En second lieu, le tribunal devrait vérifier si l’accusé a cherché à tirer profit des éléments de preuve concernant sa conduite déshonorable en l’intégrant manifestement à sa thèse : voir, p. ex., *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 225 C.C.C. (3d) 278, par. 27.

a) *Thèse de la Couronne*

[45] La thèse de la Couronne est la suivante. Monsieur Calnen et M<sup>me</sup> Jordan entretenaient une relation sérieuse qui a pris fin de façon abrupte et violente lorsque M<sup>me</sup> Jordan a annoncé à M. Calnen qu’elle le quittait finalement et qu’elle a tenté de lui dérober des objets de valeur. Dans un accès de colère, M. Calnen l’a tuée. Il a d’abord essayé de faire croire qu’elle avait simplement pris la fuite. La police a alors ouvert une enquête pour homicide, faisant ainsi monter les enjeux. Monsieur Calnen a alors pris la décision calculée de brûler le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan, détruisant ainsi la seule preuve susceptible d’établir la cause de son décès. La version des faits donnée par M. Calnen quant au décès accidentel de M<sup>me</sup> Jordan à la suite de sa chute dans l’escalier n’était pas crédible, selon la Couronne. Monsieur Calnen a menti à la police, de même qu’aux amis et à la famille de M<sup>me</sup> Jordan à la suite de la disparition de cette dernière, prétendant qu’il ignorait où elle se trouvait. Il a tenté d’étayer

minimized the significance of his relationship with Ms. Jordan.

(b) *Defence Theory*

[46] The defence theory was that Mr. Calnen's account of Ms. Jordan's accidental fall down the stairs should be believed. Mr. Calnen's defence of accident hinged on the truthfulness of his police statement and videotaped re-enactment. The defence highlighted the physical evidence tending to corroborate Mr. Calnen's narrative, including the steps he took to burn Ms. Jordan's body. The crucial question for the jury was his motivation for doing so.

[47] Mr. Calnen was, in the defence's submission, in an open relationship with Ms. Jordan. He was neither jealous nor possessive. Ms. Jordan was angry, verbally abusive and harboured animosity against Mr. Calnen. Mr. Calnen, by contrast, was more sad than angry at her wanting to leave him. She chased him around the house, threw a bottle of pop at him, then took a swing at him that caused her to lose her balance and fall down the stairs. High on crack cocaine, Mr. Calnen made the initial mistake of moving her body, setting in motion a chain of events in which he took increasingly desperate measures to cover up her death. Mr. Calnen initially misled Ms. Jordan's mother and the authorities because he did not trust that anyone would believe it was an accident. Each subsequent step was fueled by further crack cocaine consumption and growing panic at failed attempts to conceal and then destroy her body.

(2) The Parties' Treatment of the Evidence

[48] As indicated, the defence attempted to bolster Mr. Calnen's police statement and re-enactment

sa version des faits en envoyant un message texte trompeur à M. Weeks à partir du téléphone cellulaire de M<sup>me</sup> Jordan. Il a également minimisé l'importance de sa relation avec M<sup>me</sup> Jordan.

b) *Thèse de la défense*

[46] La thèse de la défense est que le récit de M. Calnen quant à la chute accidentelle de M<sup>me</sup> Jordan dans l'escalier est digne de foi. La défense d'accident invoquée par M. Calnen dépend de la véracité de sa déclaration à la police et de sa reconstitution des faits enregistrée sur bande vidéo. La défense a mis en lumière de la preuve matérielle tendant à corroborer la version des faits de M. Calnen, notamment les mesures qu'il a prises pour brûler le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan. La question cruciale sur laquelle le jury devait s'attarder était celle de savoir ce qui avait motivé M. Calnen à agir ainsi.

[47] Selon la défense, M. Calnen entretenait une relation ouverte avec M<sup>me</sup> Jordan. Il n'était ni jaloux ni possessif. Madame Jordan était en colère, elle s'était montrée violente verbalement et avait manifesté de l'animosité envers lui. En revanche, M. Calnen était davantage triste que furieux d'apprendre qu'elle voulait le quitter. Elle l'a pourchassé dans la maison, a lancé une bouteille de boisson gazeuse dans sa direction, puis a essayé de le frapper et, dans son élan, elle a perdu l'équilibre et est tombée dans l'escalier. Sous l'effet du crack qu'il avait consommé, M. Calnen a dès le départ commis l'erreur de déplacer le corps, déclenchant ainsi une série d'événements au cours desquels il a pris des mesures de plus en plus désespérées pour camoufler le décès de M<sup>me</sup> Jordan. Il a d'abord menti à la mère de M<sup>me</sup> Jordan et aux autorités parce qu'il pensait que personne ne croirait à la thèse de l'accident. Chacune des mesures suivantes était alimentée par d'autres consommations de crack et par sa panique croissante devant ses tentatives infructueuses pour dissimuler puis détruire le corps de la victime.

(2) Utilisation de la preuve par les parties

[48] Comme je l'ai déjà expliqué, la défense a essayé d'étayer la déclaration de M. Calnen à la

by marshalling the discreditable conduct evidence in his favour. Mr. Calnen's crack cocaine use explained his irrational decisions to move and then burn Ms. Jordan's body. His open and sexually adventurous relationship with Ms. Jordan demonstrated his lack of possessiveness or jealousy, despite her decision to leave him. The physical evidence of burning Ms. Jordan's body corroborated what he described to the police in his statement and re-enactment.

[49] The Crown, for its part, emphasized the very narrow relevance of Mr. Calnen's attempts to burn Ms. Jordan's body and the circumstantial evidence which pointed to a tumultuous breakup.

(a) *Burning of Ms. Jordan's Body*

[50] There is no indication in the record of a defence application to sever the charge of interference with human remains from the indictment to facilitate Mr. Calnen's guilty plea. Hence, it would appear the defence decided, as a strategic matter, that the jury *should* learn that Mr. Calnen took responsibility for burning Ms. Jordan's body.

[51] Mr. Calnen's defence of accident depended on the truthfulness of his exculpatory statement. The defence submitted that Mr. Calnen's willingness to take responsibility for his actions made that statement more believable. The defence knew that the Crown was relying on the burning of Ms. Jordan's body, along with evidence of Mr. Calnen's animosity towards her, as the crux of its case. The defence methodically highlighted the physical evidence, including the steps Mr. Calnen took to burn Ms. Jordan's body, to corroborate his narrative.

[52] The Crown, for its part, did not invite the jury to engage in propensity reasoning based on

police et sa reconstitution des faits en organisant les éléments de preuve de conduite déshonorante de façon à aider M. Calnen. La consommation de crack par ce dernier explique ses décisions irrationnelles de déplacer et, ensuite, de brûler le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan. Sa relation ouverte et sexuellement audacieuse avec M<sup>me</sup> Jordan démontrait qu'il n'était ni possessif ni jaloux en dépit de la décision de M<sup>me</sup> Jordan de le quitter. La preuve matérielle tendant à démontrer qu'il avait brûlé le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan corrobore les explications qu'il a données à la police dans sa déclaration et sa reconstitution des faits.

[49] La Couronne a, pour sa part, insisté sur la pertinence limitée des tentatives faites par M. Calnen pour brûler le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan et sur les éléments de preuve circonstancielle indiquant une rupture tumultueuse.

a) *Cadavre de M<sup>me</sup> Jordan brûlé par M. Calnen*

[50] Rien dans le dossier ne laisse entendre que la défense a présenté de demande pour dissocier l'accusation d'indécence envers des restes humains de l'acte d'accusation afin de faciliter le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen. Il semblerait donc que la défense ait décidé, pour des raisons stratégiques, que les jurés *devaient* être mis au courant que M. Calnen assumait la responsabilité d'avoir brûlé le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan.

[51] La défense d'accident de M. Calnen dépendait de la véracité de sa déclaration disculpatoire. La défense a fait valoir que la volonté de M. Calnen d'assumer la responsabilité de ses actes ajoutait à la crédibilité de cette déclaration. La défense savait que la thèse de la Couronne reposait essentiellement sur le fait que M. Calnen avait brûlé le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan, et sur des éléments de preuve tendant à démontrer son animosité envers elle. La défense a méthodiquement mis en évidence les éléments de preuve matérielle, y compris les mesures prises par M. Calnen pour brûler le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan, afin de corroborer sa version des faits.

[52] Pour sa part, la Couronne n'a pas invité le jury à se livrer à un raisonnement fondé sur la

Mr. Calnen’s guilty plea. To the contrary, Crown counsel exhorted the jury to keep the guilty plea separate and not to use it in respect of the murder charge, stressing that “it’s important that you don’t take the fact that he pled guilty to one charge and apply it to this [murder charge]. He remains innocent of this charge till we fully prove he’s guilty of it”: A.R., vol. III, at p. 2191.

[53] The chain of inferences that the Crown urged upon the jury was straightforward: Mr. Calnen took a series of calculated and extreme risks to obliterate any evidence of how Ms. Jordan died, and he did so because her cause of death would have revealed that he murdered her.

(b) *Use of Crack Cocaine*

[54] The Crown’s theory hinged on the notion that Mr. Calnen was calculating and rational, calmly weighing the risks of each attempt to conceal and destroy evidence. The Crown minimized Mr. Calnen’s drug use, relying on Mr. Weeks’s observation that Mr. Calnen handled the effects of crack cocaine well.

[55] By contrast, the defence sought to paint Mr. Calnen as a heavy crack cocaine user incapable of making rational decisions.

[56] In sum, the defence looked to amplify the significance of his drug use, while the Crown argued it was immaterial.

(c) *Open Relationship and Ms. Jordan’s Sex Work*

[57] The Crown sought to show that Mr. Calnen cared deeply about Ms. Jordan and could not stand the thought of her leaving him. The Crown submitted that Mr. Calnen’s statement to police that he was not in a real relationship with Ms. Jordan — “the sex is good” and “she’s only a hooker” — was an insincere

propension en s’appuyant sur le plaidoyer de culpabilité de M. Calnen. Au contraire, le procureur de la Couronne a exhorté le jury à faire abstraction du plaidoyer de culpabilité et à ne pas en tenir compte relativement à l’accusation de meurtre, soulignant qu’[TRADUCTION] « il est important que vous ne vous serviez pas du fait qu’il a plaidé coupable à un chef d’accusation pour l’appliquer à la présente [accusation de meurtre]. Il demeure innocent de cette accusation tant que nous n’avons pas complètement prouvé qu’il en est coupable » : d.a., vol. III, p. 2191.

[53] La série d’inférences que la Couronne a exhorté le jury à tirer est simple : M. Calnen a pris une série de risques extrêmes et calculés pour éliminer toute preuve permettant de savoir comment M<sup>me</sup> Jordan était décédée et il a agi de la sorte parce que la cause du décès aurait révélé qu’il l’avait assassinée.

b) *Consommation de crack*

[54] La thèse de la Couronne repose sur l’idée que M. Calnen a agi de façon calculée et rationnelle, soupesant froidement les risques de chacune de ses tentatives de dissimulation et de destruction des éléments de preuve. La Couronne a minimisé la consommation de drogues de M. Calnen, invoquant l’observation de M. Weeks selon laquelle M. Calnen gérait bien les effets du crack.

[55] En revanche, la défense a tenté de dépeindre M. Calnen comme un grand consommateur de crack incapable de prendre des décisions rationnelles.

[56] En somme, la défense a cherché à amplifier sa consommation de drogues, alors que la Couronne a affirmé qu’elle était sans importance.

c) *Relation ouverte et travail sexuel de M<sup>me</sup> Jordan*

[57] La Couronne a tenté de prouver que M. Calnen était très attaché à M<sup>me</sup> Jordan et qu’il ne pouvait supporter l’idée qu’elle le quitte. La Couronne a fait valoir que la déclaration que M. Calnen avait faite à la police suivant laquelle lui et M<sup>me</sup> Jordan n’entretenaient pas vraiment une relation — [TRADUCTION]

attempt to distance himself from her disappearance: A.R., vol. III, at p. 2220.

[58] By contrast, the defence argued that Mr. Calnen and Ms. Jordan had an open and sexually adventurous relationship, incompatible with feelings of possessiveness, jealousy and animosity. The defence emphasized the unconventional nature of the relationship, whereas the Crown downplayed that evidence.

(d) *Ms. Jordan’s “He Put His Hands on Me” Text*

[59] As indicated, Ms. Jordan sent a text message to Mr. Weeks which said that Mr. Calnen “put his hands on [her].” There was no suggestion at trial, however, that she had disclosed any abuse to her mother or her other friends. To the contrary, her mother held Mr. Calnen in high esteem, perceiving him to be “a stable man” and “a good influence”: A.R., vol. III, at p. 1327. Mr. Calnen and Ms. Jordan would often stay over at her parents’ home. The trial judge gave mid-trial and final limiting instructions, asking the jury to consider whether Mr. Weeks misinterpreted Ms. Jordan’s hearsay text messages.

[60] In its final address, the Crown made no reference to the “[h]e put his hands on me” text and did not argue from propensity. The defence argued that Ms. Jordan emotionally manipulated Mr. Weeks with the “[h]e put his hands on me” text so that he would help her to steal Mr. Calnen’s property and move out of his basement. This was a major theme of Mr. Weeks’ cross-examination. According to Mr. Weeks, in his visits to their home, he had never witnessed violence or jealousy between Mr. Calnen and Ms. Jordan.

« le sexe est bon » et « ce n’est qu’une prostituée » — était une tentative peu sincère de prendre ses distances par rapport à sa disparition : d.a., vol. III, p. 2220.

[58] En revanche, selon la défense, M. Calnen et M<sup>me</sup> Jordan avaient une relation ouverte et sexuellement audacieuse incompatible avec tout sentiment de possessivité, de jalousie ou d’animosité. La défense a insisté sur le caractère non conventionnel de leur relation, tandis que la Couronne a minimisé ces éléments de preuve.

d) *Message texte de M<sup>me</sup> Jordan : « il m’a pognée »*

[59] Comme je l’ai déjà expliqué, M<sup>me</sup> Jordan a envoyé à M. Weeks un message texte dans lequel elle lui racontait que M. Calnen l’avait [TRADUCTION] « pognée ». Toutefois, nul n’a donné à penser, pendant le procès, qu’elle avait révélé quelque acte de violence que ce soit à sa mère ou d’autres amis. Au contraire, sa mère tenait M. Calnen en haute estime, le percevant comme [TRADUCTION] « un homme stable », qui avait « une bonne influence » : d.a., vol. III, p. 1327. Monsieur Calnen et M<sup>me</sup> Jordan passaient souvent la nuit chez les parents de cette dernière. Le juge du procès a, tant au cours du procès que dans ses directives finales, donné des directives restrictives dans lesquelles il invitait les jurés à se demander si M. Weeks avait mal interprété les messages textes de M<sup>me</sup> Jordan, lesquels constituaient du oui-dire.

[60] Dans sa plaidoirie finale, la Couronne n’a fait aucune allusion au message texte dans lequel M<sup>me</sup> Jordan racontait que M. Calnen l’avait [TRADUCTION] « pognée » et n’a pas présenté d’argument fondé sur la propension. La défense a soutenu que M<sup>me</sup> Jordan avait manipulé les émotions de M. Weeks avec ce message texte pour qu’il l’aide à dérober des biens à M. Calnen et à déménager de son sous-sol. Ce point était très important dans le contre-interrogatoire de M. Weeks. Selon M. Weeks, lors de ses visites à leur domicile, il n’avait jamais été témoin de scènes de violence ou de jalousie entre M. Calnen et M<sup>me</sup> Jordan.

(3) Tactical Considerations

[61] In light of the parties' treatment of the evidence, there are two aspects to the tactical bargain that the defence appears to have made.

[62] First, the defence used the discreditable conduct evidence — Mr. Calnen's crack cocaine use, the nature of his open relationship with Ms. Jordan, and the corroborative physical evidence that he burned Ms. Jordan's body — to bolster the truthfulness of Mr. Calnen's exculpatory statement and re-enactment: see, e.g., *Smith*, at paras. 27-29.

[63] Second, the defence would have realized that a limiting instruction against general propensity reasoning risked highlighting the negative impact of Mr. Calnen's discreditable conduct on his credibility. It was within the ambit of defence counsel's tactical discretion to attempt to avoid such an instruction with a view to bolstering Mr. Calnen's narrative. The absence of the proposed limiting instruction meant, in effect, that the jury was not informed, anywhere in the charge, that Mr. Calnen's discreditable conduct could be used to undermine his credibility and, by extension, the trustworthiness of his exculpatory statement and re-enactment, notwithstanding the fact that, as I will explain, it would have been open to the jury to use the evidence for these purposes.

[64] As the majority of the Court of Appeal noted, the evidence of Mr. Calnen's after-the-fact conduct was admissible on the question of his credibility. Evidence of extrinsic discreditable conduct that is otherwise relevant and admissible with respect to an issue in the case may be used to assess the accused's overall credibility. In *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 70, Cory J. laid to rest any doubt about this common sense proposition:

To require a jury to compartmentalize its thinking even further than this would be artificial and unnecessarily

(3) Considérations stratégiques

[61] Compte tenu de l'utilisation de la preuve par les parties, il y a deux considérations qui ont joué dans le pari que semble avoir pris la défense.

[62] Premièrement, la défense a utilisé la preuve de conduite déshonorante — la consommation de crack par M. Calnen, la nature de sa relation ouverte avec M<sup>me</sup> Jordan et les éléments de preuve matérielle corroborant le fait qu'il avait brûlé le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan — pour renforcer la véracité de sa déclaration disculpatoire et de sa reconstitution : voir, p. ex., *Smith*, par. 27-29.

[63] Deuxièmement, la défense aurait su qu'une directive restrictive interdisant le raisonnement fondé sur la propension générale risquait de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de M. Calnen sur sa crédibilité. Il était loisible à l'avocat de la défense, dans le cadre des décisions stratégiques qu'il pouvait prendre, de tenter d'éviter que le juge donne une telle directive, afin de renforcer la version des faits de M. Calnen. L'absence de la directive restrictive proposée signifiait, en fait, que l'exposé n'indiquait aucunement au jury que la conduite déshonorante de M. Calnen pouvait être utilisée pour miner sa crédibilité et, par extension, pour attaquer la véracité de sa déclaration disculpatoire et de sa reconstitution des faits, et ce, malgré le fait, comme je vais l'expliquer, qu'il aurait été loisible au jury d'utiliser à ces fins les éléments de preuve en question.

[64] Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel l'ont souligné, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait de M. Calnen étaient admissibles quant à la question de sa crédibilité. Les éléments de preuve de la conduite déshonorante extrinsèque qui sont par ailleurs pertinents et admissibles relativement à une question en litige peuvent être utilisés pour évaluer la crédibilité générale de l'accusé. Dans l'arrêt *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 70, le juge Cory a dissipé tout doute quant à cette proposition sensée :

Il serait artificiel et inutilement compliqué d'exiger des membres d'un jury qu'ils compartimentent davantage

convoluted. It is a matter of common sense that evidence of bad character may reflect badly on the accused's credibility, and that the jury can use it as a factor in determining if the accused is likely to be telling the truth. This is not the same thing as suggesting that the accused is guilty because she is a bad person, or may have a disposition to commit the type of crime for which she is charged.

(See also *R. v. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330, at para. 70.)<sup>1</sup>

[65] This general principle holds true of discreditable conduct that occurred after the fact: *Jaw*, at para. 39. Had the trial judge given the limiting instruction that my colleague now says was essential, the charge would necessarily have included a damaging instruction on Mr. Calnen's credibility flowing from the discreditable conduct evidence. This, in turn, could well have shaken the foundation of his defence, which hinged on the jury's assessment of the truthfulness of his statement to the police and the videotaped re-enactment. In this regard, while my colleague takes the view that such an instruction would have been discretionary, I respectfully disagree. I say this because Crown counsel would unquestionably have insisted on such an instruction so as to level the playing field.

[66] Relatedly, my colleague emphasizes that Crown counsel could have requested such an instruction on credibility at any time and clearly chose not to do so: see Martin J.'s reasons, at para. 209. However, the reality is that while Crown counsel evidently considered the charge given by the trial judge to be fair and balanced, there is no reason to assume Crown counsel would have felt the same way had the charge included a limiting instruction against general propensity reasoning. Had such a limiting instruction been added to the charge, the natural consequence

<sup>1</sup> I note that the accused in *G. (S.G.)* testified. However, nothing in Cory J.'s reasons limits the principles he articulated to an accused's in-court testimony, as opposed to an out-of-court statement and videotaped re-enactment of the kind at issue here. Nor do I see any reason to distinguish *G. (S.G.)* on that basis: see, e.g., *R. v. Malik*, 2005 CanLII 15453, at paras. 7-11.

leur pensée. Cela va de soi que la preuve de mauvaise moralité peut nuire à la crédibilité de l'accusé et que le jury peut l'utiliser comme facteur pour déterminer si l'accusé est susceptible de dire la vérité. Ce n'est pas la même chose que de supposer que l'accusé est coupable parce qu'il est une mauvaise personne ou peut avoir une propension à commettre le genre de crime qui lui est reproché.

(Voir également *R. c. Sheriffe*, 2015 ONCA 880, 333 C.C.C. (3d) 330, par. 70.)<sup>1</sup>

[65] Ce principe général vaut aussi pour la conduite déshonorante après le fait : *Jaw*, par. 39. Si le juge du procès avait donné la directive restrictive que ma collègue qualifie d'essentielle, l'exposé au jury aurait nécessairement compris une directive qui aurait nui à la crédibilité de M. Calnen en raison de la preuve de sa conduite déshonorante, ce qui aurait pu ébranler le fondement de sa défense, qui dépendait de l'appréciation par le jury de la véracité de sa déclaration à la police et de sa reconstitution des faits enregistrée sur bande vidéo. À cet égard, même si ma collègue est d'avis qu'une telle directive aurait été discrétionnaire, je ne partage pas son opinion, parce que j'estime que le procureur de la Couronne aurait sans aucun doute insisté pour qu'une directive de la sorte soit donnée de manière à égaliser les chances de part et d'autre.

[66] Dans le même ordre d'idées, ma collègue souligne que le procureur de la Couronne aurait pu demander en tout temps une telle directive sur la crédibilité et qu'il a manifestement décidé de ne pas le faire : voir motifs de la juge Martin, par. 209. Toutefois, même si le procureur de la Couronne a de toute évidence jugé juste et équilibré l'exposé du juge du procès, il n'en demeure pas moins que rien ne permet de présumer qu'il aurait eu la même opinion si l'exposé avait compris une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la

<sup>1</sup> Je constate que, dans l'affaire *G. (S.G.)*, l'accusée avait témoigné. Toutefois, rien dans les motifs du juge Cory ne limite les principes qu'il a énoncés au témoignage donné par un accusé devant le tribunal, par opposition à une déclaration extrajudiciaire et à une reconstitution enregistrée sur bande vidéo comme celle qui nous intéresse en l'espèce. Par ailleurs, je ne vois aucune raison d'établir sur ce fondement une distinction entre la présente affaire et celle dans *G. (S.G.)* : voir, p. ex., *R. c. Malik*, 2005 CanLII 15453, par. 7-11.

would have been Crown counsel's legitimate insistence on an instruction on credibility, which would have gone hand in hand with the limiting instruction against general propensity reasoning. In the absence of the latter instruction, it is not at all surprising that the Crown saw no need to insist on the former.

(4) Conclusion on the Indicia of a Tactical Decision

[67] In light of all the circumstances, including defence counsel's failure to ask the trial judge for a limiting instruction and the absence of any suggestion that defence counsel was ineffective, much less incompetent, the record strongly supports the conclusion that defence counsel made a tactical decision to avoid highlighting the discreditable conduct evidence. This weighs heavily against finding that the jury charge was inadequate: see, e.g., *R. v. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303, at para. 37; *R. v. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, at paras. 57-59, aff'd on other grounds, 2013 SCC 12, [2013] 1 S.C.R. 565. Moreover, it is not for this Court to pass judgment on the merits of defence counsel's tactical decision, particularly in the absence of an allegation by Mr. Calnen that his trial counsel failed to assist him effectively: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at paras. 33-35.

### III. Summary and Conclusion

[68] At trial, as I have explained, Mr. Calnen did not seek a limiting instruction against general propensity reasoning. Rather, he adopted a strategy of using the discreditable conduct to bolster the credibility of his statement and re-enactment, upon which his defence of accidental death rested. That the defence adopted a deliberate strategy to use the discreditable conduct evidence to its own advantage is an important factor that distinguishes this case

propension générale. Si une telle directive avait été incorporée à l'exposé, il va de soi que le procureur de la Couronne aurait insisté auprès du juge pour qu'il donne également une directive sur la crédibilité, qui aurait été indissociable de la directive restrictive relative au raisonnement fondé sur la propension générale. En l'absence de cette dernière directive, il n'est pas surprenant que la Couronne n'ait pas vu la nécessité d'insister auprès du juge pour qu'il donne la première.

(4) Conclusion sur les indices de l'existence d'une décision stratégique

[67] Vu l'ensemble des circonstances de l'espèce, y compris le fait que l'avocat de la défense n'a pas demandé au juge du procès de donner une directive restrictive, et compte tenu de l'absence de toute suggestion que l'avocat de la défense était inefficace, et encore moins incompetent, le dossier appuie fortement la conclusion selon laquelle l'avocat de la défense a décidé, pour des raisons stratégiques, d'éviter de mettre en évidence les éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante de l'accusé, ce qui milite fortement contre la conclusion portant que l'exposé au jury était insuffisant : voir, p. ex., *R. c. Bukmeier* (1998), 103 B.C.A.C. 303, par. 37; *R. c. F. (J.)*, 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, par. 57-59, conf. pour d'autres motifs par 2013 CSC 12, [2013] 1 R.C.S. 565. De plus, il n'appartient pas à notre Cour de se prononcer sur le bien-fondé de la décision stratégique de l'avocat de la défense, d'autant plus que M. Calnen ne prétend pas que l'avocat qui le représentait au procès ne l'a pas bien défendu : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 33-35.

### III. Résumé et conclusion

[68] Comme je l'ai expliqué, M. Calnen n'a pas demandé, au procès, de directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale. Il a plutôt adopté la stratégie consistant à utiliser sa conduite déshonorante pour renforcer la crédibilité de sa déclaration et de sa reconstitution des faits, lesquelles constituaient le fondement de sa défense de mort accidentelle. Le fait que la défense a délibérément adopté comme stratégie d'utiliser à

from others where the discreditable conduct evidence plays no part in the defence theory and is little more than a breeding ground for the moral and reasoning prejudice about which my colleague expresses concern. Given the strategy adopted by the defence, a limiting instruction against general propensity reasoning would have risked highlighting the negative impact of Mr. Calnen's discreditable conduct on his credibility and thereby unravelling his defence — a risk which the defence chose not to take.

[69] Despite my colleague's rejection of that thesis, respectfully, I see no other reasonable explanation for defence counsel's failure to seek the kind of limiting instruction which my colleague now says was both obvious and crucial — and indeed fatal to sustaining Mr. Calnen's conviction for second degree murder.

[70] This Court has stated that the principle of finality is “essential to the integrity of the criminal process”: *G.D.B.*, at para. 19, citing *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 411, per Doherty J.A.; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 130. It has also stated, as my colleague rightly points out, that the due diligence criterion for the admission of fresh evidence on appeal, which exists to ensure finality, “must yield where its rigid application might lead to a miscarriage of justice”: *G.D.B.*, at para. 19. But here, in my respectful view, there is simply no basis on which to conclude that the application of the finality principle might lead to a miscarriage of justice. As I see it, the defence made a legitimate tactical decision at trial and lost. With respect, it must live with the consequences of that decision. Mr. Calnen had a fair trial. The jury instructions, which both Crown and defence counsel evidently considered to be fair and balanced, properly equipped the jury to decide the case before it and, in particular, adequately guarded against the risk of general propensity reasoning. That they could have been more fulsome is not the

son propre avantage les éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante de M. Calnen est un facteur important qui distingue la présente espèce d'autres affaires où la preuve relative à la conduite déshonorante ne joue aucun rôle dans la thèse de la défense et n'est guère plus qu'un terreau fertile pour le préjudice moral et le préjudice par raisonnement au sujet desquels ma collègue a exprimé ses craintes. Compte tenu de la stratégie adoptée par la défense, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait risqué de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de M. Calnen sur la crédibilité de ce dernier, faisant ainsi voler en éclats sa défense, un risque que la défense a préféré ne pas courir.

[69] Malgré le rejet de cette thèse par ma collègue, je ne vois, en toute déférence, aucune autre explication raisonnable au fait que l'avocat de la défense n'a pas réclamé le genre de directive restrictive qui, selon ma collègue, était à la fois évidente, essentielle et, qui plus est, nécessaire pour que M. Calnen soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

[70] Notre Cour a déclaré que le principe du caractère définitif des décisions est « essentielle[1] à l'intégrité du processus en matière criminelle » : *G.D.B.*, par. 19, citant *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), p. 411, le juge Doherty; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 130. Elle a également déclaré, comme ma collègue le souligne avec raison, que le critère de la diligence raisonnable concernant l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel, qui vise à faire respecter ce principe du caractère définitif des décisions, « ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d'entraîner une erreur judiciaire » : *G.D.B.*, par. 19. Mais dans le cas qui nous occupe, il n'y a, à mon humble avis, tout simplement aucune raison de conclure que l'application du principe du caractère définitif des décisions est susceptible d'entraîner une erreur judiciaire. Selon moi, la défense a pris une décision légitime d'ordre stratégique lors du procès et elle a perdu. En toute déférence, elle doit assumer les conséquences de sa décision. Monsieur Calnen a joui d'un procès équitable. Les directives au jury, que le procureur de la Couronne et l'avocat

issue. In the circumstances, I am of the view that the principle of finality must prevail.

[71] For these reasons, I would allow the Crown's appeal and restore Mr. Calnen's conviction for second degree murder.

The following are the reasons delivered by

[72] MARTIN J. (dissenting in part) — This appeal concerns the inferences that can logically — and legally — be supported by certain after-the-fact conduct evidence. Is it open to the jury to infer the requisite intent for second degree murder from the accused's successive steps to reduce a human body to ash? In my view, on these facts, the answer is yes.

### I. Facts

[73] Paul Trevor Calnen was charged with second degree murder and indecent interference with human remains in the death of Reita Louise Jordan, his domestic partner. He was tried by a judge and jury. At the outset of the trial, he pled guilty to the interference charge. The jury found him guilty of second degree murder.

[74] Mr. Calnen, then 50, and Ms. Jordan, 35, had been in a relationship for about two years, and they had been living together in Mr. Calnen's home in Hammonds Plains, Nova Scotia. Ms. Jordan was reported missing on March 28, 2013. After her mother and sister contacted the police, the police commenced a missing person investigation. Mr. Calnen was first interviewed on April 5, 2013 and he told the police that he had last seen Ms. Jordan when he left

de la défense ont, de toute évidence, tous les deux jugées justes et équilibrées, ont fait en sorte que les jurés étaient bien outillés pour trancher l'affaire dont ils étaient saisis et, en particulier, qu'ils étaient adéquatement protégés contre les dangers d'un raisonnement fondé sur la propension générale. Le fait que l'exposé aurait pu être plus complet n'est pas la question. Eu égard aux circonstances de l'espèce, j'estime que le principe du caractère définitif des décisions doit avoir préséance.

[71] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de la Couronne et de rétablir la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen.

Version française des motifs rendus par

[72] LA JUGE MARTIN (dissidente en partie) — Le présent pourvoi concerne les inférences que certains éléments de preuve relatifs au comportement après le fait permettent logiquement — et juridiquement — de tirer. Est-il loisible au jury d'inférer que l'accusé avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré des mesures successives prises par ce dernier en vue de réduire un corps humain en cendres? À mon avis, vu les faits de l'espèce, la réponse à cette question est affirmative.

### I. Les faits

[73] Paul Trevor Calnen a été accusé de meurtre au deuxième degré et d'indécence envers des restes humains relativement au décès de sa compagne, Reita Louise Jordan. Il a subi son procès devant juge et jury. À l'ouverture du procès, il a plaidé coupable à l'accusation d'indécence. Le jury l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré.

[74] Alors âgés respectivement de 50 et de 35 ans, M. Calnen et M<sup>me</sup> Jordan étaient en couple depuis environ deux ans et vivaient ensemble dans la maison de M. Calnen à Hammonds Plains, en Nouvelle-Écosse. On a signalé la disparition de M<sup>me</sup> Jordan le 28 mars 2013. Après avoir été contactée par la mère et la sœur de M<sup>me</sup> Jordan, la police a ouvert une enquête concernant une personne disparue. Monsieur Calnen a été interrogé pour la première fois le 5 avril

their home for work on the morning of March 18, 2013.

[75] With the passage of time, the police found no trace of Ms. Jordan. The missing person investigation became a homicide investigation.

[76] The police suspected Mr. Calnen of murder and he was arrested on June 17, 2013. Near the end of his questioning on June 18, the police brought Ms. Jordan's mother into the interview. She embraced Mr. Calnen and begged for information about her daughter. Mr. Calnen began talking. He described how Ms. Jordan died, and explained what he did with her body both immediately after her death and subsequently. His statement to the police was entirely exculpatory on the second degree murder charge: he claimed that Ms. Jordan's death was an accident, and that it did not involve or result from any force on his part.

[77] In describing the circumstances of her death, Mr. Calnen claimed that Ms. Jordan died on March 18, in his presence, in the home they shared. He explained that when he returned home from work that day, Ms. Jordan had her bags packed at the front door and was leaving. Ms. Jordan asked about his contact with another woman and they argued. Mr. Calnen discovered that she had taken his laptop and his gold ring, and “[t]hat kind of got [him] pissed off”: A.R., vol. II, at p. 695. However, he later claimed to have no knowledge of various texts between Ms. Jordan and a male friend, Mr. Wade Weeks, discussing plans to steal Mr. Calnen's vehicle and other property.

[78] According to Mr. Calnen, Ms. Jordan demanded that he call a taxi for her, and that he give her money. She became physically aggressive and threatened to trash the house. She kicked some

2013; il a déclaré à la police avoir vu M<sup>me</sup> Jordan pour la dernière fois lorsqu'il avait quitté leur domicile pour aller travailler le matin du 18 mars 2013.

[75] Le temps passait et la police ne trouvait aucune trace de M<sup>me</sup> Jordan. L'enquête concernant la disparition de M<sup>me</sup> Jordan est donc devenue une enquête sur un homicide.

[76] Soupçonnant M. Calnen de meurtre, la police l'a arrêté le 17 juin 2013. Vers la fin de son interrogatoire, le 18 juin, les policiers ont fait entrer la mère de M<sup>me</sup> Jordan dans la pièce où se déroulait l'interrogatoire. Elle a pris M. Calnen dans ses bras et l'a supplié de lui donner des renseignements sur sa fille. Monsieur Calnen s'est mis à parler. Il a raconté de quelle manière M<sup>me</sup> Jordan était morte, et a expliqué ce qu'il avait fait de son corps juste après son décès et dans les jours qui ont suivi. Sa déclaration à la police était entièrement disculpatoire en ce qui a trait à l'accusation de meurtre au deuxième degré : il prétendait que la mort de M<sup>me</sup> Jordan était accidentelle et qu'il n'avait employé aucune force ayant mené ou contribué à la mort.

[77] Relatant les circonstances entourant la mort de M<sup>me</sup> Jordan, M. Calnen a affirmé que cette dernière était décédée le 18 mars, en sa présence, dans la maison où ils vivaient ensemble. Il a expliqué que, lorsqu'il est rentré chez lui après le travail ce jour-là, M<sup>me</sup> Jordan avait fait ses valises et les avait déposées devant la porte d'entrée et qu'elle s'apprêtait à partir. Madame Jordan lui avait posé des questions sur ses contacts avec une autre femme et ils se sont disputés. Monsieur Calnen s'était rendu compte qu'elle lui avait pris son ordinateur portable et sa bague en or, et [TRADUCTION] « ça [l'avait] comme vraiment frustré » : d.a., vol. II, p. 695. Toutefois, il a par la suite affirmé ne pas avoir été au courant des divers messages textes que M<sup>me</sup> Jordan avait échangés avec un de ses amis, M. Wade Weeks, et dans lesquels ils avaient projeté de voler le véhicule de M. Calnen et d'autres biens.

[78] Aux dires de M. Calnen, M<sup>me</sup> Jordan avait exigé qu'il lui appelle un taxi et qu'il lui donne de l'argent. Elle était devenue physiquement agressive et avait menacé de saccager la maison. Elle avait

furniture and threw a bottle of pop at him, which he avoided.

[79] Mr. Calnen told the police that he then moved to the front door, and Ms. Jordan followed. With her back to the stairs, she attempted to punch him. He ducked, and the momentum of her swing caused her to fall down the stairs. He tried to resuscitate her, to no avail. He thought she must have hit her head and said that no blood came from her head. Mr. Calnen also conducted a re-enactment for the police on June 18 concerning what he said occurred at the home.

[80] Mr. Calnen said that he panicked. He had used crack cocaine on the way home, and he used it again after Ms. Jordan died. He moved her body from the bottom of the stairs to the top of the stairs. He claimed that he wrapped her body in a blanket and put her body and her belongings in his truck. He drove around for a while, first into town and then to Peggy's Cove, and then he eventually hid her body near a logging road in the woods close to Ingramport. He went through her bags to make sure she did not have anything else of his. Then, either at that time or the next day, he burned her belongings, including her cell phone, about a thousand feet away from the body on the same logging road.

[81] After work the next day, he went back to the same woods near Ingramport. When he saw that Ms. Jordan's elbow was visible from the logging road, he dragged her further into the woods and covered her body with spruce boughs. He took the metal items that would not burn, like her earrings, perfume bottle, and cell phone parts, and "tossed it wherever" further into the woods: A.R., vol. II, at p. 717.

[82] On April 11, the police told Mr. Calnen that the missing person inquiry had become a homicide investigation. Mr. Calnen said that on April 12, he purchased drugs, retrieved Ms. Jordan's body from

donné des coups de pied dans des meubles et lui avait lancé une bouteille de boisson gazeuse qu'il a évitée.

[79] Monsieur Calnen a raconté à la police qu'il s'était ensuite dirigé vers la porte d'entrée et que M<sup>me</sup> Jordan l'avait suivi. Alors qu'elle tournait le dos à l'escalier, M<sup>me</sup> Jordan avait essayé de lui assener un coup de poing. Il avait esquivé le coup et, dans son élan, elle était tombée dans l'escalier. Il avait tenté en vain de la réanimer. Selon lui, elle avait dû se heurter la tête, et il a affirmé ne pas avoir vu de sang s'écouler de la tête. De plus, le 18 juin, il a reconstitué pour les policiers la scène qui, selon ses dires, s'était déroulée dans le domicile.

[80] Monsieur Calnen a dit avoir paniqué. Il avait consommé du crack en rentrant à la maison, et il en avait consommé de nouveau après le décès de M<sup>me</sup> Jordan. Il avait hissé le corps jusqu'en haut de l'escalier. Il a expliqué qu'il avait alors enveloppé le corps de M<sup>me</sup> Jordan dans une couverture et qu'il l'avait déposé avec ses effets personnels dans son camion. Il avait roulé pendant un certain temps, d'abord en ville, puis jusqu'à Peggy's Cove, et il avait finalement caché le corps près d'un chemin forestier dans un bois situé près d'Ingramport. Il avait fouillé les sacs de M<sup>me</sup> Jordan pour s'assurer qu'ils ne contenaient rien d'autre lui appartenant. Ensuite, le jour même ou le lendemain, il avait brûlé les effets personnels de M<sup>me</sup> Jordan, y compris son téléphone portable, à environ mille pieds du corps, sur le même chemin forestier.

[81] Le lendemain, après le travail, il était retourné dans le même bois près d'Ingramport. S'étant aperçu que le coude de M<sup>me</sup> Jordan était visible depuis le chemin forestier, il avait traîné le corps plus loin dans le bois et l'avait recouvert de branches d'épinette. Il avait récupéré les objets métalliques qui n'avaient pas brûlé, comme ses boucles d'oreilles, son flacon de parfum et les pièces de son téléphone portable, et il les avait [TRADUCTION] « jetés n'importe où » un peu plus loin dans le bois : d.a., vol. II, p. 717.

[82] Le 11 avril, la police a informé M. Calnen que l'enquête concernant une personne disparue était devenue une enquête sur un homicide. Monsieur Calnen a expliqué que, le 12 avril, il avait acheté de la drogue,

the first logging road, and transported it in his truck to a remote logging road in Pleasant Valley. He got stuck and obtained road side assistance. Mr. Calnen then went down a third logging road, where he gathered branches and trees, built a large fire and burned Ms. Jordan's remains. While he was doing this, the police telephoned him and sought a meeting. Mr. Calnen told them that he was at a plumbing job elsewhere. At this point, Mr. Calnen put out that fire and placed the remaining portion of Ms. Jordan's body — the torso — into a canvas bag. He then drove home with this canvas bag in the closed back compartment of his truck.

[83] On April 13, Mr. Calnen met the police at his home, where they executed a search warrant. He later claimed that Ms. Jordan's torso was in his truck when he met the police at his home. On that day, the police took extensive photographs of the house. They conducted a room by room search, and looked for blood stains using a white light and forensic laser. The police testified that after a thorough review, they found nothing of forensic value in the home. They did, however, report a sticky substance on the television and the floor, which was not blood.

[84] Sometime later — either on the night of April 14 or 19 — Mr. Calnen finished burning Ms. Jordan's remains in the fire pit behind his home. He put her ashes in a bucket, drove to a lake near the Jordan family cottage, and placed her ashes near the diving rock. The next night he took the parts of her that were not consumed in the fire and used a boat to put these further remains in the same lake. He told the police that he put her remains in the lake because that is what he and Ms. Jordan had discussed previously about what they each wanted done with their respective remains.

[85] Mr. Calnen stated: “. . . I've been on drugs like it's nobody's business and -- but I did not kill her” (A.R., vol. II, at p. 703).

avait récupéré la dépouille de M<sup>me</sup> Jordan sur le premier chemin forestier et l'avait transportée dans son camion jusqu'à un autre chemin forestier éloigné situé dans Pleasant Valley. Son camion s'était embourbé et il avait dû demander de l'assistance routière. Il avait alors emprunté un troisième chemin forestier où il avait ramassé des branches et des arbres, fait un grand feu et brûlé les restes de M<sup>me</sup> Jordan. Au même moment, la police lui avait téléphoné pour lui demander une rencontre. Monsieur Calnen avait répondu qu'il était ailleurs en train d'accomplir des travaux de plomberie. Il avait alors éteint le feu et placé le reste du corps de M<sup>me</sup> Jordan — son torse — dans un sac en toile. Il avait ensuite conduit jusqu'à chez lui avec ce sac en toile dans le compartiment arrière fermé de son camion.

[83] Le 13 avril, M. Calnen a rencontré des policiers chez lui, où ces derniers ont exécuté un mandat de perquisition. Plus tard, il a déclaré que le torse de M<sup>me</sup> Jordan se trouvait dans son camion lorsqu'il avait rencontré les policiers chez lui. Ce jour-là, les policiers ont pris de nombreuses photographies de la maison. Ils ont fouillé toutes les chambres, une à une, et cherché des taches de sang au moyen d'une lumière blanche et d'un laser médico-légal. Un policier a témoigné que, au terme d'une fouille exhaustive, le domicile n'avait rien révélé ayant une valeur médico-légale. Il a toutefois indiqué avoir trouvé une substance collante sur le téléviseur et le plancher qui n'était pas du sang.

[84] Plus tard, le 14 ou le 19 avril en soirée, M. Calnen a achevé de brûler les restes de M<sup>me</sup> Jordan dans le foyer situé derrière sa maison. Il a mis les cendres dans un seau, a conduit jusqu'à un lac situé près du chalet de la famille Jordan et a déposé les cendres près du rocher de plongée. Le lendemain soir, M. Calnen est sorti avec les parties du cadavre que le feu n'avait pas consommées et, au moyen d'un bateau, il a jeté les restes dans ce même lac. Il a expliqué aux policiers qu'il avait déposé les restes dans le lac parce que c'est ce que lui et M<sup>me</sup> Jordan avaient convenu après avoir discuté de la façon dont ils souhaitaient que l'on dispose de leurs restes.

[85] Monsieur Calnen a déclaré : [TRADUCTION] « . . . j'ai pris vraiment beaucoup de drogue --, mais je ne l'ai pas tuée » (d.a., vol. II, p. 703).

[86] The investigators found the burn site in Ingramport and physical items of a personal nature like a frame, perfume bottle, lipstick, and belt buckle, which appeared to have been burnt. Police divers also found unidentifiable bone fragments in the lake — fragments which also appeared to have been burnt. Further investigations at the home where Ms. Jordan died were conducted subsequently, in June. At that time, the police found no signs of blood or clean-up activities and no visible impact areas or damage in the area of the stairwell, either to the drywall, gyproc, or railings.

[87] The evidence at trial also included text messages, which suggested a disintegrating relationship between Mr. Calnen and Ms. Jordan; allegations in a text from Ms. Jordan’s phone of Mr. Calnen’s abusive behaviour towards Ms. Jordan; and plans by Ms. Jordan to leave Mr. Calnen and steal his property with the help of Mr. Weeks. On the day she died, text messages indicated that Mr. Calnen and Ms. Jordan were fighting and Mr. Calnen threatened suicide. Ms. Jordan’s mother testified that Ms. Jordan wanted to move home prior to her death, but there was insufficient room for her.

[88] Mr. Calnen was arrested on June 17, 2013, and charged with second degree murder, contrary to s. 235 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and indecent interference with Ms. Jordan’s remains, contrary to s. 182(b) of the *Criminal Code*. At trial, he pled guilty to indecent interference.

[89] In relation to the charge of second degree murder, the Crown was required to establish that Mr. Calnen caused Ms. Jordan’s death, and that he did so intentionally or that he intended to cause her bodily harm that he knew was likely to cause her death and was reckless as to whether death ensued. Mr. Calnen has argued throughout that the Crown has failed to prove causation and intent: in essence, he claims that he did not cause or intend Ms. Jordan’s

[86] Les enquêteurs ont retrouvé l’endroit où M. Calnen a brûlé le corps, à Ingramport, ainsi que des effets personnels, notamment un cadre, un flacon de parfum, du rouge à lèvres et une boucle de ceinture, qui semblaient avoir été brûlés. Les plongeurs de la police ont également trouvé dans le lac des fragments d’os non identifiables qui semblaient aussi avoir été brûlés. Des enquêtes supplémentaires ont été menées par la suite, en juin, dans la maison où M<sup>me</sup> Jordan était décédée. Elles n’ont révélé ni trace de sang ou indice d’activités de nettoyage ni zone d’impact ou de dommage apparents dans la zone de la cage d’escalier, que ce soit sur la cloison sèche, les panneaux de plâtre ou le garde-corps.

[87] La preuve présentée au procès comprenait en outre des messages textes, qui laissaient sous-entendre la détérioration des rapports entre M. Calnen et M<sup>me</sup> Jordan, l’existence d’allégations dans un message texte envoyé à partir du téléphone de M<sup>me</sup> Jordan au sujet du comportement violent de M. Calnen envers elle, et le projet de M<sup>me</sup> Jordan de quitter M. Calnen et de voler ses biens avec l’aide de M. Weeks. Le jour de sa mort, des messages textes indiquaient que M<sup>me</sup> Jordan et M. Calnen s’étaient querellés et que M. Calnen avait menacé de se suicider. La mère de M<sup>me</sup> Jordan a témoigné que sa fille avait voulu venir vivre chez elle avant sa mort, mais qu’il n’y avait pas assez de place pour elle.

[88] Monsieur Calnen a été arrêté le 17 juin 2013 et a été accusé de meurtre au deuxième degré, en contravention de l’art. 235 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et d’indécence envers les restes de M<sup>me</sup> Jordan, en contravention de l’al. 182b) du *Code criminel*. Au procès, il a plaidé coupable à l’accusation d’indécence envers des restes humains.

[89] En ce qui concerne l’accusation de meurtre au deuxième degré, il incombait à la Couronne d’établir que M. Calnen avait causé la mort de M<sup>me</sup> Jordan, et qu’il avait l’intention de causer sa mort ou des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non. Monsieur Calnen affirme depuis le début que la Couronne n’a pas réussi à établir le lien de causalité et l’intention; il soutient essentiellement

death, that her death was an accident, and that there is no unlawful act for which he bears any responsibility.

[90] No admissibility concerns were raised regarding certain aspects of Mr. Calnen’s after-the-fact conduct, such as failing to call emergency services when Ms. Jordan died, telling the police and others that she had left him and their home alive, sending messages from her phone after her death to others saying that she had gone into the city, burning her possessions to create the impression that she had left him, and calling a third party after her death to ask whether Ms. Jordan was with that person.

[91] The contested after-the-fact conduct concerns Mr. Calnen’s actions in relation to Ms. Jordan’s body and his destruction of evidence. The use of this after-the-fact conduct was a live issue from the outset of the case and throughout the trial. There was, and continues to be, a division on whether this after-the-fact conduct could be used as evidence of Mr. Calnen’s intent. It is this issue we must resolve.

## II. Decisions Below

### A. *Decision on Committal — 2014 NSPC 17*

[92] Following the preliminary inquiry, Derrick J. of the Provincial Court discharged Mr. Calnen of the charge of second degree murder and the included charge of manslaughter, pursuant to s. 548(1) of the *Criminal Code*. He was committed on the interference charge. Derrick J. looked at the whole of the Crown’s case and considered whether there was “any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty”: see *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at p. 1080.

qu’il n’a pas causé la mort de M<sup>me</sup> Jordan et qu’il n’avait pas l’intention de causer sa mort, qu’il s’agit d’un décès accidentel, et qu’on ne peut lui reprocher aucun acte illégal.

[90] Aucune question d’admissibilité n’a été soulevée quant à certains aspects du comportement après le fait de M. Calnen, comme le fait qu’il n’a pas appelé les services d’urgence lorsque M<sup>me</sup> Jordan est décédée, qu’il a dit à la police et à d’autres personnes qu’elle était encore vivante lorsqu’elle était partie de la maison et l’avait quitté, qu’il avait envoyé — après le décès de M<sup>me</sup> Jordan — des messages textes à d’autres personnes à partir du téléphone de cette dernière leur disant qu’elle était allée en ville, qu’il avait brûlé ses effets personnels pour donner l’impression qu’elle l’avait quitté, et qu’il avait appelé un tiers après le décès de M<sup>me</sup> Jordan pour lui demander s’il était avec elle.

[91] Le comportement après le fait contesté concerne les actes exécutés par M. Calnen à l’égard du corps de M<sup>me</sup> Jordan et sa destruction des éléments de preuve. L’utilisation de ce comportement après le fait est une question qui était en litige dès le début de l’affaire et qui l’est demeurée pendant tout le procès. Les avis étaient — et sont toujours — partagés quant à savoir si ce comportement après le fait peut servir comme preuve de l’intention de M. Calnen. C’est la question que nous sommes appelés à trancher.

## II. Décisions des juridictions inférieures

### A. *Décision sur le renvoi à procès — 2014 NSPC 17*

[92] À la suite de l’enquête préliminaire, la juge Derrick, de la Cour provinciale, a libéré M. Calnen de l’accusation de meurtre au deuxième degré et de l’infraction incluse d’homicide involontaire coupable, au titre du par. 548(1) du *Code criminel*. Elle l’a renvoyé pour subir son procès relativement à l’accusation d’indécence. La juge Derrick a examiné l’ensemble de la preuve de la Couronne et s’est demandé s’il existait ou non « des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » : voir *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080.

[93] As the Crown’s case was circumstantial in nature, Derrick J. engaged in a limited weighing of the evidence in order to assess whether it was “reasonably capable of supporting the inferences that the Crown asks the jury to draw”: para. 15 (CanLII). The Crown’s case at this stage was comprised of a number of elements: testimony from three witnesses (the lead homicide investigator; Mr. Wade Weeks, a friend of the deceased; and the forensic IDENT investigator), a booklet of photographs taken by the forensic IDENT investigator, phone records, and Mr. Calnen’s June 18 statement to the police. The question was whether this evidence, if believed, could reasonably support guilt beyond a reasonable doubt.

[94] Ultimately, Derrick J. determined that there was no evidence upon which a reasonable, properly instructed jury could return a verdict of guilt with respect to two essential elements of second degree murder: causation and the requisite mental state. This decision turned largely on her conclusion that Mr. Calnen’s after-the-fact conduct could not be used to support the inference that he intended to kill Ms. Jordan. Quoting Ontario Court of Appeal cases *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226, and *R. v. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234 — but without the benefit of this Court’s decision in *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760 — Derrick J. stated that it was well established that after-the-fact conduct could not be used to determine the level of culpability, and more specifically that it could not be used to determine what the accused’s state of mind was at the time of the participation in any unlawful act that caused death.

[95] After considering the entirety of the evidence, she concluded that no reasonable inference could be drawn that Mr. Calnen had animus toward Ms. Jordan or intended to kill her. All the evidence was capable of showing was that Mr. Calnen did not want anyone to suspect that Ms. Jordan was dead — it was “pure

[93] Comme la preuve de la Couronne était de nature circonstancielle, la juge Derrick ne l’a évaluée que sommairement pour décider si elle était [TRANSDUCTION] « raisonnablement susceptible d’étayer les inférences que la Couronne demande au jury de tirer » : par. 15 (CanLII). À cette étape, la preuve de la Couronne était constituée d’un certain nombre d’éléments : le témoignage de trois témoins (l’enquêteur principal de l’homicide; M. Wade Weeks, un ami de la défunte; et l’enquêteur de l’identité judiciaire), de même que d’un livret de photographies prises par l’enquêteur de l’identité judiciaire, des relevés téléphoniques et la déclaration faite par M. Calnen à la police le 18 juin. La question était celle de savoir si ces éléments de preuve étaient, si on y ajoutait foi, raisonnablement de nature à étayer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable.

[94] En fin de compte, la juge Derrick a estimé qu’il n’y avait pas d’éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité quant à deux éléments essentiels du meurtre au deuxième degré : le lien de causalité et l’état d’esprit requis. Cette décision reposait en grande partie sur la conclusion de la juge Derrick suivant laquelle le comportement après le fait de M. Calnen ne pouvait être utilisé pour étayer l’inférence qu’il avait l’intention de tuer M<sup>me</sup> Jordan. Citant les arrêts rendus par la Cour d’appel de l’Ontario dans les affaires *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226, et *R. c. Mujku*, 2014 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234 — mais sans avoir eu l’avantage de l’arrêt rendu par notre Cour dans l’affaire *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760 — la juge Derrick a déclaré qu’il était de jurisprudence constante que l’on ne pouvait se servir du comportement après le fait de l’accusé pour déterminer son degré de culpabilité et, plus précisément, que l’on ne pouvait s’en servir pour déterminer quel était son état d’esprit au moment de son implication dans tout acte illégal ayant causé la mort.

[95] Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, la juge Derrick a conclu qu’on ne pouvait raisonnablement conclure que M. Calnen était motivé par un sentiment d’animosité envers M<sup>me</sup> Jordan ou qu’il avait l’intention de la tuer. La seule chose que la preuve était susceptible de démontrer, c’était que

speculation” that he hid and disposed of her body in order to hide the fact that he killed her by an unlawful act: para. 95.

[96] After Derrick J. discharged Mr. Calnen on the charge of murder and the included charge of manslaughter, the Crown elected to proceed by way of a direct indictment.

B. *Decision on Motion for a Directed Verdict of Acquittal — 2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129*

[97] At trial, there were multiple *voir dire*s on various aspects of the evidence, many of which touched on Mr. Calnen’s contested after-the-fact conduct. The trial judge first determined that Mr. Calnen’s statements to the police were voluntary (2015 NSSC 291, 366 N.S.R. (2d) 71). A second *voir dire* concerned which portions of the police interviews should be before the jury, the focus being on prejudice and probative value. Defence counsel also sought the exclusion of portions of Mr. Calnen’s statement on the basis that it was a misuse of after-the-fact conduct evidence. The trial judge determined that at this early stage of the proceeding, and absent hearing evidence at trial, he would admit the final part of the statement and the re-enactment statement, but he put counsel on notice that he would be seeking their input with respect to the crafting of the instructions on after-the-fact conduct (2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93).

[98] The Crown’s case against Mr. Calnen was entirely circumstantial. At trial, evidence was adduced through lay and expert witnesses. The Crown attempted to establish animus and motive through text messages sent by Ms. Jordan. Some showed indifference toward Mr. Calnen, as well as plans to leave him and to steal his property. Mr. Wade

M. Calnen ne voulait pas que quelqu’un soupçonne que M<sup>me</sup> Jordan était morte. Affirmer qu’il avait caché la dépouille et s’en était débarrassé pour dissimuler le fait qu’il avait tué M<sup>me</sup> Jordan en commettant un acte illégal relevait de la [TRADUCTION] « pure spéculation » : par. 95.

[96] Après que la juge Derrick eut libéré M. Calnen de l’accusation de meurtre et de l’accusation incluse d’homicide involontaire coupable, la Couronne a choisi de procéder par voie de mise en accusation directe.

B. *Décision relative à la requête en verdict imposé d’acquiescement — 2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129*

[97] Au procès, le juge a tenu de multiples voir-dire sur divers aspects de la preuve, en particulier sur le comportement après le fait de M. Calnen qui est contesté. Le juge du procès a tout d’abord conclu que les déclarations que M. Calnen avait faites à la police étaient volontaires (2015 NSSC 291, 366 N.S.R. (2d) 71). Un deuxième voir-dire concernait la question de savoir à quels extraits des interrogatoires avec les policiers le jury devait avoir accès, en tenant surtout compte du préjudice et de la valeur probante. L’avocat de la défense a également demandé l’exclusion de certaines parties de la déclaration de M. Calnen au motif qu’il s’agissait d’une mauvaise utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait. Le juge du procès a estimé que, à ce stade peu avancé de l’instance et à défaut d’avoir entendu les témoignages au procès, il admettrait en preuve la dernière partie de la déclaration ainsi que la déclaration relative à la reconstitution, tout en prévenant les avocats qu’il solliciterait leur avis relativement à l’élaboration des directives concernant le comportement après le fait (2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93).

[98] La preuve de la Couronne contre M. Calnen était entièrement circonstancielle. Au procès, la preuve a été présentée par l’entremise de témoins profanes et de témoins experts. La Couronne a tenté d’établir l’animosité et le mobile de M. Calnen au moyen des messages textes envoyés par M<sup>me</sup> Jordan. Certains messages montraient l’indifférence de cette

Weeks testified that Ms. Jordan sent him text messages indicating that Mr. Calnen had “put his hands on her”, and that she thought she might not be safe: para. 27. Mr. Calnen’s statement indicated that he and Ms. Jordan were fighting on the day she died. Some of Mr. Calnen’s messages to her were also in evidence, including his threats of suicide. It was Mr. Calnen’s after-the-fact conduct evidence, however, that the Crown submitted supported the strongest inferences about his guilt.

[99] At the close of trial, Mr. Calnen brought a motion for a directed verdict of acquittal. The trial judge dismissed the motion, finding that there was sufficient evidence such that a reasonable jury, properly instructed, could find Mr. Calnen guilty: see *R. v. Rowbotham*, [1994] 2 S.C.R. 463. The trial judge relied on *Rodgerson* and allowed the after-the-fact conduct as evidence of intent, stating: “. . . I am particularly mindful of the testimony of Wade Weeks and Donna Jordan, along with Reita Jordan’s te[x]ts and the statements of Mr. Calnen which have been placed in evidence before the jury”: para. 39. The trial judge determined that if the jury accepted parts of this evidence, it would be “more than sufficient” to establish the requisite intent for second degree murder: para. 39.

[100] The jury convicted Mr. Calnen of second degree murder.

*C. Decision of the Court of Appeal — 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362*

[101] Mr. Calnen advanced seven grounds of appeal. The majority at the Court of Appeal held that the trial judge had failed to properly instruct the jury on the use of after-the-fact conduct evidence as it relates to proof of intent for second degree murder. They were of the view that as there was no evidence contradicting Mr. Calnen’s story, the issue was

dernière envers M. Calnen et faisaient état de ses plans de le quitter et de voler ses biens. Monsieur Wade Weeks a affirmé dans son témoignage que M<sup>me</sup> Jordan lui avait envoyé des messages textes lui racontant que M. Calnen l’avait [TRADUCTION] « pognée » et qu’elle pensait qu’elle n’était peut-être plus en sécurité : par. 27. Selon la déclaration de M. Calnen, lui et M<sup>me</sup> Jordan s’étaient disputés le jour où elle est morte. Certains messages que M. Calnen a envoyés à M<sup>me</sup> Jordan ont aussi été présentés en preuve, notamment des menaces de suicide. La Couronne a toutefois affirmé que c’était la preuve relative au comportement après le fait de M. Calnen qui étayait les inférences les plus solides quant à sa culpabilité.

[99] À la clôture du procès, M. Calnen a présenté une requête en vue d’obtenir un verdict imposé d’acquiescement. Le juge du procès a rejeté la requête, estimant qu’il y avait suffisamment de preuve pour permettre à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer M. Calnen coupable : voir *R. c. Rowbotham*, [1994] 2 R.C.S. 463. Se fondant sur l’arrêt *Rodgerson*, le juge du procès a admis en preuve le comportement après le fait comme preuve de l’intention. Il a ajouté : [TRADUCTION] « . . . je tiens en particulier compte du témoignage de Wade Weeks et de Donna Jordan, de même que des messages textes de Reita Jordan et des déclarations de M. Calnen qui ont été présentés en preuve au jury » : par. 39. Le juge du procès a conclu que l’acceptation par le jury de certains de ces éléments de preuve « suffirait amplement » à établir l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré : par. 39.

[100] Le jury a reconnu M. Calnen coupable de meurtre au deuxième degré.

*C. Décision de la Cour d’appel — 2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362*

[101] Monsieur Calnen a fait valoir sept moyens d’appel. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont estimé que le juge du procès n’avait pas donné au jury des directives appropriées quant à l’utilisation des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait en rapport avec la preuve de l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Selon eux, comme il

whether evidence of after-the-fact conduct, alone, could prove that Mr. Calnen had the requisite intent.

[102] The majority found that, on the facts of this case, the after-the-fact conduct evidence was not relevant and had no probative value for distinguishing between intent for murder and manslaughter. The jury should have been instructed that this evidence could not assist the jury in determining Mr. Calnen's level of culpability. The majority concluded that it would have been "safer" to allow the defence's motion for a directed verdict and take second degree murder away from the jury. Mr. Calnen's conviction for second degree murder was therefore set aside and a new trial was ordered on the charge of manslaughter only.

[103] MacDonald C.J., in dissent, determined that after-the-fact conduct can be relevant not only to establish the commission of an offence, but also to determine the degree of culpability. In this case, the trial judge understood — and explained — the uses that could be made of the after-the-fact conduct evidence. MacDonald C.J. found that there was sufficient circumstantial evidence to put second degree murder to the jury.

### III. Issues

[104] The Crown appealed. Four basic issues divide the parties. They are:

1. Was the contested after-the-fact conduct evidence admissible to prove the requisite intent for second degree murder?

n'y avait pas d'éléments de preuve contredisant la version des faits de M. Calnen, la question à se poser était celle de savoir si, à eux seuls, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pouvaient démontrer que M. Calnen avait l'intention requise.

[102] Les juges majoritaires ont conclu que, au vu des faits de l'espèce, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait n'étaient pas pertinents et n'avaient aucune valeur probante susceptible d'établir une distinction entre l'intention de commettre un meurtre plutôt qu'un homicide involontaire coupable. On aurait dû dire aux jurés que ces éléments de preuve ne pouvaient les aider à déterminer le degré de culpabilité de M. Calnen. Les juges majoritaires ont conclu qu'il aurait été plus [TRADUCTION] « sage » d'accueillir la requête en verdict imposé de la défense et de ne pas demander au jury de se prononcer sur l'accusation de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a donc annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen et ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable seulement.

[103] Le juge en chef MacDonald, dissident, a estimé que le comportement après le fait pouvait être utile, non seulement pour établir la perpétration d'une infraction, mais également pour déterminer le degré de culpabilité. Dans le cas qui nous occupe, le juge du procès a compris — et expliqué — les utilisations qui pouvaient être faites de la preuve relative au comportement après le fait. Le juge en chef MacDonald a conclu qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve circonstancielle pour demander au jury de se prononcer sur l'accusation de meurtre au deuxième degré.

### III. Questions en litige

[104] La Couronne a formé le présent pourvoi. Les parties sont en désaccord relativement aux quatre questions fondamentales suivantes :

1. La preuve contestée de comportement après le fait était-elle admissible pour établir l'intention requise dans le cas d'un meurtre au deuxième degré?

2. Should the trial judge have granted Mr. Calnen's application for a directed verdict?
3. Did the trial judge properly instruct the jury?
4. Was the jury verdict unreasonable?

[105] I conclude the trial judge was correct to admit this after-the-fact conduct evidence, and to instruct the jury that it could be used as evidence for the purposes of determining both causation and intent for second degree murder. There is no need to address the issue of the directed verdict. Further, the jury charge was sufficient to explain the uses that could be made of this after-the-fact conduct evidence and the possible general risks that it posed. However, in response to the parties' arguments on unreasonable verdict, I have reached the conclusion that the jury ought to have been warned about the specific risks of prohibited propensity reasoning associated with this after-the-fact conduct, as well as other evidence about Mr. Calnen's character, conduct and lifestyle. The absence of a limiting instruction on propensity was a serious error of law necessitating a new trial.

#### IV. Was the Contested After-the-Fact Conduct Evidence Admissible to Prove the Requisite Intent for Second Degree Murder?

##### A. *General Principles*

[106] After-the-fact conduct encompasses what the accused both said and did after the offence charged in the indictment was allegedly committed. It covers a large range of possible circumstances, and its content and contours are confined only by the limits of human experience. After-the-fact conduct may also arise in respect of all types of criminal offences and in different legal settings: for example, in cases in which the accused pleads not guilty, admits all or part of an offence, admits some of the offences charged, and/or asserts a defence, excuse, or justification. It

2. Le juge du procès aurait-il dû accueillir la requête en verdict imposé de M. Calnen?
3. Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury?
4. Le verdict du jury était-il déraisonnable?

[105] Je conclus que le juge du procès a eu raison d'admettre ces éléments de preuve relatifs au comportement après le fait et de dire au jury que ces éléments pouvaient être utilisés en preuve pour établir à la fois le lien de causalité et l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Point n'est besoin de trancher la question du verdict imposé. De plus, l'exposé au jury était suffisant pour expliquer les utilisations qui pouvaient être faites de ces éléments de preuve et les risques éventuels qu'ils comportaient en général. Toutefois, pour ce qui est des arguments des parties concernant le verdict déraisonnable, j'arrive à la conclusion qu'il aurait fallu mettre le jury en garde contre les risques précis que pose le raisonnement interdit fondé sur la propension en ce qui concerne ce comportement après le fait, de même que d'autres éléments de preuve relatifs à la moralité, au comportement et au mode de vie de M. Calnen. L'absence de directive restrictive au sujet de la question de propension constituait une erreur de droit grave commandant la tenue d'un nouveau procès.

#### IV. La preuve contestée de comportement après le fait était-elle admissible pour établir l'intention requise dans le cas d'un meurtre au deuxième degré?

##### A. *Principes généraux*

[106] Le comportement après le fait englobe tant ce que l'accusé a dit que ce qu'il a fait après qu'aurait été commise l'infraction reprochée dans l'acte d'accusation. Il couvre un large éventail de scénarios possibles, et sa teneur et ses paramètres ne sont circonscrits que par les limites de l'expérience humaine. Le comportement après le fait peut également s'appliquer à tous les types d'infractions criminelles et dans différents contextes juridiques : par exemple, lorsque l'accusé plaide non coupable, qu'il reconnaît sa culpabilité en totalité ou en partie relativement à

is this potential breadth, variety, and mix of considerations that lies at the heart of the much repeated observation that the proper legal treatment of after-the-fact conduct is highly context and fact specific.

(1) Admissibility

[107] As with other types of evidence, evidence of after-the-fact conduct is admissible if it is relevant to a live, material issue in the case, its admission does not offend any other exclusionary rule of evidence, and its probative value exceeds its prejudicial effects.

[108] Relevance involves an inquiry into the logical relationship between the proposed evidence and the fact that it is tendered to establish. The threshold is not high and evidence is relevant if it has “some tendency as a matter of logic and human experience to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence”: *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 36, quoting D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 31. In other words, the question is whether a piece of evidence makes a fact more or less likely to be true. Relevance does not require a “minimum probative value”: *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 38. As the admissibility of after-the-fact conduct evidence is, “[a]t its heart”, one of relevance, determining the relevance of any piece of after-the-fact conduct evidence is necessarily a case-by-case, “fact-driven exercise”: *White (2011)*, at paras. 22 and 42; see also *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 26.

[109] To establish materiality, the evidence must be relevant to a *live* issue; if it is not relevant to a live issue, it must be excluded or the jury should be

une infraction, qu’il avoue avoir commis certaines des infractions reprochées et/ou qu’il invoque une défense, une excuse ou une justification. C’est ce potentiel éventail, cette diversité et cette combinaison de variables qui sont au cœur de l’observation maintes fois répétée suivant laquelle la façon dont il convient, sur le plan juridique, d’analyser le comportement après le fait est largement tributaire du contexte et des faits.

(1) Admissibilité

[107] Comme tout autre type de preuve, la preuve relative au comportement après le fait est admissible si elle est pertinente à l’égard d’une question importante en litige, si elle n’est visée par aucune autre règle d’exclusion en matière de preuve et si sa valeur probante l’emporte sur ses effets préjudiciables.

[108] Pour déterminer la pertinence, il faut examiner le lien logique entre la preuve proposée et le fait qu’elle vise à établir. Le critère à respecter n’est pas exigeant; une preuve répond à la norme de la pertinence [TRADUCTION] « lorsque, selon la logique et l’expérience humaine, elle tend d’une façon quelconque à rendre la thèse qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle » : *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 36, citant D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 31. Autrement dit, la question à se poser est celle de savoir si l’élément de preuve accroît ou diminue la probabilité de l’existence d’un fait. Aucune « valeur probante minimale » n’est requise pour qu’un élément de preuve soit considéré comme pertinent : *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 38. Étant donné que l’admissibilité de la preuve relative au comportement après le fait est « [f]ondamentalement » fonction de sa pertinence, l’appréciation de la pertinence de tout élément de preuve relatif au comportement après le fait s’effectue nécessairement au cas par cas, « en fonction des faits » : *White (2011)*, par. 22 et 42; voir également *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 26.

[109] Pour être considérée comme importante, la preuve doit se rapporter à une question *en litige*; si elle n’est pas pertinente à l’égard d’une question en

instructed that the evidence is of no probative value: see *White (2011)*, at para. 36.

[110] Trial judges retain the general discretion to exclude relevant evidence when its potential prejudice exceeds its probative force: see *White (2011)*, at para. 31. Counsel for Mr. Calnen sought the exclusion of the after-the-fact conduct evidence in a *voir dire*, on the basis that its prejudice outweighed its probity. The trial judge admitted portions of Mr. Calnen's statement to the police and found that the probative value of the evidence outweighed any prejudicial effect.

[111] After-the-fact conduct is circumstantial evidence. Like other forms of circumstantial evidence, after-the-fact conduct allows a fact finder to draw particular inferences based on a person's words or actions: see *White (1998)*, at para. 21; *White (2011)*, at para. 22; *Peavoy*, at para. 24. This process of inductive reasoning is a cornerstone of the law of evidence, and is used frequently to draw inferences from circumstantial evidence, as well as to assess credibility and to determine the relevance and probative value of evidence: see D. M. Tanovich, "*Angelis: Inductive Reasoning, Post-Offence Conduct and Intimate Femicide*" (2013), 99 C.R. (6th) 338.

[112] In order to draw inferences, the decision maker relies on logic, common sense, and experience. As with all circumstantial evidence, a range of inferences may be drawn from after-the-fact conduct evidence. The inferences that may be drawn "must be reasonable according to the measuring stick of human experience" and will depend on the nature of the conduct, what is sought to be inferred from the conduct, the parties' positions, and the totality of the evidence: *R. v. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534, at para. 77. That there may be a range of potential inferences does not render the after-the-fact conduct null: see *R. v. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580, at para. 68. In most cases, it will be for the jury or judge to determine which inferences they accept and the weight

litige, elle doit être soustraite à l'appréciation du jury ou le jury doit recevoir la directive qu'elle n'a aucune valeur probante : voir *White (2011)*, par. 36.

[110] Les juges du procès conservent leur pouvoir discrétionnaire général d'écartier des éléments de preuve pertinents dont les effets préjudiciables l'emportent sur la valeur probante : voir *White (2011)*, par. 31. L'avocat de M. Calnen a réclamé l'exclusion des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait dans le cadre d'un voir-dire, au motif que leurs effets préjudiciables l'emportaient sur leur valeur probante. Le juge du procès a admis en partie les déclarations faites par M. Calnen à la police et il a conclu que leur valeur probante l'emportait sur tout effet préjudiciable.

[111] La preuve relative au comportement après le fait est circonstancielle. Comme toute autre preuve circonstancielle, elle permet au juge des faits de tirer des inférences particulières en se fondant sur les paroles ou les actes de l'intéressé : voir *White (1998)*, par. 21; *White (2011)*, par. 22; *Peavoy*, par. 24. Ce raisonnement par induction constitue une des pierres angulaires du droit de la preuve et on y recourt fréquemment pour tirer des inférences à partir d'éléments de preuve circonstancielle, ainsi que pour évaluer la crédibilité et déterminer la pertinence et la valeur probante d'un élément de preuve : voir D. M. Tanovich, « *Angelis : Inductive Reasoning, Post-Offence Conduct and Intimate Femicide* » (2013), 99 C.R. (6th) 338.

[112] Pour pouvoir tirer de telles inférences, le décideur se fonde sur la logique, le bon sens et l'expérience. Comme pour toute preuve circonstancielle, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait permettent de tirer une foule d'inférences. Celles-ci [TRADUCTION] « doivent être raisonnables selon les critères de l'expérience humaine » et elles dépendent de la nature du comportement, de l'inférence que l'on cherche à tirer de ce comportement, de la thèse des parties, et de l'ensemble de la preuve : *R. c. Smith*, 2016 ONCA 25, 333 C.C.C. (3d) 534, par. 77. Le fait qu'il puisse exister une gamme de conclusions potentielles ne rend pas nul le comportement après le fait : voir *R. c. Allen*, 2009 ABCA 341, 324 D.L.R. (4th) 580, par. 68. Dans la plupart des cas, il appartiendra au jury ou au juge de déterminer

they ascribe to them. “It is for the trier of fact to choose among reasonable inferences available from the evidence of after-the-fact conduct”: *Smith*, at para. 78.

(2) Articulating the Purpose and Use of the Evidence and the Proposed Inferences

[113] In addition to being aware of the general principles, it is important for counsel and trial judges to specifically define the issue, purpose, and use for which such evidence is tendered and to articulate the reasonable and rational inferences which might be drawn from it. This often requires counsel and the court to expressly set out the chain of reasoning that supports the relevance and materiality of such evidence for its intended use. Evidence is to be used only for the particular purpose for which it was admitted. When evidence is admissible for one purpose, but not for another, the finder of fact, whether judge or jury, needs to be mindful of and respectful of its permissible and impermissible uses. In such cases, a specific instruction to a jury that certain evidence has a limited use or is of no probative value on a particular issue is required.

[114] This case illustrates how admissibility assessments are to be tied to intended uses and do not exist in the abstract. Clearly, Mr. Calnen’s actions in relation to Ms. Jordan’s body would have been admissible to the charge of interference with human remains, had he not pled guilty to that charge. It was also common ground that his actions were admissible and could be used to rebut the allegation of accident, and to establish causation and an unlawful act for the included offence of manslaughter. The divisive evidentiary issue was whether or not Mr. Calnen’s actions to destroy Ms. Jordan’s body were relevant and admissible for the purpose of establishing intent to commit second degree murder.

quelles inférences il est prêt à tirer et le poids qu’il leur attribue. [TRADUCTION] « C’est au juge des faits qu’il incombe de choisir parmi les inférences raisonnables que la preuve relative au comportement après le fait permet de tirer » : *Smith*, par. 78.

(2) Formulation de l’objet de la preuve, de son utilisation prévue et des inférences proposées

[113] Il est important non seulement que les avocats et les juges du procès connaissent bien les principes généraux applicables, mais aussi qu’ils définissent précisément la question, la raison et l’utilisation pour lesquelles la preuve en cause est présentée, en plus de formuler les inférences raisonnables et rationnelles qui peuvent en être tirées. Pour ce faire, l’avocat et le tribunal doivent souvent exposer expressément le raisonnement qui justifie la pertinence et l’importance de cette preuve par rapport à l’utilisation qu’on entend en faire. La preuve ne doit être utilisée que pour la fin pour laquelle elle a été admise. Lorsqu’un élément de preuve est admissible à une fin, mais non à une autre, le juge des faits — le juge ou le jury — doit être conscient et respectueux des utilisations permises et non permises de cette preuve. Dans de tels cas, le juge devra donner au jury une directive pour préciser qu’un élément de preuve donné ne peut faire l’objet que d’une utilisation limitée ou qu’il n’a aucune valeur probante relativement à une question en particulier.

[114] La présente affaire montre bien que l’évaluation de l’admissibilité ne peut être dissociée de l’utilisation que l’on entend faire de la preuve et que cette appréciation n’existe pas dans l’abstrait. De toute évidence, les actes commis par M. Calnen sur le corps de M<sup>me</sup> Jordan auraient été admissibles relativement à l’accusation d’indécence envers des restes humains s’il n’avait pas plaidé coupable à ce chef d’accusation. Il était aussi reconnu que les actes de M. Calnen étaient admissibles et pouvaient être utilisés pour réfuter l’allégation d’accident et pour établir le lien de causalité et la perpétration d’un acte illégal dans le cas de l’infraction incluse d’homicide involontaire coupable. La question de preuve litigieuse consistait à savoir si les actes accomplis par M. Calnen pour détruire le corps de M<sup>me</sup> Jordan étaient pertinents et admissibles dans le but de démontrer son intention de commettre un meurtre au deuxième degré.

[115] While the focus should be on the intended use of the evidence when determining admissibility and crafting jury instructions, it is also important to expressly state the inferences available to the jury. In *Rodgerson*, this Court made clear that judicial expertise may be required in order to “present the evidence and the available inferences to the jury in a comprehensible form”: para. 31. The question in this case was therefore whether, as a matter of logic, common sense, and human experience it was open for the jury, on these facts, to infer Mr. Calnen’s mental state at the time of Ms. Jordan’s death from what he subsequently did to destroy her body. The inference on intent advanced by the Crown is based on the following chain of reasoning: Ms. Jordan’s body would, if available, reveal how she died. Mr. Calnen took extraordinary steps to destroy Ms. Jordan’s body. Therefore, the common sense inference is that Mr. Calnen destroyed the body in order to conceal the nature and extent of her injuries and the degree of force required to inflict them because such may have been evidence of intent. The after-the-fact conduct evidence — the extraordinary steps that Mr. Calnen took to completely destroy Ms. Jordan’s body — makes the proposition that Mr. Calnen intended to inflict the requisite type of bodily harm for second degree murder more likely than without this evidence.

### (3) Cautions and Limits

[116] Even if admitted for a particular purpose, after-the-fact conduct may pose some unique reasoning risks: see D. M. Paciocco, “Simply Complex: Applying the Law of ‘Post-Offence Conduct’ Evidence” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Conduct that is “after-the-fact”, and therefore removed in time from the events giving rise to the charge, carries with it a temporal element that may make it more difficult to draw an appropriate inference. This evidence may also appear more probative than it is, it may be inaccurate, and it may encourage speculation. After-the-fact conduct evidence may thus give rise

[115] Bien que la détermination de l’admissibilité et l’élaboration des directives au jury doivent être axées sur l’utilisation que l’on entend faire des éléments de preuve, il importe aussi de formuler explicitement les inférences que le jury peut tirer. Dans l’arrêt *Rodgerson*, notre Cour a bien précisé que l’expertise judiciaire pouvait être nécessaire « pour présenter de façon compréhensible la preuve et les conclusions que le jury pouvait en tirer » : par. 31. La question qui se posait dans le cas qui nous occupe était donc de savoir si, selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine, il était loisible au jury, au vu des faits de l’espèce, d’inférer l’état d’esprit de M. Calnen au moment du décès de M<sup>me</sup> Jordan à partir de ce qu’il avait fait par la suite pour détruire son corps. L’inférence sur l’intention que propose la Couronne repose sur le raisonnement suivant : s’il existait encore, le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan révélerait de quelle manière elle est décédée. Monsieur Calnen a pris des mesures extraordinaires pour détruire le corps de M<sup>me</sup> Jordan. L’inférence suivant le bon sens est donc que M. Calnen a détruit le corps afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures subies par M<sup>me</sup> Jordan et la force nécessaire pour les lui infliger, car cela aurait pu prouver son intention. Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait — soit les mesures extraordinaires prises par M. Calnen pour détruire le corps complètement — rendent la thèse selon laquelle M. Calnen avait l’intention d’infliger le type de lésions corporelles exigé dans le cas d’un meurtre au deuxième degré plus probable qu’elle ne l’aurait été sans ces éléments de preuve.

### (3) Mises en garde et limites

[116] Même s’il est admis en preuve dans un but particulier, le comportement après le fait est susceptible de poser certains risques de raisonnement uniques : voir D. M. Paciocco, « Simply Complex : Applying the Law of “Post-Offence Conduct” Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Un acte commis « après le fait », et qui survient donc après les événements à l’origine de l’accusation, comporte un élément temporel qui peut rendre plus difficile la tâche consistant à tirer une inférence appropriée. Cette preuve peut aussi sembler plus probante qu’elle ne l’est en réalité; elle peut être inexacte et encourager

to imprecise reasoning and may encourage decision makers to jump to questionable conclusions.

[117] To meet the general concern that such evidence may be highly ambiguous and susceptible to jury error, the jury must be told to take into account alternative explanations for the accused's behaviour. In this way, jurors are instructed to avoid a mistaken leap from such evidence to a conclusion of guilt when the conduct may be motivated by and attributable to panic, embarrassment, fear of a false accusation, or some other innocent explanation: see *White (1998)*, at para. 22; *White (2011)*, at paras. 23-25; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 143.

[118] However, in addition to this general instruction, trial judges should consider whether any further specific limiting instructions or cautions may be required to counter any of the specific reasoning risks associated with the particular after-the-fact conduct at issue. In some cases, courts have recognized that certain types of evidence have other reasoning risks associated with them. For example, additional guidance may be necessary where after-the-fact conduct relates to the accused's demeanour, false alibis or lies put forward by the accused, or the silence or refusal (or, conversely, the readiness) of an accused to take part in an investigation: see *Paciocco*. Individual attention to the actual evidence at issue is necessary because any caution or limiting instruction is also context and fact specific, and needs to be fashioned to meet the specific risks posed by the particular type of after-the-fact conduct at issue in any given case.

#### B. *After-the-Fact Conduct and Intention*

[119] Contrary to certain suggestions made in the courts below, there is no legal impediment to using after-the-fact conduct evidence in determining the accused's intent. The jurisprudence of this Court is

la spéculation. Ainsi, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent susciter un raisonnement imprécis et encourager les décideurs à tirer de façon précipitée des conclusions discutables.

[117] Pour répondre à la crainte répandue suivant laquelle les éléments de preuve de ce type peuvent être très ambigus et induire le jury en erreur, il faut appeler le jury à prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé. Les jurés reçoivent ainsi pour directive d'éviter de commettre l'erreur consistant à conclure trop hâtivement à la culpabilité en se fondant sur la preuve relative au comportement après le fait, alors que ce comportement peut être motivé ou expliqué par une raison légitime, telles la panique, la gêne ou la crainte d'être accusé à tort : voir *White (1998)*, par. 22; *White (2011)*, par. 23-25; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 143.

[118] Toutefois, en plus de cette directive générale, les juges du procès devraient se demander s'ils doivent adresser aux jurys d'autres directives limitatives ou mises en garde de nature particulière afin d'atténuer tout risque de raisonnement particulièrement associé au comportement après le fait en cause. Dans certains cas précis, les tribunaux ont reconnu que certains types d'éléments de preuve étaient assortis d'autres risques de raisonnement. Par exemple, des directives supplémentaires peuvent être nécessaires lorsque le comportement après le fait concerne l'attitude de l'accusé, ou les faux alibis ou mensonges qu'il avance, ou encore son silence ou son refus (ou, inversement, sa volonté) de prendre part à l'enquête : voir *Paciocco*. Il est nécessaire d'accorder une attention particulière aux éléments de preuve en cause, parce que toute mise en garde ou directive restrictive est également tributaire du contexte et des faits et doit être adaptée aux risques précis que pose le type particulier de comportement après le fait dont il s'agit dans un cas donné.

#### B. *Comportement après le fait et intention*

[119] Contrairement à ce que les juridictions inférieures ont laissé entendre, il n'y a aucun obstacle juridique à l'utilisation d'éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer

clear: after-the-fact conduct evidence may be relevant to the issue of intent and may be used to distinguish between different levels of culpability (see *White (1998)*, at para. 32; *White (2011)*, at para. 42; *Rodgerson*, at para. 20). Specifically, this Court has said that “[w]hether or not a given instance of post-offence conduct has probative value with respect to the accused’s level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial”: *White (2011)*, at para. 42. There is therefore “no *per se* rule declaring post-offence conduct irrelevant to the perpetrator’s state of mind”: *R. v. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130, at para. 20, per Doherty J.A. As there are also no automatic labels which make certain kinds of after-the-fact conduct always or never relevant to a particular issue, “we must consider all the circumstances of a case to determine whether the post-offence conduct is probative and, if so, what use the jury may properly make of it”: see *R. v. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143, at para. 55.

[120] This Court’s decision in *Arcangioli* does not stand for the proposition that after-the-fact conduct cannot, as a matter of law, be used to establish intent or levels of culpability as between different offences. In that case, the accused fled the scene and admitted only that he punched the victim (common assault), but claimed he did not stab him (aggravated assault). In that context, the Court said that “where an accused’s conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences, and where an accused has admitted culpability in respect of one or more of these offences, a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence”: p. 145.

l’intention de l’accusé. La jurisprudence de notre Cour est claire sur ce point : la preuve relative au comportement après le fait de l’accusé peut être pertinente pour trancher la question de l’intention et elle peut servir à étayer une distinction entre divers degrés de culpabilité : voir *White (1998)*, par. 32; *White (2011)*, par. 42; *Rodgerson*, par. 20. En particulier, notre Cour a déclaré que « [l]a valeur probante de la preuve du comportement postérieur à l’infraction à l’égard du degré de culpabilité de l’accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l’ensemble du dossier et des questions soulevées au procès » : *White (2011)*, par. 42. En conséquence, il n’existe [TRADUCTION] « pas à proprement parler de règle qui déclare que le comportement postérieur à l’infraction n’est pas pertinent lorsque vient le temps de déterminer l’état d’esprit de l’auteur de l’infraction » : *R. c. Jackson*, 2016 ONCA 736, 33 C.R. (7th) 130, par. 20, le juge Doherty. Vu qu’on ne considère pas automatiquement que certains types de comportements après le fait sont toujours pertinents quant à une question particulière ou ne le sont jamais, [TRADUCTION] « nous devons tenir compte de l’ensemble des circonstances de l’affaire pour juger si le comportement postérieur à l’infraction a une valeur probante et, dans l’affirmative, quelle utilisation le jury est autorisé à en faire » : voir *R. c. Angelis*, 2013 ONCA 70, 296 C.C.C. (3d) 143, par. 55.

[120] L’arrêt *Arcangioli* de notre Cour n’appuie pas la thèse suivant laquelle, en droit, le comportement après le fait ne peut servir à établir l’intention ou le degré de culpabilité de l’accusé d’une manière qui distingue diverses infractions. Dans cette affaire, l’accusé, qui avait fui les lieux du crime, a seulement admis avoir assené des coups de poing à la victime (voies de fait simples), mais prétendait qu’il ne l’avait pas poignardée (voies de fait graves). Dans ce contexte, la Cour a dit que, « lorsque le comportement de l’accusé peut s’expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, et que l’accusé a reconnu sa culpabilité à l’égard d’une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n’a aucune valeur probante relativement à une infraction précise » : p. 145.

[121] When grounded in its facts, *Arcangioli* simply established that where an accused has admitted culpability, after-the-fact conduct evidence may, in some cases, be unable to assist the trier of fact in determining the accused's level of culpability as between two offences: see pp. 145-46; *White (1998)*, at para. 23; *White (2011)*, at para. 41; *Angelis*, at para. 53. This Court subsequently tied that finding to when the accused admitted the *actus reus*, saying that a no probative value instruction on intent

is most likely to be warranted where, as in *Arcangioli* itself, the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act, or has denied committing some related offence arising from the same operative set of facts. In such cases, the participation of the accused in the culpable event is not at issue; the question to be decided is merely the extent or legal significance of that participation.

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

[122] However, Justice Rothstein expressed it this way in *White (2011)*, at para. 37:

*Arcangioli*, and its successor case *White (1998)*, stand for the proposition that a “no probative value” instruction will be required when the accused’s post-offence conduct is “equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences (*White (1998)*, at para. 28; *Arcangioli*, at pp. 145 and 147).

[123] Some read this passage to suggest that the reasoning in *Arcangioli* is not limited to cases in which the accused has admitted culpability: see Paciocco, at p. 318. I agree. However, relevance is tied directly to the issues raised at trial: *White (2011)*, at para. 42. The presence of an admission is an important contextual factor because it establishes a baseline culpability such that the legal issue becomes whether the after-the-fact conduct evidence is equally consistent with two or more offences.

[121] Sur le fondement des faits propres à cette affaire, l'arrêt *Arcangioli* a simplement établi que, lorsque l'accusé a reconnu sa culpabilité, il arrive que, dans certains cas, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait ne soient pas utiles pour permettre au juge des faits de décider du degré de culpabilité de l'accusé d'une manière qui distingue deux infractions : voir p. 145-146; *White (1998)*, par. 23; *White (2011)*, par. 41; *Angelis*, par. 53. Notre Cour a subséquemment rattaché cette conclusion à la situation où l'accusé a avoué l'*actus reus*, affirmant ce qui suit sur le recours à une directive selon laquelle un élément de preuve n'a aucune valeur probante pour établir l'intention :

Une telle directive sera très probablement justifiée lorsque, comme dans l'affaire *Arcangioli*, l'accusé avoue avoir accompli l'*actus reus*, mais nie un degré de culpabilité donné à l'égard de cet acte ou nie avoir perpétré une infraction connexe découlant du même ensemble de faits considérés. En pareil cas, la participation de l'accusé à l'acte coupable n'est pas contestée; seule l'ampleur de cette participation ou son incidence sur le plan légal doit être déterminée.

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

[122] Toutefois, le juge Rothstein a exprimé ce point de la façon suivante dans *White (2011)*, par. 37 :

L'arrêt *Arcangioli*, et l'arrêt *White (1998)* qui l'a suivi, énoncent le principe qu'une directive selon laquelle la preuve n'a « aucune valeur probante » est nécessaire lorsque le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction peut « s'expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus (*White (1998)*, par. 28; *Arcangioli*, p. 145 et 147).

[123] Certains interprètent ce passage comme signifiant que le raisonnement dans *Arcangioli* ne se limite pas aux situations où l'accusé a avoué sa culpabilité : voir Paciocco, p. 318. Je suis d'accord. Toutefois, la pertinence est directement liée aux questions soulevées au procès : *White (2011)*, par. 42. La présence d'un aveu est un facteur contextuel important, parce qu'elle établit une culpabilité de base faisant en sorte que la question juridique devient celle de savoir si la preuve relative au comportement après le

When an accused denies culpability in respect of the offence charged and any included offence, the legal issues are different and the comparison expands to include other potential inferences, specifically that there has been no offence committed at all. That said, an admission is not the only way to establish culpability. The above passage from *White (2011)* addresses the stage of the analysis when there are two or more offences under consideration: a point at which some baseline culpability has already been established. Culpability will arise whenever the fact finder has determined that the presumption of innocence has been rebutted by proof beyond a reasonable doubt and any proffered defence of accident has already been rejected. It should not matter whether that culpability arises from an admission or a finding to that effect.

[124] After-the-fact conduct evidence will not always or necessarily be equally consistent with two offences, and it is open to the trier of fact to conclude that the conduct is more consistent with one offence than the other: see *White (1998)*, at para. 27. The key is therefore determining what “equally explained by” or “equally consistent with” means. This Court has never said that every time multiple possible explanations for conduct are proposed, they become “equally probable” and the evidence in question therefore loses relevance (because it does not make any fact more or less likely). The existence of alternative explanations for the accused’s conduct does not mean that certain evidence is no longer relevant. The overall conduct and context must be such that it is not possible to choose between the available inferences as a matter of common sense, experience and logic. This is a composite standard in which the three considerations interact and one may take on greater significance in a particular case. For example, when hypothetically it could be one offence or another, common sense and experience may support one inference over the other. Pure logic is not the only, or even primary consideration. Any threshold determination of relevance must also respect that it is normally the function of the trier of fact to determine what inference is accepted and the weight to be given to it, and “[f]or the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of

fait est tout aussi compatible avec deux ou plusieurs infractions. Lorsqu’un accusé nie sa culpabilité relativement à l’infraction reprochée et à toute infraction incluse, les questions juridiques sont différentes et la comparaison s’étend pour englober d’autres inférences possibles, notamment celle voulant qu’aucune infraction n’a été commise. Cela dit, un aveu n’est pas la seule façon d’établir la culpabilité. Le passage précité de *White (2011)* traite l’étape de l’analyse où l’examen porte sur deux ou plusieurs infractions, c’est-à-dire à un point où une culpabilité de base a déjà été établie. La culpabilité est établie lorsque le juge des faits a déterminé que la présomption d’innocence a été réfutée par une preuve hors de tout doute raisonnable et que toute défense d’accident offerte a déjà été rejetée. Il devrait être indifférent que cette culpabilité découle d’un aveu ou d’une conclusion en ce sens.

[124] La preuve relative au comportement après le fait n’est pas toujours ou nécessairement tout aussi compatible avec la perpétration de deux infractions, et il est loisible au juge des faits de conclure que le comportement est plus compatible avec la perpétration d’une infraction plutôt que l’autre : voir *White (1998)*, par. 27. La clé consiste donc à déterminer ce qu’il faut entendre par « s’expliquer tout autant par » ou « est tout aussi compatible ». Notre Cour n’a jamais affirmé que chaque fois que plusieurs explications possibles d’un comportement sont avancées, elles deviennent « tout aussi probables les unes que les autres » et que les éléments de preuve en question perdent d’autant leur pertinence (au motif qu’ils ne rendent pas un fait plus ou moins vraisemblable). L’existence d’explications subsidiaires du comportement de l’accusé ne signifie pas que certains éléments de preuve ne sont plus pertinents. Le comportement global et le contexte doivent être tels qu’il n’est pas possible de choisir entre les inférences possibles en fonction du bon sens, de l’expérience et de la logique. Il s’agit d’une norme composée dans laquelle les trois considérations interagissent et où une d’elles peut revêtir davantage d’importance dans un cas particulier. Par exemple, lorsqu’hypothétiquement il pourrait s’agir d’une infraction ou d’une autre, le bon sens et l’expérience pourraient étayer une inférence plus que l’autre. La logique pure n’est pas la seule considération, ni même la principale.

the jury’s exclusive fact-finding role”: *White (1998)*, at para. 27.

[125] A key factor in assessing probative value is the specific nature of the conduct. In *Arcangioli*, when the sole issue was whether flight by the accused made it more likely he committed a common or aggravated assault, the nature of that accused’s conduct was singular, relatively simple, and occurred over a short period of time. In contrast, the nature of Mr. Calnen’s conduct is very different. Mr. Calnen acted over the course of many days, he took numerous risky steps to achieve the total destruction of evidence, and he began to burn Ms. Jordan’s body only after he learned that the missing person investigation had become a homicide investigation. There is a wide range of possible ways to alter, conceal or destroy evidence: from trying to wipe a surface clean to completely obliterating the evidence. What steps were taken, when they were taken, and at what risk may all be factors to consider when assessing the nature of the conduct in a particular case.

[126] The relationship between any explanation provided by the accused for his or her actions and the accused’s actual actions may also inform the determination of whether the inference is reasonable and rational as a matter of logic, common sense, and human experience. In *White (1998)*, at para. 32, the Court stated:

It is possible to imagine cases in which evidence of post-offence conduct could logically support a distinction between two levels of culpability for a single act, or between two offences arising from the same set of facts. By way of illustration, where the extent of the accused’s flight or

Toute détermination préliminaire de la pertinence doit également respecter le principe selon lequel il incombe normalement au juge des faits de décider quelle inférence est acceptée et quel poids doit lui être attribué, et, « [d]ans la plupart des cas, le juge du procès qui s’immisce dans ce processus usurpe le rôle de juge des faits exclusivement dévolu au jury » : *White (1998)*, par. 27.

[125] Un facteur clé dans l’appréciation de la valeur probante est la nature particulière du comportement. Dans l’arrêt *Arcangioli*, où la seule question à trancher était de savoir si la fuite de l’accusé rendait plus probable la perpétration de voies de fait simples ou celle de voies de fait graves, le comportement de cet accusé avait été de nature singulière, relativement simple, et il s’était produit sur une courte période. En revanche, la nature du comportement de M. Calnen est très différente. Les actes commis par M. Calnen se sont étalés sur plusieurs jours; il a pris une série de mesures risquées pour parvenir à détruire totalement la preuve, et il n’a commencé à brûler le corps de M<sup>me</sup> Jordan qu’après avoir appris que l’enquête concernant la disparation de M<sup>me</sup> Jordan était devenue une enquête sur un homicide. Il existe de nombreuses façons possibles d’altérer, de dissimuler ou de détruire des éléments de preuve, allant de la tentative de nettoyer une surface en l’essuyant jusqu’à l’élimination complète de la preuve. Les mesures qui ont été prises, le moment où elles l’ont été et le risque encouru pour les prendre peuvent tous être des facteurs à prendre en compte lorsque l’on apprécie la nature du comportement dans une situation en particulier.

[126] La relation entre l’explication fournie par l’accusé de ses gestes et les gestes réellement posés par l’accusé peut également aider à trancher la question de savoir si l’inférence est raisonnable et rationnelle selon la logique, le bon sens et l’expérience humaine. Dans l’arrêt *White (1998)*, para. 32, la Cour a déclaré ce qui suit :

Il est possible d’imaginer des cas dans lesquels la preuve relative au comportement de l’accusé après l’infraction pourrait logiquement étayer une distinction entre deux degrés de culpabilité à l’égard d’un même acte, ou entre deux infractions découlant d’un même ensemble de faits.

concealment is out of all proportion to the level of culpability admitted, it might be found to be more consistent with the offence charged.

When assessing the actions of an accused and the inferences that may be drawn from the after-the-fact conduct at the admissibility or no probative value stage, the trial judge may take into account the disproportionality between the explanation proffered and the conduct at issue.

After-the-Fact Conduct Evidence May Be Admissible on Intent

[127] In *Rodgerson*, this Court considered how evidence of concealment and the destruction of evidence may be probative on the issue of the accused's intent. In that case, the accused claimed that he was acting in self-defence when he caused the deceased's death. He said that the deceased attacked him with a knife, and the two struggled. He pressed down on the deceased's face with his forearm until she apparently passed out, and he passed out shortly thereafter. When he awoke in the morning, he found that she was dead. The accused moved the deceased's body to the backyard, where he removed her clothing and jewelry, placed the body in a shallow grave, poured bleach over it, and filled the grave with dirt. He disposed of items including the bloodstained mattress and carpet and used bleach to clean his home.

[128] The issue in that case was whether the evidence of the accused's concealment of the body and his attempts at clean up were relevant to the issue of his intent at the time of her death. The Court found that these actions were relevant to the accused's intent, stating:

It is relatively straightforward to understand how Mr. Rodgerson's efforts at concealment and clean-up were

À titre d'exemple, lorsque la fuite ou la dissimulation est démesurée par rapport au degré de culpabilité reconnu par l'accusé, on pourrait conclure que la preuve est plus compatible avec la perpétration de l'infraction reprochée.

Dans son appréciation des gestes de l'accusé et des inférences qui peuvent être tirées du comportement après le fait au stade de l'admissibilité ou de l'absence de valeur probante, le juge du procès peut prendre en compte la disproportion entre l'explication offerte et les gestes en cause.

Les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent être admissibles pour établir l'intention

[127] Dans l'arrêt *Rodgerson*, notre Cour a examiné la mesure dans laquelle des éléments de preuve portant sur la dissimulation et la destruction d'éléments de preuve avaient une valeur probante quant à l'intention de l'accusé. Dans cette affaire, l'accusé affirmait qu'il avait agi en état de légitime défense lorsqu'il avait causé la mort de la victime. Il affirmait que la victime l'avait attaqué avec un couteau et qu'ils en étaient venus aux coups. Il avait exercé une pression sur le visage de la victime avec son bras jusqu'à ce qu'elle semble perdre connaissance et il s'était lui aussi évanoui peu de temps après. À son réveil le lendemain matin, il s'est rendu compte qu'elle était morte. L'accusé a ensuite traîné le corps de la défunte jusqu'à la cour arrière, où il lui a retiré ses vêtements et ses bijoux; il a déposé son corps dans une tombe peu profonde, a versé du javellisant sur le corps et a rempli la tombe de terre. Il s'est débarrassé de divers objets, y compris le matelas et le tapis maculés de sang et s'est servi de javellisant pour nettoyer la maison.

[128] La question en litige dans cette affaire était celle de savoir si les éléments de preuve portant sur la dissimulation du corps de la victime par l'accusé et les tentatives faites par ce dernier pour nettoyer les lieux étaient pertinents quant à son intention au moment de la mort de la victime. La Cour a conclu que ces actes présentaient un intérêt pour ce qui est d'établir l'intention de l'accusé. Voici ce qu'elle a déclaré :

Il est relativement aisé de comprendre de quelle façon les efforts déployés par M. Rodgerson pour dissimuler le

capable of supporting the inference that he acted unlawfully. The jury could reasonably have concluded that he was attempting to conceal evidence of a crime that he had committed — that is, unlawfully causing Ms. Young’s death. However, these efforts were also capable of supporting the further inference that he was acting not merely to hide the fact that a crime had occurred, but to hide the extent of the crime. In other words, the jury might reasonably have concluded that he sought to conceal Ms. Young’s body and clean up the scene of her death in order to conceal the nature and extent of Ms. Young’s injuries and the degree of force required to inflict them. As indicated, the more severe the injuries, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that he intended to kill Ms. Young or cause her bodily harm which he knew was likely to cause death. This is not the only inference that could be drawn from the concealment and clean-up, but it is one the jury was entitled to draw. [Emphasis deleted; para. 20.]

[129] The inferences available in *Rodgerson* are virtually identical to the inferences proposed by the Crown in this case. The Crown argued that Mr. Calnen’s extraordinary efforts to destroy the body support the further inference that he was not simply acting to conceal evidence of a crime he committed, but also to hide the extent of that crime because the nature and extent of her injuries were such that they would support a further inference that the person who inflicted them had the intent for second degree murder. This flows from common sense inferences. First, that the nature of some wounds may make them relevant to intent on second degree murder: for example, a knife wound to the heart. And second, the more severe the injuries, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that Mr. Calnen had the requisite intent for second degree murder.

[130] The Defence argued, and the majority of the Court of Appeal accepted, that the reasoning in *Rodgerson* was unavailable here because, in that case, there was physical and forensic evidence about

corps et nettoyer les lieux pouvaient étayer l’inférence qu’il a agi de façon illégale. Le jury aurait raisonnablement pu conclure qu’il tentait de dissimuler les preuves d’un crime qu’il avait commis — soit celui d’avoir causé illégalement la mort de M<sup>me</sup> Young. Toutefois, ces efforts pouvaient également permettre de conclure aussi que M. Rodgerson tentait non seulement de cacher le fait qu’un crime avait été commis, mais aussi de cacher la gravité de ce crime. En d’autres mots, le jury aurait raisonnablement pu conclure que M. Rodgerson cherchait à dissimuler le corps de M<sup>me</sup> Young et à nettoyer les lieux de son décès afin de dissimuler la nature et la gravité des blessures subies par M<sup>me</sup> Young et le degré de force requis pour les lui infliger. Comme indiqué précédemment, plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible de conclure qu’il avait l’intention de tuer M<sup>me</sup> Young ou de lui causer des lésions corporelles qu’il savait de nature à causer la mort. Ce n’est pas la seule conclusion qui pouvait se dégager de la dissimulation et du nettoyage, mais c’est une conclusion que le jury pouvait tirer. [Italique omis; par. 20.]

[129] Les inférences qui pouvaient être tirées dans l’affaire *Rodgerson* sont pratiquement identiques à celles qu’avance la Couronne en l’espèce. La Couronne a plaidé que les efforts extraordinaires qu’avait déployés M. Calnen pour détruire le corps permettaient également d’inférer qu’il cherchait non seulement à dissimuler toute preuve du crime qu’il avait commis, mais aussi à camoufler la gravité de ce crime, parce que la nature et la gravité des blessures étaient telles qu’elles permettraient en outre d’inférer que la personne qui les lui avait infligées avait l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré. Cette conclusion est le résultat d’inférences fondées sur le bon sens. Premièrement, que la nature de certaines blessures puissent les rendre pertinentes quant à l’intention de commettre un meurtre au deuxième degré : par exemple, une blessure au couteau portée au cœur. Et deuxièmement, que plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible d’inférer que M. Calnen avait l’intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

[130] La défense a soutenu — et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accepté — que le raisonnement suivi dans l’arrêt *Rodgerson* ne tenait pas en l’espèce parce que, dans cette affaire,

the nature and extent of the deceased's injuries. The Defence asserted that in the absence of similar physical evidence of the cause of death or the nature and extent of Ms. Jordan's injuries, using after-the-fact conduct as evidence of intent was pure speculation in the guise of an inference. Without knowing what Ms. Jordan's injuries were, there was nothing to ground the chain of reasoning. The majority of the Court of Appeal looked at the other evidence in the trial to determine if there was a sufficient logical connection between this conduct and Mr. Calnen's intent. Concluding that there was no other such evidence, the majority held that the requested inference on intent was simply speculative. The majority stated:

I wish to make a broader reference to cases to explain, as I understand it, why in some cases after-the-fact conduct is probative of the issue of intent, yet in others it is not. When doing so I keep in mind that the case on appeal is somewhat unique. The only evidence, other than the appellant's statement to the police and his re-enactment, is the circumstantial evidence based on texts to and from Ms. Jordan's phone and the appellant's after-the-fact conduct. That puts the issue of what limitations there are in the use of after-the-offence conduct to prove both causation and intent squarely before the court. In other cases where after-the-fact conduct has been used to prove intent there was other evidence to be considered. [para. 56]

[131] In my view, this claimed distinction fails to persuade. First, this appeal does not require the Court to determine whether after-the-fact conduct evidence, *alone*, can be used to infer intent. This was not a case in which the only evidence adduced by the Crown was the contested after-the-fact conduct evidence. There was other evidence to be considered in this case. Indeed, the above-cited paragraph itemizes some of the other evidence before the jury:

des éléments de preuve matérielle et médico-légale avaient été présentés pour démontrer la nature et la gravité des blessures subies par la défunte. La défense a fait valoir que, faute d'éléments de preuve matérielle semblables portant sur la cause du décès ou la nature et la gravité des blessures de M<sup>me</sup> Jordan, l'utilisation du comportement après le fait comme preuve de l'intention n'était que spéculation formulée sous forme d'inférence. En l'absence d'éléments de preuve sur la nature des blessures subies par M<sup>me</sup> Jordan, ce raisonnement ne reposait sur aucune base. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont examiné les autres éléments de preuve présentés au procès pour décider s'il existait un lien logique suffisant entre ce comportement et l'intention de M. Calnen. Concluant à l'absence d'autres éléments de preuve de ce genre, les juges majoritaires ont statué que l'inférence recherchée au sujet de l'intention relevait simplement de la spéculation. Ils ont déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Je voudrais élargir mon analyse pour englober d'autres affaires pour expliquer pourquoi, à mon sens, le comportement après le fait a, dans certains cas, une valeur probante quant à la question de l'intention, alors que, dans d'autres, il n'en a pas. Pour ce faire, je tiens compte du fait que le dossier porté en appel est quelque peu inusité. Hormis la déclaration que l'appellant a faite à la police et sa reconstitution des événements, la seule preuve dont nous disposons est une preuve circonstancielle fondée sur des messages textes en provenance et à destination du téléphone de M<sup>me</sup> Jordan et sur le comportement de l'appellant après le fait, de sorte que le tribunal est directement saisi de la question des limites de l'utilisation du comportement après le fait pour prouver à la fois le lien de causalité et l'intention. Dans d'autres affaires où le comportement après le fait a été utilisé pour prouver l'intention, il existait d'autres éléments de preuve dont le tribunal pouvait tenir compte. [par. 56]

[131] À mon avis, cette supposée distinction n'est pas convaincante. Premièrement, le présent pourvoi n'oblige pas la Cour à trancher la question de savoir si les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, *à eux seuls*, peuvent être utilisés pour inférer l'intention. Il ne s'agit pas d'une affaire où la seule preuve présentée par la Couronne était la preuve contestée de comportement après le fait. Il y avait d'autres éléments de preuve à considérer en

texts to and from Ms. Jordan's phone, Mr. Calnen's statement to the police, and his re-enactment. There was also the non-contested after-the-fact conduct evidence, the photographs of the home and stairwell, measurements of the stairwell, Ms. Jordan's theft of Mr. Calnen's ring and laptop, and the police evidence about finding no forensic evidence in the home (which included no signs of a clean up and no physical damage to the stairwell, walls, or railings).

[132] Second, nothing said by this Court in *Rodgerson* conditions an inference concerning intent on the presence of other physical or forensic evidence demonstrating the nature and extent of injuries suffered by the deceased. Such other evidence may strengthen the inference of intent, as it did in *Rodgerson*, but *Rodgerson* does not suggest that the physical evidence available in that case was a necessary prerequisite for any inference on intent. The chain of reasoning employed by the Court in *Rodgerson*, linking the destruction of evidence and intent for murder, does not arise from, nor rest upon, the presence of other confirmatory or contradictory evidence. It is not the law that an offence must be separately established before after-the-fact conduct evidence can be used by the trier of fact to determine an accused's intent; after-the-fact conduct evidence is not merely complementary evidence.

[133] The idea that the probative value of particular after-the-fact conduct may be assessed by reference to the record as a whole simply conveys that whether an inference is rational and reasonable must be assessed in context. It does not mean that no reasonable and rational inference can be drawn

l'espèce. De fait, le paragraphe précité énumère certains autres éléments de preuve présentés au jury : des messages textes en provenance et à destination du téléphone de M<sup>me</sup> Jordan, la déclaration de M. Calnen à la police et sa reconstitution des événements. Il y avait aussi la preuve non contestée de comportement après le fait, les photographies de la maison et de la cage d'escalier, les mesures de la cage d'escalier, le vol par M<sup>me</sup> Jordan de la bague et de l'ordinateur portable de M. Calnen, et le témoignage du policier affirmant qu'aucune preuve médico-légale n'avait été trouvée dans la maison (notamment l'absence d'indices de nettoyage et de dommages matériels à la cage d'escalier, aux murs ou aux garde-corps).

[132] Deuxièmement, rien de ce que notre Cour a dit dans l'arrêt *Rodgerson* ne permet de penser qu'une inférence d'intention dépend de l'existence d'autres éléments de preuve matérielle ou médico-légale tendant à démontrer la nature et la gravité des blessures subies par la victime. Ces autres éléments de preuve peuvent renforcer l'inférence d'intention, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Rodgerson*, mais cet arrêt ne laisse pas entendre que les éléments de preuve matérielle qui existaient dans cette affaire étaient une condition préalable qui devait nécessairement être remplie pour qu'une inférence sur l'intention puisse être tirée. Le raisonnement qui a été suivi par la Cour dans l'arrêt *Rodgerson* et qui établissait un lien entre la destruction des éléments de preuve et l'intention de commettre un meurtre ne découlait pas de l'existence d'autres éléments de preuve corroborante ou contradictoire pas plus qu'il n'était fondé sur de tels éléments de preuve. Il n'existe aucune règle de droit qui exige que l'on établisse d'abord qu'une infraction a été commise avant que le juge des faits puisse utiliser des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait pour déterminer l'intention de l'accusé; les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait ne sont pas de simples éléments de preuve complémentaires.

[133] L'idée que la valeur probante d'un comportement après le fait particulier puisse être évaluée à la lumière de l'ensemble du dossier est simple : il faut tenir compte du contexte pour décider si une inférence est raisonnable et rationnelle. Il ne s'ensuit pas pour autant qu'on ne puisse pas tirer d'inférence

from the after-the-fact conduct unless there is some other direct evidence that somehow supports or corroborates it. It may be that other evidence supports a particular inference (like a body which demonstrates certain injuries were sustained), but such is not a precondition when the inference is available as a matter of common sense, logic, and human experience. The suggestion that additional and direct evidence of the nature and extent of the deceased's injuries is required before an inference is available thus finds no basis in the jurisprudence, and cannot be reconciled with the general principles and practices which govern admissibility determinations. After-the-fact conduct is assessed in context. Its significance may be strengthened or weakened by the presence or absence of other evidence, but it is not a secondary form of evidence.

[134] Not only is it an error to relegate after-the-fact conduct evidence to a supporting or secondary role, there is also a need to maintain the distinction between the threshold admissibility of evidence and the separate issue of whether the Crown has met its ultimate burden of establishing the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. The test for the admission of evidence is first focussed on relevance, and the tendency of the evidence, as a matter of logic, common sense and human experience, to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence. After-the-fact conduct evidence, when admitted, simply adds that piece of evidence as a building block in the Crown or Defence case. It is at the end of the case, when all the evidence has been heard, that the fact finder is required to determine how much, if any, weight they will place on this evidence, how it fits with other evidence, and whether, based on the totality of the evidence, the Crown has proved the charges beyond a reasonable doubt. Conflating these standards means that those charged with the difficult task of weighing evidence and determining innocence or guilt may be deprived of relevant evidence.

raisonnable et rationnelle du comportement après le fait s'il n'existe pas d'autres éléments de preuve directs qui confirment ou corroborent cette inférence dans un sens ou dans l'autre. Il se peut que d'autres éléments de preuve étayent une inférence particulière (comme le fait qu'un cadavre démontre que certaines blessures ont été subies), mais il ne s'agit pas d'une condition préalable qui doit être remplie dès lors que le bon sens, la logique et l'expérience humaine permettent de tirer cette inférence. La thèse suivant laquelle il est nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve directs au sujet de la nature et de la gravité des blessures subies par la victime avant de pouvoir tirer une conclusion ne trouve aucun appui dans la jurisprudence et ne peut être conciliée avec les pratiques et principes généraux qui régissent les décisions en matière d'admissibilité. Il faut tenir compte du contexte pour évaluer le comportement après le fait. Son importance peut être renforcée ou affaiblie par la présence ou l'absence d'autres éléments de preuve, mais il ne s'agit pas d'un type de preuve secondaire.

[134] Non seulement fait-on erreur en reléguant les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait à un rôle de soutien ou à un rôle secondaire, mais il est aussi essentiel de conserver la distinction entre la norme minimale d'admissibilité de la preuve et la question distincte de savoir si la Couronne s'est acquittée de son fardeau ultime consistant à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Le critère régissant l'admissibilité de la preuve s'intéresse en premier lieu à la pertinence, à savoir si la preuve tend, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, à rendre la thèse qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans elle. La preuve relative au comportement après le fait, lorsqu'elle est admise, vient simplement étoffer la thèse de la Couronne ou celle de la défense. C'est au terme du procès, lorsqu'il a entendu toute la preuve, que le juge des faits est appelé à se prononcer sur le poids, s'il en est, de cette preuve, et qu'il décide comment elle s'insère avec le reste de la preuve, et si, vu l'ensemble de la preuve, la Couronne a fait la preuve des actes reprochés hors de tout doute raisonnable. Si l'on confond ces critères, les personnes chargées de la tâche difficile d'apprécier la preuve et de se prononcer sur l'innocence ou la culpabilité d'un accusé pourraient être privées d'éléments de preuve pertinents.

[135] In addition, the absence of supporting physical evidence does not, as a general rule, make the inference sought speculative. To hold otherwise is to unduly limit the scope of after-the-fact conduct evidence in certain cases, and to place cases in which the accused has successfully destroyed the body of the deceased beyond the realm of proof. As in all cases engaging after-the-fact conduct evidence, the strength of the inference will be determined by the nature of the conduct, what is sought to be inferred from the conduct, the parties' positions, and the totality of the evidence: *Smith*, at para. 77. If the totality of the evidence satisfies the chain of reasoning for a particular inference, then that inference is available — regardless of whether supporting physical evidence is part of the evidentiary record.

[136] Other cases have recognized that the absence of a body does not preclude an inference on intent. In *R. v. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103, the Ontario Court of Appeal considered the relevance of after-the-fact evidence of concealment to the issue of the accused's intent. In that case, the accused admitted to cremating his wife's body. He claimed that his wife had died during an altercation during which she was punching and kicking him; he pushed her, and she fell down the stairs, hit her head, and died. He stated that after he cremated his wife's body in the backyard of their home, he spread her ashes on the river — later, he admitted that he had actually dumped her ashes in a ditch. A police search of the ditch revealed the victim's ashes, bones, and teeth, as well as carpet from the accused's vehicle. Further, a forensic examination of the home exposed significant efforts to clean up evidence of bloodstains and blood spattering.

[137] The Ontario Court of Appeal concluded that the accused's after-the-fact conduct could be admitted as evidence of his intent to commit murder. The court recognized that “[t]he evidentiary value of this evidence depends on the reasonable inferences that

[135] De plus, en règle générale, l'absence d'éléments de preuve matérielle corroborante ne rend pas hypothétique l'inférence souhaitée. Conclure autrement reviendrait à restreindre indûment la portée de la preuve relative au comportement après le fait dans certains cas, et à rendre impossibles à prouver les situations dans lesquelles l'accusé a réussi à détruire le corps de la victime. Comme dans toutes les affaires où entre en jeu la preuve relative au comportement après le fait, la force de l'inférence sera déterminée par la nature du comportement, l'inférence que l'on cherche à tirer de ce comportement, la thèse des parties, et l'ensemble de la preuve : *Smith*, par. 77. Si l'ensemble de la preuve satisfait au raisonnement menant à une inférence en particulier, cette inférence peut alors être tirée, qu'il y ait ou non une preuve matérielle corroborante au dossier.

[136] D'autres décisions ont reconnu que l'absence de cadavre n'empêche pas de tirer d'inférence au sujet de l'intention. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103, la Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur la pertinence des éléments de preuve portant sur des actes après le fait visant à dissimuler de la preuve relativement à l'intention de l'accusé. Dans cette affaire, l'accusé avait admis avoir incinéré le corps de sa femme. Il prétendait que sa femme était morte à la suite d'une altercation au cours de laquelle elle lui avait asséné des coups de poing et des coups de pied. Il affirmait qu'il l'avait poussée, qu'elle était tombée dans l'escalier, s'était cogné la tête et était morte. Il a déclaré qu'après avoir incinéré le corps de sa femme dans la cour arrière de leur maison, il avait répandu ses cendres dans la rivière. Il avait plus tard admis qu'il avait en fait jeté ses cendres dans un fossé. Après avoir fouillé le fossé, les policiers ont découvert les cendres, les os et les dents de la victime, ainsi qu'une carquette provenant du véhicule de l'accusé. De plus, une analyse médico-légale de la maison avait révélé que des efforts énergiques avaient été déployés pour effacer les traces et les éclaboussures de sang.

[137] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le comportement après le fait de l'accusé pouvait être admis comme preuve de son intention de commettre un meurtre. La cour a reconnu que [TRADUCTION] « [l]a valeur probante de ces éléments de preuve

a trier of fact can draw from it when considered in the context of the entirety of the evidence and the issues raised at trial”: para. 85. As a matter of common sense and human experience, when viewed in the entire evidentiary context, some after-the-fact conduct may be “reasonably capable” of supporting an inference as to the accused’s state of mind at the relevant time: para. 85. The court described the reasonableness of the inference sought, in that case, as follows:

The trial judge found that the appellant’s course of conduct from the time he killed his wife on Sunday evening until his arrest some four days later was consistent with the conduct of a person who had intentionally inflicted serious injuries on his wife and then went to great length to try to cover up what he had done and to develop an “innocent” explanation for his wife’s disappearance. For example, the trial judge’s conclusion that the appellant’s cremation of his wife’s body, which took several hours and created a strong stench, was a calculated and risky attempt to ensure that the police would be unable to determine the cause of Mrs. Teske’s death and the exact nature of her injuries. Proof of those facts could have gone a long way to determining whether the appellant acted with the intent required by s. 229(a)(ii) when he caused his wife’s death. As a matter of common sense, it is reasonable to infer that someone who destroys a body after causing the death of that person does so because he knows that the victim suffered injuries that are inconsistent with a non-intentional cause of death.

The appellant engaged in an elaborate cover-up of his wife’s killing. Faced with this evidence, the trial judge inferred that the appellant had engaged in this concerted effort to cover up his wife’s death because he had deliberately inflicted serious bodily harm likely to cause death. I think this was an eminently reasonable inference. More to the point, once it is acknowledged that the inference could be drawn, it was for the trier of fact to decide whether the inference should be drawn: *R. v. Trochym* [(2005), 186 C.C.C. (3d) 417], at para. 25. [paras. 86-87]

[138] Thus, there is no categorical legal rule against using after-the-fact conduct evidence to infer the

dépend des conclusions raisonnables que le juge des faits peut en tirer lorsqu’il tient compte de l’ensemble de la preuve et des questions soulevées au procès » : par. 85. Selon le bon sens et l’expérience humaine, lorsqu’on tient compte de l’ensemble du contexte de la preuve, certains comportements après le fait peuvent être « raisonnablement susceptibles » de permettre de tirer une inférence quant à l’état d’esprit de l’accusé au moment des faits : par. 85. Voici comment la cour a décrit le caractère raisonnable de l’inférence tirée dans cette affaire :

[TRADUCTION] Le juge du procès a conclu que le comportement de l’appelant entre le moment où il avait tué sa femme dimanche soir et celui de son arrestation quelque quatre jours plus tard concordait avec l’attitude d’une personne ayant infligé intentionnellement des blessures graves à sa femme et qui s’était ensuite donné beaucoup de mal pour essayer de camoufler ce qu’il avait fait et pour trouver une explication de la disparition de sa femme qui tendrait à l’innocenter. Par exemple, la conclusion du juge du procès selon laquelle l’incinération du corps de son épouse par l’appelant, qui avait duré plusieurs heures et provoqué une forte odeur nauséabonde, était une tentative calculée et risquée de s’assurer que la police serait incapable de déterminer la cause du décès de M<sup>me</sup> Teske et la nature exacte de ses blessures. La preuve de ces faits aurait pu contribuer grandement à aider le juge à établir si l’appelant avait agi avec l’intention requise pour l’application du sous-al. 229a)(ii) lorsqu’il avait causé le décès de son épouse. Selon le bon sens, il est raisonnable d’inférer que quelqu’un qui détruit le cadavre d’une personne après avoir causé la mort de cette personne le fait parce qu’il sait que la victime a subi des blessures qui sont incompatibles avec une cause non intentionnelle de décès.

L’appelant s’est livré à une vaste opération de camouflage du meurtre de sa femme. Au vu de ces éléments de preuve, le juge du procès a conclu que l’appelant avait tout fait pour dissimuler la mort de son épouse parce qu’il avait délibérément infligé des lésions corporelles graves susceptibles de causer la mort. Je pense que cette inférence était éminemment raisonnable. Mais ce qui importe plus encore, dès lors que l’on reconnaît que cette inférence pouvait être tirée, c’est qu’il appartenait au juge des faits de décider si elle devait être tirée : *R. c. Trochym* [(2005), 186 C.C.C. (3d) 417], par. 25. [par. 86-87]

[138] Il n’existe donc pas de règle de droit interdisant catégoriquement d’utiliser la preuve relative

accused's intent. This jurisprudence clearly establishes that after-the-fact conduct evidence may be relevant to the issue of intent. Further, contrary to the submissions of Defence counsel, the cases indicate that the relevance of after-the-fact conduct to intent does not depend on the existence of further evidence (such as a body).

[139] It bears repeating that the determination of the relevance of after-the-fact conduct evidence is a case-by-case, “fact-driven exercise”: *White (2011)*, at para. 42. As such, the statement in *Teske* above — that “[a]s a matter of common sense, it is reasonable to infer that someone who destroys a body after causing the death of that person does so because he knows that the victim suffered injuries that are inconsistent with a non-intentional cause of death” — must be read as referring to the facts of that case: para. 86. It may not always be reasonable to infer that an individual who destroys a body after causing their death has done so to conceal the nature and extent of the injuries. The reasonableness of that proposition will depend on the record as a whole and the issues raised at trial.

[140] With these principles in mind, I now turn to the relevance and admissibility of the after-the-fact conduct evidence on the facts of this case.

### C. *The Admissibility of the Evidence*

[141] It remains to be determined whether, as a matter of logic, common sense, and human experience, Mr. Calnen's after-the-fact conduct makes the Crown's proposition — that he intended to cause Ms. Jordan bodily harm knowing that it was likely to cause her death and was reckless as to whether death ensued — more likely than that proposition would be in the absence of that evidence. In my view, the same inferences permitted in *Rodgerson*

au comportement après le fait pour inférer l'intention de l'accusé. La jurisprudence est claire : les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait peuvent être pertinents lorsque vient le temps de trancher la question de l'intention. De plus, contrairement à ce que prétend l'avocat de la défense, selon la jurisprudence, la pertinence du comportement après le fait en ce qui a trait à l'intention ne dépend pas de l'existence d'autres éléments de preuve (comme la présence d'un cadavre).

[139] Il vaut la peine de répéter que l'appréciation de la pertinence de tout élément de preuve relatif au comportement après le fait s'effectue aux cas par cas « en fonction des faits » : *White (2011)*, par 42. En conséquence, le passage précité du jugement *Teske* — où le tribunal affirme que [TRADUCTION] « [s]elon le bon sens, il est raisonnable d'inférer que quelqu'un qui détruit le cadavre d'une personne après avoir causé la mort de cette personne le fait parce qu'il sait que la victime a subi des blessures qui sont incompatibles avec une cause non intentionnelle de décès » — doit être lu comme se rapportant aux faits de cette affaire : par. 86. Il n'est peut-être pas toujours raisonnable d'inférer qu'une personne qui détruit le corps de quelqu'un après avoir causé sa mort l'a fait pour dissimuler la nature et la gravité des blessures. Le caractère raisonnable de cette thèse dépendra du dossier dans son ensemble et des questions soulevées au procès.

[140] En gardant ces principes à l'esprit, j'aborde maintenant la pertinence et l'admissibilité des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait au vu des faits de l'espèce.

### C. *Admissibilité de la preuve*

[141] Il reste à juger si, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, le comportement après le fait de M. Calnen tend à rendre la proposition de la Couronne — suivant laquelle M. Calnen avait l'intention de causer à M<sup>me</sup> Jordan des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non — plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans cette preuve. À mon avis, les faits de l'espèce

also arise on these facts in respect of Mr. Calnen's after-the-fact conduct.

[142] As noted, if a trial judge finds that a piece of evidence is not relevant to a live issue (i.e., if it is incapable of making the proposition for which it is advanced more likely than it would be in the absence of the evidence), then it is her responsibility to either exclude the evidence, or, if it is already admissible for another purpose, provide a limiting or no probative value instruction. If, however, the evidence is found to be relevant (i.e., it has some tendency to make the proposition more likely), then it will be up to the trier of fact to determine how much weight it should be given.

[143] The Defence argued that because there are multiple explanations for Mr. Calnen's behaviour, any inference concerning intent lacks probative force and is stripped of relevance. There are multiple explanations for Mr. Calnen's conduct. They include that he panicked and did not want anyone to find out Ms. Jordan was dead; that he sought to hide the fact that her death was not an accident but was caused by him; and/or that he wanted to hide injuries that showed that he *intended* to cause Ms. Jordan's death.

[144] However, the mere existence of two or more *plausible* explanations for given after-the-fact conduct does not make that conduct *equally consistent* with those explanations such that a proffered inference may lose its probative force. Further, the fact that multiple explanations can be produced for after-the-fact conduct does not automatically mean that that conduct is equally consistent with multiple offences — it simply means that alternative explanations exist and are arguable.

[145] Whether an inference is available is measured against what is reasonable and rational according to logic, human experience, and common sense.

permettent de tirer, relativement au comportement après le fait de M. Calnen, des inférences comme celles qui sont permises par l'arrêt *Rodgerson*.

[142] Rappelons que si la juge d'un procès conclut qu'un élément de preuve n'est pas pertinent à l'égard d'une question en litige (c.-à-d. s'il est incapable de rendre la thèse pour laquelle il a été présenté plus vraisemblable qu'elle ne le serait en l'absence de cette preuve), il lui incombe d'exclure la preuve, ou, si celle-ci est déjà admissible à une autre fin, de donner une directive restrictive ou une directive indiquant qu'elle n'a aucune valeur probante. Toutefois, si la preuve est jugée pertinente (c.-à-d. qu'elle tend d'une façon quelconque à rendre la thèse plus vraisemblable), il appartiendra au juge des faits de décider du poids à lui attribuer.

[143] La défense soutenait que, comme on pouvait avancer plusieurs raisons pour expliquer le comportement de M. Calnen, toute inférence sur son intention était dépourvue de force probante et de pertinence. Le comportement de M. Calnen peut s'expliquer de multiples façons, notamment par le fait que ce dernier a paniqué et qu'il tenait à ce que personne ne sache que M<sup>me</sup> Jordan était décédée, qu'il a essayé de dissimuler le fait que sa mort n'était pas accidentelle, mais qu'elle avait bien été causée par lui ou qu'il voulait dissimuler les blessures qui révélaient qu'il *avait l'intention* de causer la mort de M<sup>me</sup> Jordan.

[144] Cependant, le simple fait qu'il existe deux ou plusieurs explications *plausibles* pour un comportement après le fait donné ne rend pas ce comportement *tout aussi compatible* avec ces explications au point de faire perdre sa force probante à l'inférence proposée. De plus, le fait que diverses explications peuvent être avancées pour un comportement après le fait ne signifie pas automatiquement que ce comportement est tout aussi compatible avec la perpétration de multiples infractions; cela signifie simplement qu'il existe d'autres explications et qu'elles sont défendables.

[145] La réponse à la question de savoir s'il est permis de tirer une inférence donnée dépend de ce qui est raisonnable et rationnel, selon la logique,

It is this combination which informs the determination of whether the impugned evidence makes the proposition more or less likely. This is an evaluative assessment, which is not defeated simply by listing alternative explanations. As long as the evidence is more capable of supporting the inference sought than the alternative inferences, then it is up to the fact finder, after considering all explanations, to determine what, if any, inference is accepted, and the weight, if any, to be provided to a piece of circumstantial evidence.

[146] The drawing of inferences is fact specific. However, the strength of the inferential link between the evidence in question and the fact to be established is often assessed based on factors such as what was done, when it occurred, and the risks associated with such conduct. In this case, Mr. Calnen first hid Ms. Jordan's body in a remote location. After he learned the missing person investigation became a homicide investigation, he embarked on a multi-step process to completely destroy the body by reducing it to ash and fragments. He retrieved a body that had been exposed in the woods and had been compromised by the elements. He took that body to one location, built a fire, and burned it. He moved the torso to his home and burned it further in his backyard, until it was only unidentifiable remains. He traveled with those remains on two occasions and placed them in a lake. This conduct involved repeated, risky, and successive actions across a considerable span of time.

[147] On the day that Ms. Jordan died, she and Mr. Calnen fought. Mr. Calnen threatened suicide: showing a distressed emotional state. Mr. Calnen was the only person present when Ms. Jordan died. The text messages exchanged between Ms. Jordan and Mr. Weeks in the weeks prior to Ms. Jordan's death reveal that Ms. Jordan and Mr. Calnen had a tumultuous, even violent, domestic relationship, and that it was ending. Ms. Jordan did not feel safe and wanted

l'expérience humaine et le bon sens. C'est cette combinaison de facteurs qui permet de juger si la preuve contestée rend la proposition avancée plus ou moins vraisemblable. On ne peut faire échec à cette évaluation en se contentant d'énumérer d'autres explications possibles. Dès lors que la preuve est plus susceptible d'étayer l'inférence souhaitée que les autres inférences, il appartient au juge des faits, après avoir tenu compte de toutes les explications avancées, de décider s'il y a lieu le cas échéant d'accepter une inférence et le poids, s'il en est, qu'il accorde à un élément de preuve circonstancielle.

[146] L'opération consistant à tirer une inférence est tributaire des faits. Cependant, la solidité du lien inférentiel entre la preuve en question et le fait que l'on cherche à établir est souvent évaluée en fonction de facteurs tels que la nature des actes qui ont été accomplis et le moment où ils l'ont été, ainsi que les risques que comporte ce type de comportement. Dans le cas qui nous occupe, M. Calnen a d'abord caché le corps de M<sup>me</sup> Jordan dans un endroit éloigné. Après avoir appris que l'enquête concernant la disparation de M<sup>me</sup> Jordan était devenue une enquête sur un homicide, il a entrepris une série de démarches afin de détruire complètement le cadavre en le réduisant en cendres et en fragments. Il a récupéré le corps qu'il avait laissé dans le bois et qui avait été exposé et soumis aux intempéries. Il a amené le cadavre à un autre endroit où il a allumé un feu et a brûlé le corps. Il a rapporté le torse chez lui et a continué à le brûler dans sa cour arrière jusqu'à ce qu'il ne reste plus que des restes non identifiables. Il s'est déplacé avec les restes en question à deux reprises puis a fini par les jeter dans un lac. Ce comportement impliquait la prise de mesures risquées, systématiques et successives échelonnées sur une longue période.

[147] Le jour où M<sup>me</sup> Jordan est décédée, elle et M. Calnen s'étaient querellés. Monsieur Calnen a menacé de se suicider, manifestant un état de détresse émotive. Monsieur Calnen était la seule personne présente lorsque M<sup>me</sup> Jordan est décédée. Les messages textes que ce sont échangés M<sup>me</sup> Jordan et M. Weeks au cours des semaines qui ont précédé le décès de M<sup>me</sup> Jordan révèlent que cette dernière et M. Calnen entretenaient une relation conjugale

to move back to her mother's home. Ms. Jordan was leaving their home with some of his property.

[148] In my view, the nature of the conduct (Mr. Calnen's successful destruction of Ms. Jordan's body, and with it any evidence of her injuries), its relationship to the evidentiary record (which includes evidence of a relationship fraught with discord, including violence and threats of suicide), and the issues raised at trial (the Crown's theory that Mr. Calnen destroyed the body to hide the nature and extent of the injuries) indicate that the evidence was relevant to Mr. Calnen's level of culpability. In other words, the after-the-fact conduct evidence makes the Crown's proposition — that Mr. Calnen intended to cause Ms. Jordan bodily harm knowing that it was likely to cause her death and was reckless as to whether death ensued — more likely than that proposition would be in the absence of this evidence. Mr. Calnen's determined efforts over numerous days to destroy Ms. Jordan's body strengthen the inference that he attempted to remove any ability to ascertain Ms. Jordan's cause of death and the nature and extent of her injuries.

[149] In addition, and as stated above, proportionality is one possible element of the "reasonableness" of an inference: *White (1998)*, at para. 32. It was open to the trial judge, in his gatekeeper function, to determine that Mr. Calnen's attempts to conceal and destroy Ms. Jordan's body were out of all proportion to either the claim that this was an accidental death and/or to the offence of manslaughter. Indeed, MacDonald C.J. considered the extreme measures Mr. Calnen took to destroy Ms. Jordan's body to infer that the nature of the injuries on Ms. Jordan's body would reveal that Mr. Calnen had the intention to kill Ms. Jordan (second degree murder), not just the fact that he did kill her by committing an unlawful act (manslaughter).

tumultueuse, voire violente, et qu'elle tirait à sa fin. Madame Jordan ne se sentait pas en sécurité et voulait retourner vivre chez sa mère. Elle s'apprêtait à quitter leur demeure avec certains biens de monsieur.

[148] À mon avis, la nature du comportement de M. Calnen (le fait qu'il a réussi à détruire le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan et, du même coup, tout élément de preuve portant sur les blessures qu'elle a subies), son lien avec le dossier de la preuve (qui révèle notamment une relation de couple marquée par la discorde, des actes de violence et des menaces de suicide), et les questions soulevées au procès (la thèse de la Couronne selon laquelle M. Calnen avait détruit le corps pour cacher la nature et la gravité des blessures) indiquent que la preuve était pertinente à l'égard du degré de culpabilité de M. Calnen. Autrement dit, la preuve relative au comportement après le fait tend à rendre la proposition de la Couronne — suivant laquelle M. Calnen avait l'intention de causer à M<sup>me</sup> Jordan des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non — plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans cette preuve. Les efforts soutenus qu'a déployés M. Calnen pendant plusieurs jours pour détruire le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan renforcent l'inférence selon laquelle il tentait de supprimer toute capacité de déterminer la cause du décès de M<sup>me</sup> Jordan ainsi que la nature et la gravité de ses blessures.

[149] En outre, rappelons que la proportionnalité est l'un des éléments possibles du « caractère raisonnable » d'une inférence : *White (1998)*, par. 32. Il était loisible au juge du procès, dans l'exercice de son rôle de gardien, de déterminer que les mesures prises par M. Calnen pour tenter de dissimuler et de détruire le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan étaient démesurées par rapport à l'allégation qu'il s'agissait d'un décès accidentel ou à l'infraction d'homicide involontaire coupable. D'ailleurs, le juge en chef MacDonald a tenu compte des mesures extrêmes qu'a prises M. Calnen pour détruire le cadavre de M<sup>me</sup> Jordan afin d'inférer que la nature des blessures infligées au corps de M<sup>me</sup> Jordan révélerait que M. Calnen avait l'intention de tuer M<sup>me</sup> Jordan (meurtre au deuxième degré) et non seulement qu'il l'avait effectivement tuée en commettant un acte illégal (homicide involontaire coupable).

[150] In conclusion, the relevant, reasonable, and rational inference that the jury could draw regarding Mr. Calnen’s level of culpability, on the basis of the contested after-the-fact conduct evidence, is similar to that described in *Rodgerson* — that Mr. Calnen concealed and destroyed Ms. Jordan’s body “in order to conceal the nature and extent of her injuries and the degree of force required to inflict them”: para. 27; see also *Teske*, at paras. 86-87. Ms. Jordan’s body would have provided evidence of how she died. If Mr. Calnen had not destroyed Ms. Jordan’s body, that evidence could have established the cause of her death and been relevant to his intent to kill her. The common sense inference is that he took those actions to conceal evidence of what he had done. His successful destruction of this evidence is out of all proportion to the explanation put forward and could support the inference that Mr. Calnen sought to conceal this evidence and to hide not only the existence of a crime, but its extent.

V. Should the Trial Judge Have Granted the Defence Application for a Directed Verdict?

[151] The Defence stated that if the after-the-fact conduct was admissible on the issue of Mr. Calnen’s intent for second degree murder, there would have been sufficient evidence to withstand the directed verdict application. There is therefore no need to address this issue.

VI. Did the Trial Judge Properly Instruct the Jury?

[152] Most of Mr. Calnen’s critique on the sufficiency of the jury charge centred on whether the after-the-fact conduct was properly before the jury on the issue of intent and whether a no probative value limiting instruction was necessary. Given my previous findings, only two of the Defence’s remaining arguments about the instructions need to be addressed. First, did the jury charge differentiate between using after-the-fact conduct evidence on

[150] Pour terminer, l’inférence pertinente, raisonnable et rationnelle que le jury pouvait tirer au sujet du degré de culpabilité de M. Calnen, compte tenu de la preuve contestée de comportement après le fait, est semblable à celle dont il était question dans l’arrêt *Rodgerson* : M. Calnen a dissimulé et détruit le corps de M<sup>me</sup> Jordan « afin de dissimuler la nature et la gravité de ses blessures et le degré de force requis pour les infliger » : par. 27; voir également *Teske*, par. 86-87. La dépouille de M<sup>me</sup> Jordan aurait fourni des éléments de preuve sur la manière dont elle était décédée. Si M. Calnen n’avait pas détruit le corps de M<sup>me</sup> Jordan, ces éléments de preuve auraient pu établir la cause de sa mort et être pertinents relativement à son intention de la tuer. L’inférence fondée sur le bon sens est qu’il a pris ces mesures pour dissimuler la preuve de ce qu’il avait fait. Sa destruction de ces éléments de preuve est démesurée par rapport à l’explication qu’il a avancée et serait susceptible d’étayer l’inférence suivant laquelle M. Calnen a tenté de dissimuler ces éléments de preuve et de camoufler non seulement l’existence d’un crime, mais sa gravité.

V. Le juge du procès aurait-il dû accueillir la requête en verdict imposé de la défense?

[151] L’avocat de la défense a souligné que, si le comportement après le fait était admissible en preuve au sujet de la question de l’intention de M. Calnen relativement à un meurtre au deuxième degré, il y aurait eu suffisamment d’éléments de preuve pour résister à la requête en verdict imposé. Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’examiner cette question.

VI. Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury?

[152] La critique de M. Calnen sur la suffisance de l’exposé au jury portait principalement sur la question de savoir si le comportement après le fait avait été soumis de façon appropriée au jury au regard de la question de l’intention et si une directive restrictive quant à l’absence de valeur probante était nécessaire. Vu les conclusions auxquelles je suis déjà arrivée, il ne reste que deux arguments à examiner parmi ceux qu’avait soulevés la défense

causation and intent? Second, did the instructions sufficiently delineate how this after-the-fact conduct evidence could be used to infer intent?

A. *Using After-the-Fact Conduct Evidence on Causation and Intent*

[153] The reviewing court will assess the jury charge in its entirety: see *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 14 and 20; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32. In each case, the jury must be properly — but not perfectly — instructed: see *Jacquard*, at para. 2. The trial judge’s instructions to the jury must be sufficient to inform the jurors on “the issues involved, the law relating to the charge the accused is facing, and the evidence they should consider in resolving the issues”: *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 163.

[154] In my view, the instructions adequately differentiated between using this evidence in relation to causation and intent. The trial judge gave two instructions on after-the-fact conduct evidence: first in relation to causation, and second on intent for second degree murder. Certain statements and principles were repeated in both parts of the instructions.

[155] In terms of causation, the trial judge set out the inference that the Crown requested — that these actions were evidence that Mr. Calnen knew he committed a crime. The trial judge also set out other available inferences and informed the jury that they need not draw the requested inference by the Crown. The trial judge informed the jury that “[w]hat a person does after a crime was committed may help you decide whether it was that person who committed it. It may help, it may not help”: A.R.,

relativement aux directives. Premièrement, l’exposé au jury a-t-il fait la distinction entre l’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention? Deuxièmement, les directives circonscrivaient-elles suffisamment la manière dont cette preuve relative au comportement après le fait pouvait être utilisée pour inférer l’intention?

A. *L’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait au regard du lien de causalité et de l’intention*

[153] La juridiction de contrôle examine l’exposé au jury au complet : voir *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 14 et 20; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32. Dans chaque cas, le jury doit avoir reçu des directives non pas parfaites, mais appropriées : voir *Jacquard*, par. 2. Les directives que le juge du procès donne aux jurés doivent être suffisantes pour leur permettre de comprendre les « questions soulevées, le droit relatif à l’accusation à laquelle l’accusé fait face et les éléments de preuve dont ils devraient tenir compte pour trancher les questions » : *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 163.

[154] À mon avis, les directives ont adéquatement fait la distinction entre l’utilisation de ces éléments de preuve selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention. Le juge du procès a donné deux directives au sujet de la preuve relative au comportement après le fait : la première concernait le lien de causalité et la seconde, l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré. Certains principes et explications ont été répétés dans les deux parties des directives.

[155] Pour ce qui est du lien de causalité, le juge du procès a énoncé l’inférence que la Couronne demandait de tirer, soit que les actes en question constituaient une preuve du fait que M. Calnen savait qu’il avait commis un crime. Le juge du procès a également exposé les autres inférences possibles et informé les jurés qu’ils n’étaient pas tenus de tirer l’inférence demandée par la Couronne. Le juge du procès a fait savoir aux jurés que [TRADUCTION] « [c]e que fait une personne après qu’un crime a

vol. I, at p. 133. The jury was told that, generally, after-the-fact conduct evidence may support an inference of culpability, but that “the conduct may be that of an innocent person who simply wants to avoid involvement in a police investigation or embarrassment for himself or others or because the person is anxious and confused”: p. 133. More specifically, they were informed:

Evidence that a person burned the body of a deceased may show that the person acted in a manner which, based on human experience and logic, is consistent with the conduct of a person who is blameworthy and inconsistent with the conduct of a person who is not blameworthy. Burning a body may also be caused by some other reason that has nothing to do with having committed an unlawful act. [p. 133]

[156] In addition, the jury was asked to consider the weight to be given to this circumstantial evidence, together with all of the other evidence, and told to consider this at the end of their deliberations. There was also an express caution against jumping too quickly to a conclusion and the jury was warned further that after-the-fact conduct evidence would not, alone, establish the guilt of Mr. Calnen beyond a reasonable doubt:

Keep in mind that any inference you may draw to the effect that the accused burned Reita Jordan’s body to evade the consequences is not by itself sufficient to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. It is simply another piece of circumstantial evidence to use in making your ultimate determination. [p. 134]

[157] The second instruction on the after-the-fact conduct evidence occurred squarely within the trial judge’s discussion of intent for second degree murder. The trial judge introduced his discussion of intent as follows: “If you are satisfied beyond a reasonable doubt that what happened to Reita Jordan was not an accident, you must go on to the next

été commis peut vous aider à juger si c’est cette personne qui en est l’auteur. Cela peut vous aider, mais pas toujours » : d.a., vol. I, p. 133. Le jury a été informé que, de façon générale, la preuve relative au comportement après le fait peut étayer une inférence de culpabilité, mais que « le comportement peut être celui d’une personne innocente qui veut simplement éviter d’être mêlée à une enquête de la police ou à une situation embarrassante pour elle-même ou pour d’autres, ou encore celui d’une personne qui est anxieuse et confuse » : p. 133. Plus précisément, les jurés ont été informés en ces termes :

[TRADUCTION] La preuve du fait qu’une personne a brûlé le corps d’une autre personne décédée peut montrer qu’elle a agi d’une manière qui, selon l’expérience humaine et la logique, est compatible avec le comportement d’une personne ayant commis un acte répréhensible et incompatible avec celui d’une personne qui n’a rien fait de mal. Il se peut aussi qu’une personne brûle un corps pour une raison qui n’a rien à voir avec la perpétration d’un acte illicite. [p. 133]

[156] De plus, le juge du procès a demandé aux jurés de se pencher sur la question du poids à attribuer à cette preuve circonstancielle, ainsi qu’à l’ensemble des autres éléments de preuve, et de faire cette appréciation à l’issue de leurs délibérations. Il a aussi prévenu expressément les jurés de ne pas tirer une conclusion de façon précipitée et il les a en outre mis en garde que la preuve relative au comportement après le fait n’établirait pas, à elle seule, la culpabilité de M. Calnen hors de tout doute raisonnable :

[TRADUCTION] Rappelez-vous que toute inférence que vous pourriez tirer selon laquelle l’accusé a brûlé le corps de Reita Jordan pour éviter les conséquences n’est pas suffisante en soi pour établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. Elle constitue simplement un autre élément de preuve circonstancielle dont vous pourrez tenir compte pour rendre votre décision finale. [p. 134]

[157] La deuxième directive sur la preuve relative au comportement après le fait a été donnée dans l’exposé du juge du procès sur l’intention relative au meurtre au deuxième degré. Le juge a introduit son exposé sur l’intention en ces termes : [TRADUCTION] « Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que ce qui est arrivé à Reita Jordan n’était pas

question. Did Paul Trevor Calnen have the . . . state of mind required for murder?” (p. 160). The trial judge then instructed the jury on how to determine Mr. Calnen’s state of mind at the time of the murder, looking to his “words and conduct before, at the time and after Reita Jordan’s death”: p. 161. The trial judge repeated his earlier instructions on after-the-fact conduct evidence. He then expressly provided further instructions that signalled to the jury that it was to consider the after-the-fact conduct evidence in relation to intent differently and separately from the issue of causation:

In this regard, you may take into account the evidence of Mr. Calnen’s burning of Reita Jordan’s body in determining whether he intended to kill Ms. Jordan or to cause her serious bodily harm which he knew was likely to cause death. On this issue, you will need to consider the evidence in a different way than I have instructed you previously. You may conclude that Mr. Calnen sought to burn Ms. Jordan’s body in order to conceal the evidence. You may or not reach this conclusion. It is up to you. But if you do reach this conclusion, you may consider this along with all of the other pertinent evidence in determining whether Paul Trevor Calnen had the requisite intent for second degree murder.

Please remember, as I have said before, that awareness of having committed a blameworthy act is not the only reason why someone might burn a body. Mr. Calnen’s actions in burning and hiding the body are after-the-fact conduct which may or may not assist you in determining his guilt or innocence. This evidence may or may not assist you in determining intent. In the event, based on all of the evidence; you determine guilt, this after-the-fact conduct may help -- may or may not help you decide whether it was murder or manslaughter. [pp. 164-65]

[158] The trial judge’s instructions on the after-the-fact conduct evidence as they related to intent were framed within his instructions on second degree murder, and he expressly stated that the after-the-fact

un accident, vous devez passer à la question suivante : Paul Trevor Calnen avait-il [. . .] l’état d’esprit requis pour commettre un meurtre? » (p. 160). Le juge du procès a ensuite expliqué aux jurés comment déterminer l’état d’esprit de M. Calnen au moment du meurtre, c’est-à-dire en examinant « ses paroles et ses gestes au moment du décès de Reita Jordan, ainsi qu’avant et après » : p. 161. Le juge du procès a répété ses directives précédentes au sujet de la preuve relative au comportement après le fait. Il a ensuite expressément donné d’autres directives qui signalaient clairement aux jurés qu’ils devaient prendre en compte la preuve relative au comportement après le fait en rapport avec l’intention différemment et de façon distincte de la question du lien de causalité :

[TRADUCTION] À cet égard, vous pouvez tenir compte de la preuve du fait que M. Calnen a brûlé le corps de Reita Jordan pour décider s’il avait l’intention de la tuer ou de lui causer de graves lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort. Sur ce point, vous devrez examiner la preuve d’une façon différente de celle que j’ai déjà expliquée. Vous pouvez conclure que M. Calnen a cherché à brûler le corps de M<sup>me</sup> Jordan afin de dissimuler la preuve. Vous pouvez en arriver à cette conclusion, mais pas forcément. C’est une décision qui vous appartient. Cependant, si vous en arrivez à cette conclusion, vous pourrez en tenir compte au même titre que tous les autres éléments de preuve pertinents pour décider si Paul Trevor Calnen avait l’intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

Rappelez-vous, comme je l’ai déjà mentionné, que la conscience d’avoir commis un acte répréhensible n’est pas la seule raison qui inciterait une personne à brûler un corps. Le fait que M. Calnen a brûlé et dissimulé le corps constitue un comportement après le fait qui peut vous aider à déterminer sa culpabilité ou son innocence, mais pas nécessairement. Cette preuve peut vous aider à déterminer l’intention, mais pas forcément. Si vous en arrivez, à la lumière de l’ensemble de la preuve, à la conclusion que l’accusé est coupable, ce comportement après le fait peut vous aider — peut vous aider, mais pas forcément, à juger s’il s’agissait d’un meurtre ou d’un homicide involontaire coupable. [p. 164-165]

[158] Les directives du juge du procès sur la preuve relative au comportement après le fait en lien avec l’intention ont été formulées à l’intérieur de ses directives sur le meurtre au deuxième degré, et il a expressément

conduct evidence was being discussed in relation to a different purpose than he had instructed previously on causation. The jury would have known that it was being asked to consider the evidence for the new and distinct purpose of intent. In my view, this clear structure and proper guidance adequately explained the different uses of this evidence as between causation and intent.

*B. The Instructions Sufficiently Delineated Which Aspects of This After-the-Fact Conduct Evidence Could Be Used to Infer Intent*

[159] The Defence also argued that the instructions on intent were not clear or adequate because the judge should have expressly connected the after-the-fact conduct evidence of concealment to the nature and extent of injuries that Ms. Jordan may have suffered: see *Rodgerson*, at para. 28. The Defence claimed that the trial judge’s reference to “conceal the evidence” was too general to be of assistance.

[160] By way of background, in the pre-charge meetings with Defence counsel and the Crown, the Crown requested and the trial judge originally proposed instructions which tracked the wording used in *Rodgerson*: “You may conclude that Mr. Calnen sought to burn Ms. Jordan’s body in order to conceal the nature of the injuries and the degree of force required to inflict them” (A.R., vol. III, at pp. 2151-52). In response, Defence counsel objected to this wording and argued that the more specific wording drawn from *Rodgerson* amounted to “directing the jury to speculate”: p. 2152. At Defence counsel’s suggestion, the judge then changed the charge to read: “. . . you may conclude that Mr. Calnen sought to burn Ms. Jordan’s body in order to conceal the evidence . . .” (p. 2154). Thus, the trial judge’s final choice of wording, being “conceal the evidence”, was crafted in response to a request by Defence counsel.

affirmé que son exposé sur la preuve relative au comportement après le fait était livré dans un but différent de celui de son exposé précédent sur le lien de causalité. Les jurés auraient su qu’on leur demandait d’examiner la preuve dans le but nouveau et distinct de l’intention. À mon avis, cette structure claire et ces directives appropriées expliquaient adéquatement les différentes utilisations de cette preuve, selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention.

*B. Les directives circonscrivaient suffisamment les aspects de la preuve relative au comportement après le fait qui pouvaient être utilisés pour inférer l’intention*

[159] La défense a en outre soutenu que les directives concernant l’intention n’étaient ni claires ni suffisantes, parce que le juge aurait dû établir un lien explicite entre la preuve relative au comportement après le fait et la nature et la gravité des blessures que M<sup>me</sup> Jordan aurait pu avoir subies : voir *Rodgerson*, par. 28. La défense a fait valoir que la mention, par le juge du procès, de l’intention de [TRADUCTION] « dissimuler la preuve » était trop générale pour être utile.

[160] En fait, au cours des rencontres préalables à l’exposé au jury tenues avec l’avocat de la défense et la Couronne, la Couronne a demandé — et le juge du procès a initialement proposé — des directives dont la formulation suivait celle de l’arrêt *Rodgerson* : [TRADUCTION] « Vous pouvez conclure que M. Calnen a tenté de brûler le corps de M<sup>me</sup> Jordan afin de dissimuler la nature des blessures et le degré de force requis pour les infliger » (d.a., vol. III, p. 2151-2152). En réponse, l’avocat de la défense s’est opposé à cette formulation et a fait valoir que l’utilisation de mots plus précis semblables à ceux qui avaient été employés dans l’affaire *Rodgerson* équivalait à « demander aux jurés de formuler des hypothèses » : p. 2152. Donnant suite à la suggestion de l’avocat de la défense, le juge a alors modifié l’exposé pour qu’il soit ainsi libellé : « . . . vous pouvez conclure que M. Calnen a tenté de brûler le corps de M<sup>me</sup> Jordan afin de dissimuler la preuve . . . » (p. 2154). En conséquence, la formulation retenue par le juge du procès, à savoir « dissimuler la preuve », a été élaborée en réponse à une demande de l’avocat de la défense.

[161] Trial judges bear the ultimate responsibility for the content, accuracy, and fairness of the jury charge: see *Jaw*, at para. 44; *Jacquard*, at para. 37; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 49. Both Crown and Defence counsel are obliged to “assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge’s instructions to the jury”: *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58. In this case, the suggestions of Defence counsel are assumed to be in furtherance of that obligation and to help the judge leave the jury with a “sufficient understanding of the facts as they relate to the relevant issues”: *Jacquard*, at para. 14. In this instance, a sufficient understanding was achieved. No confusion or unfairness was generated by counsel’s suggestion that the instruction be shortened and generalized. In most cases, a more precise explanation, and an express statement of the available inferences, are likely to provide greater guidance to the jury. Nonetheless, this particular treatment of the subject is sufficient in the circumstances. The jury knew they were dealing with the intent for second degree murder, and the judge clearly outlined the intent requirements for second degree murder. In addition, the trial judge expressly told the jury that they would need to consider the after-the-fact conduct in a different way for intent than for causation and that they may or may not be assisted by this evidence. The trial judge referred to competing inferences the jury could draw from the after-the-fact conduct evidence and cautioned them to reserve their judgment on the after-the-fact conduct evidence until they were “putting all the evidence together”: A.R., vol. I, at p. 134.

[162] According to *Daley*, at para. 58, the jury charge is also to be understood in the context of the arguments made by the parties. The link between intent and concealing evidence was made by the Crown in its closing argument. The Crown’s theory was that the reason Mr. Calnen burned Ms. Jordan’s body was so that the police would not find the injuries he inflicted upon her. The trial judge also referred to this link when addressing the Crown’s theory of the case,

[161] C’est au juge du procès qu’incombent en définitive la teneur, la justesse et l’équité de l’exposé qu’il présente au jury : voir *Jaw*, par. 44; *Jacquard*, par. 37; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 49. Tant le procureur de la Couronne que l’avocat de la défense ont l’obligation « [d’assister] le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu’ils estiment problématiques » : *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58. En l’espèce, nous présumons que les suggestions de l’avocat de la défense sont données en exécution de cette obligation et pour aider le juge à faire en sorte que les jurés aient « une compréhension suffisante des faits relatifs aux questions pertinentes » : *Jacquard*, par. 14. En l’espèce, cet objectif a été atteint. La demande de l’avocat d’abrèger la directive et de la rendre plus générale ne prêtait nullement à confusion ni n’a entraîné un traitement inéquitable. Dans la plupart des cas, une explication plus précise et une description explicite des inférences possibles vont vraisemblablement guider davantage les jurés. Néanmoins, le traitement particulier de la question est suffisant en l’espèce. Les jurés savaient qu’ils devaient se prononcer sur l’intention requise dans le cas d’un meurtre au deuxième degré et le juge a décrit de façon claire les exigences relatives à cette intention. De plus, il a mentionné expressément aux jurés qu’ils devraient examiner le comportement après le fait d’une façon différente selon qu’il s’agissait de l’intention ou du lien de causalité et que cette preuve pourrait leur être utile, mais pas forcément. Le juge du procès a mentionné les inférences concurrentes que le jury pourrait tirer de la preuve relative au comportement après le fait et il a demandé aux jurés de ne tirer leur conclusion définitive au sujet de cette preuve qu’une fois [TRADUCTION] « qu’ils auraient réuni tous les éléments de preuve » : d.a., vol. I, p. 134.

[162] Selon l’arrêt *Daley*, par. 58, l’exposé au jury doit en outre être interprété en fonction des arguments invoqués par les parties. La Couronne a fait le lien entre l’intention et la dissimulation de la preuve au cours de sa plaidoirie finale. Elle a soutenu que M. Calnen aurait brûlé le corps de M<sup>me</sup> Jordan afin que la police ne puisse voir les blessures qu’il avait infligées à la victime. Le juge du procès a également fait allusion à ce lien lorsqu’il a commenté la thèse

and explained the relevance that the Crown sought to draw from the evidence — that Mr. Calnen intended to kill Ms. Jordan or to cause her serious bodily harm which he knew was likely to cause death.

[163] Jury charges do not have to adhere to prescriptive formulas — it is the substance of the charge that matters: see *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at para. 48. In this case, the trial judge explicitly linked the destruction of Ms. Jordan’s body with the concealment of *evidence*. The trial judge has “a general duty to inform the jury of the relevant evidence, and to assist the jury in linking that evidence to the issues that it must consider in reaching a verdict”: *Rodgerson*, para. 30. However, “[t]he level of detail that is required varies depending on the context”: para. 30. In context, this level of detail provided sufficient guidance to the jury on the inference available to them on Mr. Calnen’s intent.

### C. *Conclusion on After-the-Fact Conduct and Intent*

[164] The after-the-fact conduct evidence was relevant to a live, material issue — Mr. Calnen’s intent — and it was therefore admissible. The instructions to the jury adequately differentiated between using after-the-fact conduct evidence on causation and intent, and they sufficiently delineated how this after-the-fact conduct evidence could be used to infer intent.

## VII. Unreasonable Verdict

### A. *Introduction*

[165] Given my conclusions on the previous issues, I am now required to consider whether the jury verdict was unreasonable. An unreasonable verdict, or a verdict which cannot be supported by the evidence, is one that “a properly instructed jury acting judicially could not reasonably have rendered”: *R. v.*

de la Couronne et a expliqué la pertinence que la Couronne demandait au jury de tirer de la preuve, à savoir que M. Calnen avait l’intention de tuer M<sup>me</sup> Jordan ou de lui causer des lésions corporelles graves qu’il savait être de nature à causer sa mort.

[163] Il n’est pas nécessaire que l’exposé au jury respecte des formules consacrées; c’est la teneur de l’exposé qui compte : voir *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 48. Dans la présente affaire, le juge du procès a explicitement fait le lien entre la destruction du corps de M<sup>me</sup> Jordan et la dissimulation d’*éléments de preuve*. Le juge du procès a « l’obligation générale d’informer le jury des éléments de preuve pertinents et de l’aider à établir les liens nécessaires entre ces éléments de preuve et les questions dont le jury doit tenir compte pour parvenir à un verdict » : *Rodgerson*, par. 30. Cependant, « [I]’abondance des détails requis varie en fonction du contexte » : par. 30. Mises en contexte, les précisions données en l’espèce étaient suffisantes pour guider les jurés au sujet de l’inférence qu’ils pouvaient tirer quant à l’intention de M. Calnen.

### C. *Conclusion sur le comportement après le fait et l’intention*

[164] La preuve relative au comportement après le fait était pertinente à l’égard d’une question importante en litige — l’intention de M. Calnen — et était donc admissible. Les directives au jury faisaient adéquatement la distinction entre l’utilisation de la preuve relative au comportement après le fait selon qu’il s’agissait du lien de causalité ou de l’intention, et elles circonscrivaient suffisamment comment cette preuve relative au comportement après le fait pouvait être utilisée pour inférer l’intention.

## VII. Verdict déraisonnable

### A. *Introduction*

[165] Vu mes conclusions sur les questions précédentes, je dois maintenant me demander si le verdict du jury était déraisonnable. On entend par verdict déraisonnable, ou verdict qui ne peut s’appuyer sur la preuve, celui « [qu]’un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant de manière judiciaire

*W.H.*, 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180, at para. 26; see also *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36. In *W.H.*, this Court described the appellate court’s task in assessing the reasonableness of a verdict. Not only must the court ask whether there is some evidence which, if believed, supports the conviction, it is required to review, analyze and weigh the evidence, and consider through the lens of judicial experience, whether “judicial fact-finding precludes the conclusion reached by the jury”: *W.H.*, at para. 28 (emphasis deleted), quoting *Biniaris*, at para. 39. Thus:

... in deciding whether the verdict is one which a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered, the reviewing court must ask not only whether there is evidence in the record to support the verdict, but also whether the jury’s conclusion conflicts with the bulk of judicial experience: *Biniaris*, at para. 40.

(*W.H.*, at para. 28)

[166] The reasonableness of this jury verdict was directly at issue before both the Court of Appeal and this Court. Although one of Mr. Calnen’s listed grounds of appeal at the Court of Appeal was that the jury verdict was unreasonable, the majority at the Court of Appeal did not need to consider the Defence’s arguments on unreasonable verdict because of its other conclusions. However, MacDonald C.J., in dissent, found that the jury’s verdict was reasonable. Before this Court, the Crown noted the majority’s silence on the issue of unreasonable verdict, and argued in support of MacDonald C.J.’s decision that the verdict was reasonable: A.F., at paras. 130-44. The Defence argued that the verdict was not supported by the evidence and was unreasonable: R.F., at para. 115.

[167] The Defence’s main argument before this Court continued to be that the after-the-fact conduct was inadmissible on intention. But the Defence also

n’aurait pu raisonnablement [. . .] rendre » : *R. c. W.H.*, 2013 CSC 22, [2013] 2 R.C.S. 180, par. 26; voir également *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36. Dans l’arrêt *W.H.*, notre Cour explique comment un tribunal d’appel s’y prend pour vérifier si un verdict est raisonnable. Non seulement le tribunal doit-il se demander s’il existe des éléments de preuve qui, s’il leur est ajouté foi, étayent la déclaration de culpabilité, mais il doit également examiner, analyser et apprécier la preuve et se demander, à la lumière de l’expérience judiciaire, si « l’appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury » : *W.H.*, par. 28 (soulignement omis), citant *Biniaris*, par. 39. Ainsi :

... pour déterminer si le verdict est de ceux qu’un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d’une manière judiciaire aurait raisonnablement pu rendre, le tribunal d’appel doit se demander non seulement si le verdict s’appuie sur des éléments de preuve, mais également si la conclusion du jury ne va pas à l’encontre de l’ensemble de l’expérience judiciaire : *Biniaris*, par. 40.

(*W.H.*, par. 28)

[166] Le caractère raisonnable du verdict rendu en l’espèce par le jury était directement en cause tant devant la Cour d’appel que devant notre Cour. Même si l’un des moyens d’appel invoqués par M. Calnen devant la Cour d’appel était que le verdict du jury était déraisonnable, les juges majoritaires de la Cour d’appel n’ont pas eu à se pencher sur les arguments de la défense concernant le verdict déraisonnable en raison de leurs autres conclusions. Toutefois, le juge en chef MacDonald, dissident, a estimé que le verdict rendu par le jury était raisonnable. Devant notre Cour, la Couronne a souligné le silence des juges majoritaires sur la question du verdict déraisonnable et a soutenu l’opinion du juge en chef MacDonald suivant laquelle le verdict était raisonnable : m.a., par. 130-144. La défense a soutenu que le verdict n’était pas étayé par la preuve et qu’il était déraisonnable : m.i., par. 115.

[167] Devant notre Cour, la défense a continué de faire valoir comme principal argument que la preuve relative au comportement après le fait n’était pas

asserted that this was a case built on circumstantial evidence and the evidence was not consistent *only* with Mr. Calnen's guilt because many other rational inferences could be drawn from it. In particular, the Defence argued:

Even if [the inferences] were reasonable, the weight of judicial experience would dictate that they are not capable of supporting a valid finding beyond a reasonable doubt. The jury could not have been acting reasonably and judicially in reaching their verdict. They could easily have been unduly inflamed by the deplorable nature of the evidence of the after the fact conduct of the Respondent.

(R.F., at para. 114)

[168] The Defence claims that because the jurors could have been unduly inflamed, the verdict was unreasonable, and Mr. Calnen should be acquitted. In response to this argument, I accept that, based on the jury charge as a whole, there was a real risk that the jurors could have been inflamed by the deplorable nature of Mr. Calnen's conduct. However, accepting this argument leads me to a different result and remedy.

[169] When a court reviews the reasonableness of a verdict, it is assumed that the jury has been properly instructed. When addressing the prejudice associated with this evidence, the logically prior question, before taking the step into unreasonableness, is to ask why the jurors could have been unduly inflamed when it is clear that the law does not allow jurors to reason based on an accused's discreditable conduct or propensity.

[170] A jury can only be acting judicially if they are properly informed about the law which governs their deliberations. This jury needed to know that the law prevents them from engaging in impermissible propensity reasoning. But this jury received no limiting instructions on how to think about the obvious prejudice associated with Mr. Calnen's contested after-the-fact conduct. The trial judge never told

admissible pour prouver l'intention. Cependant, elle a également soutenu que la présente affaire reposait sur de la preuve circonstancielle et que la preuve n'était pas compatible *uniquement* avec la culpabilité de M. Calnen, parce qu'elle permettait de tirer de nombreuses autres inférences rationnelles. En particulier, la défense a fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION] Même si [les inférences] étaient raisonnables, le poids de l'expérience judiciaire commanderait de conclure qu'elles ne sont pas susceptibles d'étayer une conclusion valide hors de tout doute raisonnable. Les jurés n'auraient pas pu agir raisonnablement et de façon judiciaire en rendant leur verdict. Ils auraient facilement pu être indûment révoltés par le caractère déplorable de la preuve relative au comportement après le fait de l'intimé.

(m.i., par. 114)

[168] La défense soutient que, comme les jurés auraient pu être indûment révoltés, le verdict était déraisonnable et que M. Calnen devrait être acquitté. En réponse à cet argument, j'accepte que, compte tenu de l'exposé au jury dans son ensemble, il y avait un risque réel que les jurés aient pu être révoltés par le caractère déplorable du comportement de M. Calnen. Toutefois, le fait d'accepter cet argument m'amène à un résultat et à une réparation différents.

[169] Lorsqu'un tribunal contrôle le caractère raisonnable d'un verdict, il part du principe que le jury a reçu des directives appropriées. Lorsqu'on aborde la question du préjudice associé à ce type de preuve, la question préalable qui s'impose logiquement avant l'étape de l'examen du caractère raisonnable est celle de savoir pourquoi les jurés auraient pu être indûment révoltés alors qu'il est clair que la loi ne permet pas aux jurés de fonder leur raisonnement sur la conduite déshonorante ou la propension de l'accusé.

[170] Le jury ne peut agir judiciairement que s'il est bien informé des règles de droit régissant ses délibérations. Dans la présente affaire, les jurés devaient savoir que la loi leur interdisait de se livrer à un raisonnement interdit fondé sur la propension, mais ils n'ont reçu aucune directive restrictive sur la façon dont ils devaient réfléchir au préjudice évident associé au comportement après le fait de M. Calnen

them not to fill in the gaps in the evidence by drawing inferences based on the type of person Mr. Calnen's actions may have shown him to be. In this case, the Defence's argument about an unreasonable verdict is based upon and demonstrates a deficiency in the jury charge. Whether the jury was properly charged on the prejudice of the after-the-fact conduct stems directly from the issue of whether this was a reasonable verdict. In my view, in this case, when the jury has not been properly instructed in how to act reasonably and judicially, the better remedy is not an acquittal based on an unreasonable verdict, but to find that there is an error in the jury charge that necessitates a new trial.

[171] In this next section, I begin by explaining why a limiting instruction against propensity reasoning based on discreditable conduct was necessary in the circumstances and how its absence is a serious error of law warranting a new trial. I then answer three observations made by the majority. Specifically, I say: first, fundamental problems of trial fairness in the jury charge cannot be ignored because the Defence Counsel did not specifically ask for a limiting instruction on propensity reasoning at the pre-charge conference. Second, I do not accept the statement that Defence counsel made a strategic choice not to ask for limiting instructions on propensity reasoning, and that therefore, on this basis, no remedy should be given for its absence. Finally, while the principle of finality is of fundamental importance in criminal proceedings, it must be balanced with the equally fundamental societal interest in a fair trial.

qui est contesté. Le juge du procès ne leur a jamais dit de ne pas combler les lacunes de la preuve en tirant des inférences en fonction du type de personne que les actions de M. Calnen pouvaient laisser penser qu'il était. Dans le cas qui nous occupe, l'argument de la défense au sujet du verdict déraisonnable repose sur une lacune dans l'exposé du juge au jury et en fait la preuve. La question de savoir si les jurés ont reçu les directives appropriées au sujet du préjudice associé au comportement après le fait découle directement de la question de savoir si le verdict était raisonnable ou non. En l'espèce, comme les jurés n'ont pas reçu de directives appropriées sur la façon d'agir de manière raisonnable et judiciaire, j'estime que la meilleure réparation ne consiste pas à ordonner un acquittement fondé sur un verdict déraisonnable, mais plutôt à conclure que l'exposé au jury est entaché d'une erreur qui justifie la tenue d'un nouveau procès.

[171] Dans la prochaine section, j'expliquerai d'abord pourquoi il était nécessaire, dans les circonstances, de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension en raison de la conduite déshonorante de l'accusé et en quoi le défaut de le faire constitue une erreur de droit grave justifiant la tenue d'un nouveau procès. Je répondrai ensuite à trois observations formulées par les juges majoritaires. Je tiens à préciser que, premièrement, on ne peut ignorer les graves manquements à l'équité procédurale dont est entaché l'exposé au jury en raison du fait que l'avocat de la défense n'a pas expressément demandé de directive restrictive sur les risques d'un raisonnement fondé sur la propension lors de la conférence préalable à l'exposé. Deuxièmement, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation selon laquelle l'avocat de la défense a choisi, pour des raisons d'ordre stratégique, de ne pas demander de directives restrictives sur le raisonnement fondé sur la propension et que, pour cette raison, aucune réparation ne devrait être accordée du fait de cette omission. Troisièmement, bien que le principe du caractère définitif des décisions soit d'une importance fondamentale dans les procédures en matière criminelle, il doit être mis en balance avec l'intérêt tout aussi fondamental de la société à un procès juste.

B. *A Limiting Instruction Against the Use of Propensity Reasoning Was Required to Ensure That the Jury Was Properly Instructed*

(1) A Difficult, Even Borderline Case

[172] In order to convict Mr. Calnen of second degree murder, the jury must have been satisfied, beyond a reasonable doubt, that (1) Mr. Calnen caused Ms. Jordan's death by means of an unlawful act, and (2) Mr. Calnen meant to cause Ms. Jordan's death, or that he meant to cause her bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued. The criminal standard of proof would require that the jurors were "sure" that Mr. Calnen committed second degree murder, and not merely that they thought that he was probably or likely guilty.<sup>2</sup>

[173] The bulk of judicial experience would suggest that this case would be very close to the line when it came to determining whether the Crown met its ultimate burden of establishing each constituent element of second degree murder beyond a reasonable doubt: see *W.H.*, at para. 26; see also *Yebe*, at p. 185; *Biniaris*, at para. 36; and *R.F.*, at para. 111. Remember that whatever caused Ms. Jordan's death left no evidence of a clean up or damage in the house, and Mr. Calnen destroyed the information that might have been garnered from an examination of Ms. Jordan's body. There was therefore no evidence as to the cause of death other than Mr. Calnen's statement and his after-the-fact conduct. The case was based on circumstantial evidence and the jury was asked to engage in inferential reasoning. There

<sup>2</sup> Once a trial judge has adequately explained the meaning of the expression "beyond a reasonable doubt", the jury may be advised that they can convict if they are "sure" or "certain" of the accused's guilt: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at paras. 33-34 and 39. Accordingly, in the case at bar, the trial judge first gave proper instructions regarding the meaning of "beyond a reasonable doubt" and then instructed the jury as follows: "If, at the end of the case, after considering all the evidence, you are sure that Mr. Calnen committed the offence, you should find Paul Trevor Calnen guilty of it, since you would have been satisfied of his guilt of that offence beyond a reasonable doubt": *A.R.*, vol. I, at p. 75 (emphasis added).

B. *Une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension était nécessaire pour veiller à ce que le jury ait reçu des directives appropriées*

(1) Une affaire difficile, voire limite

[172] Pour pouvoir déclarer M. Calnen coupable de meurtre au deuxième degré, le jury devait être convaincu, hors de tout doute raisonnable, (1) que M. Calnen avait causé la mort de M<sup>me</sup> Jordan en commettant un acte illégal et (2) que M. Calnen avait l'intention de causer la mort de M<sup>me</sup> Jordan, ou qu'il avait l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. La norme de preuve en matière criminelle exigeait des jurés qu'ils soient « sûrs » que M. Calnen a commis un meurtre au degré, et non seulement qu'ils estiment que ce dernier était probablement ou vraisemblablement coupable<sup>2</sup>.

[173] L'ensemble de l'expérience judiciaire laisserait entendre que la présente affaire frôlerait la limite lorsqu'il s'agit de juger si la Couronne s'est acquittée ou non du fardeau ultime qui lui incombait consistant à établir chacun des éléments constitutifs du meurtre au deuxième degré hors de tout doute raisonnable : voir *W.H.*, par. 26; voir également *Yebe*, p. 185; *Biniaris*, par. 36; et *m.i.*, par. 111. Il faut se rappeler que, quelle qu'ait pu être la cause du décès de M<sup>me</sup> Jordan, elle n'a laissé aucune preuve de nettoyage ou de dommage dans la maison, et M. Calnen a détruit l'information qui aurait pu être recueillie d'un examen de la dépouille de M<sup>me</sup> Jordan. Il n'y avait donc aucun élément de preuve quant à la cause du décès, hormis la déclaration de M. Calnen et son comportement après le fait. Le dossier reposait sur de la preuve

<sup>2</sup> Une fois le sens de l'expression « hors de tout doute raisonnable » bien expliqué par le juge du procès, il est possible de dire aux jurés qu'ils peuvent déclarer l'accusé coupable s'ils sont « sûrs » ou « certains » de la culpabilité de l'accusé : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 33-34 et 39. Ainsi, dans le cas qui nous occupe, le juge du procès a d'abord donné des directives appropriées quant au sens de l'expression « hors de tout doute raisonnable » pour ensuite donner la directive suivante au jury : [TRADUCTION] « Si, à la fin de l'affaire, après avoir examiné toute la preuve, vous êtes sûrs que M. Calnen a commis l'infraction, vous devriez déclarer Paul Trevor Calnen coupable de cette infraction, puisque vous aurez été convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité à l'égard de l'infraction » : *d.a.*, vol. I, p. 75 (je souligne).

were reasonable inferences other than murder which could be drawn from the evidence, as my colleague Justice Karakatsanis discusses. Further, the fine line between innocence and guilt is reflected in the fact that not only were the judges divided on the main legal issues, but Mr. Calnen was discharged at a preliminary inquiry.

[174] For the verdict to be assessed for its reasonableness, the jury first needed to be properly instructed. I have already decided that the trial judge properly addressed the general risks of after-the-fact conduct by outlining how it may invite speculation and imprecise reasoning. The trial judge also brought alternative inferences and explanations to the attention of the jury so they did not jump to a particular conclusion: see *White (1998)*; *White (2011)*. However, a review of the charge indicates that the jury was never told about the specific perils of filling in gaps, drawing inferences, or reaching conclusions based on Mr. Calnen's propensity or character. Without such instructions, the jury would have felt free to fill in gaps or draw inferences based on Mr. Calnen's discreditable after-the-fact conduct and to use this evidence improperly to help them reach the verdict of guilty on second degree murder.

## (2) Propensity Reasoning

[175] The perniciousness of propensity evidence is well known and managing its risks has been a preoccupation of the courts since at least the seventeenth century: *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833 (Old Bailey (London)), at p. 864, cited in *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 32. In *Handy*, at para. 139, this Court outlined the contours of bad character evidence and its "poisonous potential" (at para. 138) to result in moral prejudice:

It is frequently mentioned that "prejudice" in this context is not the risk of conviction. It is, more properly, the

circonstancielle et on a demandé au jury de se livrer à un raisonnement inférentiel. Comme ma collègue la juge Karakatsanis l'explique, la preuve permettait de tirer d'autres inférences raisonnables que le meurtre. De plus, la fine ligne séparant innocence et culpabilité est également illustrée non seulement par le fait que les juges étaient divisés sur les principales questions de droit, mais également par le fait que M. Calnen a été libéré lors de l'enquête préliminaire.

[174] Pour que le caractère raisonnable du verdict puisse être contrôlé, il est tout d'abord nécessaire que les jurés aient reçu des directives appropriées. J'ai déjà statué que le juge du procès avait correctement traité les risques généraux associés au comportement après le fait en précisant comment celui-ci pouvait inciter à la spéculation et à un raisonnement imprécis. Le juge du procès a aussi porté d'autres inférences et explications possibles à l'attention des jurés pour éviter qu'ils ne tirent de façon précipitée une conclusion en particulier : voir *White (1998)*; *White (2011)*. Toutefois, un examen de l'exposé révèle que les jurés n'ont jamais été informés des risques particuliers de combler les lacunes, de tirer des inférences ou d'arriver à des conclusions sur le fondement de la propension ou de la moralité de M. Calnen. Sans directive de la sorte, les jurés se seraient sentis libres de combler les lacunes ou de tirer des inférences à partir du comportement après le fait déshonorant de M. Calnen et d'utiliser à tort ces éléments de preuve pour les aider à rendre un verdict de culpabilité pour meurtre au deuxième degré.

## (2) Raisonnement fondé sur la propension

[175] Le caractère pernicieux de la preuve de propension est bien connu et la gestion de ses risques est une préoccupation des tribunaux depuis au moins le dix-septième siècle : *Harrison's Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 833 (Old Bailey (London)), p. 864, cité dans *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 32. Dans l'arrêt *Handy*, par. 139, notre Cour a tracé les limites de la preuve de mauvaise moralité et de ses « effets pernicieux » (par. 138), susceptibles de causer un préjudice moral :

On mentionne souvent que le « préjudice » dans ce contexte n'est pas le risque de déclaration de culpabilité.

risk of an unfocused trial and a *wrongful* conviction. The forbidden chain of reasoning is to infer guilt from *general* disposition or propensity. The evidence, if believed, shows that an accused has discreditable tendencies. In the end, the verdict may be based on prejudice rather than proof, thereby undermining the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. [Emphasis in original; para. 139.]

[176] There is also the possibility of reasoning prejudice, which distracts the members of the jury from their proper focus on the charge: *Handy*, at paras. 144-45. Distraction can occur in different ways. In *R. v. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), McLachlin J.A. (as she then was) (in dissent but adopted in *Handy*, at para. 145) observed, at p. 399, that similar facts are capable of “raising in the minds of the jury sentiments of revulsion and condemnation which might well deflect them from the rational, dispassionate analysis upon which the criminal process should rest”.

[177] While this Court’s statements of principle regarding bad character evidence often arise in the context of similar fact evidence, the dangers of propensity reasoning can surface in any case in which the Crown seeks to introduce discreditable conduct on the part of the accused that may compromise the jury’s ability to conduct a dispassionate analysis: *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at p. 735.

### (3) Analysis

[178] In admitting the contested after-the-fact conduct evidence, the trial judge decided that the probative value of the evidence outweighed its prejudicial effects. That decision was correct. However, the conclusion that the evidence was more probative than prejudicial did not negate the trial judge’s responsibility to meet and address any specific propensity prejudice of that evidence in the jury charge. Clear instructions to the jury about the uses that they

Le préjudice réside davantage dans le risque de procès diffus et de déclaration de culpabilité *injustifiée*. Le raisonnement interdit est l’inférence de culpabilité à partir d’une prédisposition ou propension *générale*. La preuve, si on y ajoute foi, démontre que l’accusé a des tendances déshonorantes. En définitive, le verdict peut être fondé sur un préjudice plutôt que sur une preuve, compromettant ainsi la présomption d’innocence consacrée à l’art. 7 et à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [En italique dans l’original; par. 139.]

[176] Il existe aussi la possibilité de préjudice par raisonnement, qui empêche les membres du jury de bien se concentrer sur l’accusation elle-même : *Handy*, par. 144-145. Le détournement d’attention du jury peut se produire de différentes façons. Dans l’arrêt *R. c. D. (L.E.)* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 384 (C.A.), la juge McLachlin (plus tard juge en chef du Canada) (dans des motifs dissidents adoptés dans l’arrêt *Handy*, par. 145) a fait remarquer, à la p. 399, que la preuve de faits similaires peut éveiller [TRADUCTION] « dans l’esprit des jurés des sentiments de répugnance et de réprobation qui risqueraient bien de les détourner de l’analyse rationnelle et objective sur laquelle devrait reposer le processus criminel ».

[177] Bien que les énoncés de principe de la Cour concernant la preuve de mauvaise moralité s’appliquent souvent dans le contexte de la preuve de faits similaires, les dangers posés par le raisonnement fondé sur la propension peut survenir dans toute affaire où la Couronne tente d’introduire une conduite déshonorante de la part de l’accusé qui peut compromettre la capacité du jury de faire une analyse objective : *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, p. 735.

### (3) Analyse

[178] En admettant la preuve contestée de comportement après le fait, le juge du procès a décidé que la valeur probante de la preuve l’emportait sur ses effets préjudiciables. Cette décision était correcte. Toutefois, la conclusion selon laquelle la preuve était plus probante que préjudiciable ne déchargeait pas le juge de sa responsabilité de reconnaître et de traiter tout préjudice particulier fondé sur la propension de cette preuve dans son exposé au jury. Des

could — and could not — make of the discreditable conduct evidence were essential:

It is an obligation on trial judges that they properly instruct juries as to the use that those juries can make of evidence which is highly prejudicial to an accused in relation to the accused's character. . . . Given that the testimony might have a strong prejudicial effect on the jury and that the jury might then convict on the basis that the accused is a bad person of the sort likely to commit the offences in question, clear directions to the jury about the use that they could make of the testimony were essential. More specifically, the judge was required to explain clearly in the instructions to the jurors that they must not infer from the evidence that tended to show the appellant's bad character that the appellant was guilty because he is the sort of person who is likely to commit the offences in question.

(*B. (F.F.)*, at pp. 733-34)

[179] A permissible line of reasoning in this case would have been that Mr. Calnen destroyed Ms. Jordan's body in order to destroy evidence that he had caused her death unlawfully. The jury was also permitted to reason that Mr. Calnen's total destruction of Ms. Jordan's body, over multiple days and in multiple locations, could support the further inference that he was not simply acting to conceal evidence of a crime he committed, but also to hide the extent of that crime. The jury was not, however, permitted to reason that because Mr. Calnen moved and burned a human being's body, he was the type of person who would kill, and that therefore, he did kill Ms. Jordan. Yet the risk that the jury would engage in precisely this line of forbidden reasoning was very real in the circumstances. Thus, while the evidence was admissible for the purposes of causation and intent, it bore all the hallmarks of propensity evidence that could, absent proper limiting instructions, import both moral prejudice and reasoning prejudice into the jury's analysis.

directives claires aux jurés sur les utilisations qu'ils pouvaient — et ne pouvaient pas — faire des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante étaient essentielles :

Il incombe aux juges du procès de donner aux jurés des directives appropriées quant à l'utilisation qu'ils peuvent faire de la preuve qui est fortement préjudiciable à l'accusé sur le plan de sa moralité. [ . . . ] Étant donné que ces témoignages pourraient avoir un effet fortement préjudiciable sur le jury qui pourrait alors prononcer un verdict de culpabilité pour le motif que l'accusé est le genre de mauvaise personne susceptible de commettre les infractions en cause, il était essentiel de donner au jury des directives claires quant à l'utilisation qu'il pouvait faire de cette preuve. Plus précisément, le juge était tenu, dans ses directives, d'expliquer clairement aux jurés qu'ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de l'appellant que celui-ci était coupable parce qu'il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause.

(*B. (F.F.)*, p. 733-734)

[179] Un raisonnement que le jury aurait pu suivre en l'espèce aurait été que M. Calnen a détruit la dépouille de M<sup>me</sup> Jordan dans le but de détruire de la preuve tendant à montrer qu'il a causé sa mort par suite d'un acte illégal. Le jury pouvait également déduire que la destruction totale de la dépouille de M<sup>me</sup> Jordan par M. Calnen, sur une période de plusieurs jours et à de nombreux endroits, pouvait également étayer l'inférence qu'il n'agissait pas simplement pour dissimuler un crime qu'il avait commis, mais aussi pour cacher la gravité de ce crime. Toutefois, il n'était pas loisible au jury de déduire que, parce que M. Calnen avait déplacé et brûlé le cadavre d'un être humain, il était le genre de personne qui tuerait, et donc qu'il a effectivement tué M<sup>me</sup> Jordan. Pourtant, le risque que le jury se livre précisément à ce type de raisonnement était très réel en l'espèce. En conséquence, même si la preuve était admissible pour ce qui est d'établir le lien de causalité et l'intention, elle avait tous les traits de preuve de propension qui pourrait, en l'absence de directives restrictives adéquates, importer un préjudice moral et un préjudice par raisonnement dans l'analyse du jury.

[180] Let me explain further. The nature of Mr. Calnen’s after-the-fact conduct was likely to elicit a strong emotional reaction in the jurors. Burning Ms. Jordan’s body was morally and viscerally repugnant. These actions were variously and repeatedly described in the decisions below as “horrific” (four times in the Court of Appeal’s majority reasons alone); “extreme”; “shocking”; “desperate”; “obsessive”; and “extraordinary”. The disturbing nature of the conduct was made clear to the jury. In the closing address to the jury, Crown counsel described Mr. Calnen’s conduct in great detail and tied it directly to a request to draw the inference that Mr. Calnen intended to kill Ms. Jordan. The nature of the evidence, while admissible, thus ushered in a significant risk that Mr. Calnen would be convicted of second degree murder not because the jury had concluded beyond a reasonable doubt that he had killed Ms. Jordan, but because his after-the-fact conduct had convinced the jurors that he was the sort of person who would kill: see *Handy*, at paras. 31-36; *B. (F.F.)*, at p. 734. There was the further risk of reasoning prejudice. As the jurors assessed whether the totality of the evidence established causation and intent beyond a reasonable doubt, they were likely to be experiencing the precise mix of “revulsion and condemnation” that could deflect them from a rational and dispassionate analysis of the evidence.

[181] Further, Mr. Calnen was a habitual user of illegal drugs. He told the police that he first met Ms. Jordan when he engaged her services as a sex worker. Mr. Calnen had advertised Ms. Jordan’s sexual services in the newspaper. Mr. Weeks testified that he had had three-way sex with Mr. Calnen and Ms. Jordan. Illegal drug use, hiring and advertising sex workers, and sexual adventurousness are frequent subjects of social censure. Taken together, these facts were such that the jurors may have assembled a mental image of a man whose moral compass was so broken that he may well have been capable of murder. This constituted another form of general propensity or bad character evidence that required

[180] Je m’explique. Le comportement après le fait de M. Calnen était susceptible de provoquer une forte réaction émotive chez les jurés. L’acte de brûler la dépouille de M<sup>me</sup> Jordan était moralement et viscéralement révoltant. Dans les jugements rendus par les juridictions inférieures, les actes posés ont, à plusieurs reprises, été qualifiés de diverses façons : [TRADUCTION] « horribles » (terme employé quatre fois dans les seuls motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel); « extrêmes »; « choquants »; « désespérés »; « obsessifs »; et « extraordinaires ». Le caractère troublant des actes a été clairement exposé au jury. Dans son exposé final au jury, le procureur de la Couronne a longuement décrit la conduite de M. Calnen et l’a associée directement à sa demande aux jurés de conclure que M. Calnen avait l’intention de tuer M<sup>me</sup> Jordan. La nature de la preuve, même si celle-ci était admissible, faisait ainsi naître un risque important que M. Calnen soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, non pas parce que le jury avait conclu hors de tout doute raisonnable qu’il avait tué M<sup>me</sup> Jordan, mais parce que son comportement après le fait avait convaincu les jurés qu’il était le genre de personne qui tuerait : voir *Handy*, par. 31-36; *B. (F.F.)*, p. 734. Il y avait par ailleurs le risque de préjudice par raisonnement. Alors que les jurés évaluaient la question de savoir si la preuve dans son ensemble établissait les éléments du lien de causalité et de l’intention hors de tout doute raisonnable, ils éprouvaient vraisemblablement le mélange précis de [TRADUCTION] « répugnance et de réprobation » qui risquerait de les détourner d’une analyse rationnelle et objective de la preuve.

[181] De plus, M. Calnen était un consommateur régulier de drogues illicites. Il a affirmé aux policiers qu’il avait rencontré M<sup>me</sup> Jordan la première fois lorsqu’il avait retenu ses services comme travailleuse du sexe. Monsieur Calnen avait annoncé les services sexuels de M<sup>me</sup> Jordan dans le journal. Dans son témoignage, M. Weeks a affirmé qu’il avait eu une relation sexuelle à trois avec M. Calnen et M<sup>me</sup> Jordan. La consommation de drogues illicites, l’embauche et la promotion de travailleuses du sexe et l’aventurisme sexuel sont fréquemment l’objet de censure sociale. Pris ensemble, ces faits étaient susceptibles de faire en sorte que les jurés se soient formé une image mentale d’un homme dont la boussole morale

legal guidance from the trial judge to ensure that it would not prejudice the jury’s reasoning. In other words, there was a risk that the jury may, at least in part, convict on the basis of “bad personhood”: *Handy*, at para. 31.

[182] The prejudicial nature of the after-the-fact conduct was an issue throughout the trial. For example, at the first *voir dire*, Defence counsel argued that the admission of Mr. Calnen’s statements would have an “enormous prejudicial effect with a jury” (A.R., vol. II, at p. 22), and that the statements ask the jury “to draw a forbidden inference” (A.R., vol. III, at p. 585). At the second *voir dire* heard on November 2, 2015, the Defence argued that Mr. Calnen’s statement was inadmissible, because its “probative value is outweighed by its prejudicial effect”: A.R., vol. II, at p. 66. In oral submissions, the Defence said of the statement: “It’s prejudicial because it paints him in a bad light because of what he did afterwards . . .” (A.R., vol. III, at p. 704). The Defence again raised the prejudicial nature of the after-the-fact conduct evidence in its motion for a directed verdict. It is here that the Defence first introduced the spectre of an unreasonable verdict caused by propensity reasoning, arguing: “As noted in *Beals* [2011 NSCA 42, 302 N.S.R. (2d) 358] the risk of a wrongful conviction may be considered. The facts of this case give rise to a substantial possibility of an unreasonable verdict based on the inflammatory nature of the evidence of the after the fact conduct” (A.R., vol. II, at p. 180). Counsel further argued in oral submissions:

. . . when you’re trying to -- when the Crown is trying to prove a case entirely by a piece of evidence which, you know, has been treated with caution consistently in the case law, you know, you’re running a real risk, if this

était à ce point dérégulée qu’il était tout à fait capable de commettre un meurtre. Ceci constituait une autre forme de preuve de propension générale ou de mauvaise moralité qui obligeait le juge du procès à expliquer le droit pour veiller à ce que cette preuve ne vicie pas le raisonnement du jury. Autrement dit, il existait un risque que le jury puisse, en partie du moins, déclarer l’accusé coupable en raison de sa « mauvaise personnalité » : *Handy*, par. 31.

[182] La nature préjudiciable du comportement après le fait est une question qui a été soulevée tout au long du procès. Par exemple, lors du premier voir-dire, l’avocat de la défense a fait valoir que l’admission des déclarations de M. Calnen aurait un [TRADUCTION] « énorme effet préjudiciable sur le jury » (d.a., vol. II, p. 22) et que ces déclarations invitaient les jurés « à tirer une inférence interdite » (d.a., vol. III, p. 585). Lors de la tenue du deuxième voir-dire, le 2 novembre 2015, la défense a soutenu que la déclaration de M. Calnen n’était pas admissible étant donné que « son effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante » : d.a., vol. II, p. 66. Dans sa plaidoirie orale, la défense a affirmé, au sujet de la déclaration, qu’elle « est préjudiciable parce qu’elle le présente sous un jour peu flatteur en raison de ce qu’il a fait par la suite . . . » (d.a., vol. III, p. 704). La défense a de nouveau soulevé le caractère préjudiciable de la preuve relative au comportement après le fait dans sa requête en verdict imposé. C’est ici que l’avocat de la défense a évoqué pour la première fois la possibilité d’un verdict déraisonnable causé par un raisonnement fondé sur la propension, en faisant valoir ce qui suit : [TRADUCTION] « Comme le tribunal l’a fait observer dans la décision *Beals* [2011 NSCA 42, 302 N.S.R. (2d) 358], le risque de condamnation injustifiée peut être pris en compte. Les faits de l’espèce permettent de penser qu’il y a une forte possibilité qu’un verdict déraisonnable soit rendu en raison du caractère incendiaire des éléments de preuve relatifs au comportement après le fait » (d.a., vol. II, p. 180). L’avocat a ajouté ce qui suit dans sa plaidoirie orale :

[TRADUCTION] . . . lorsqu’on essaie -- lorsque la Couronne essaie de prouver l’accusation en se fondant exclusivement sur un élément de preuve qui, comme vous le savez, a toujours été traité avec prudence par les tribunaux,

goes to the jury, of a wrongful conviction. . . . That is a concern here. And, you know, there's no sugarcoating the fact that the after-the-fact evidence here is -- as I've said in my brief, it's inflammatory and it's susceptible to overuse. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at pp. 2040-41)

The record thus reflects that Defence counsel repeatedly raised the prejudicial nature of this evidence.

[183] The trial judge was also alive to these concerns. After the second *voir dire* in which he admitted portions of Mr. Calnen's statements, the trial judge emphasized that he would require the help of counsel to draft the charge on the after-the-fact conduct evidence: 2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93, at para. 42. In addition, in his decision denying the Defence's motion for directed verdict, the trial judge stated: "Any risk of prejudice can be averted by a proper instruction on the proper use of this evidence" (2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129, at para. 42).

[184] Indeed, even the majority of the Court of Appeal, at para. 1, understood the potential effect of emotion:

Trial judges routinely instruct juries that cases must be decided based upon legally admissible evidence, not emotion. The actions of the appellant in this case; repeatedly burning the body of Reita Louise Jordan after her death, would inflame the emotions of most people. It is of the utmost importance that the trial judge in this case precisely proscribe any limitations in the use of that evidence as it relates to the issue of proof of the intent to murder.

Although this statement was directed at a different subject, I also accept that this evidence would inflame the emotions of most people and that it is of the utmost importance that the trial judge precisely proscribe any limitations on the use of that evidence.

on court un risque réel, si le jury en est saisi, de se retrouver avec une condamnation injustifiée [. . .]. Ce problème est bien réel en l'espèce. Et, comme je l'ai expliqué dans mon mémoire on ne peut faire abstraction du fait qu'en l'espèce — la preuve relative au comportement après le fait est incendiaire et qu'elle risque d'être utilisée de façon excessive. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 2040-2041)

Il ressort donc du dossier que l'avocat de la défense a soulevé à plusieurs reprises le caractère préjudiciable de cette preuve.

[183] Le juge du procès était lui aussi conscient de ces préoccupations. Après le deuxième voir-dire, au terme duquel il a admis en preuve certains passages des déclarations de M. Calnen, le juge du procès a souligné qu'il solliciterait l'assistance des avocats pour formuler l'exposé concernant la preuve relative au comportement après le fait : 2015 NSSC 318, 368 N.S.R. (2d) 93, par. 42. De plus, dans sa décision rejetant la requête en verdict imposé de la défense, le juge du procès a affirmé : [TRADUCTION] « Tout risque de préjudice peut être évité par une directive appropriée sur la bonne façon d'utiliser cette preuve » (2015 NSSC 331, 368 N.S.R. (2d) 129, par. 42).

[184] Par ailleurs, les juges majoritaires de la Cour d'appel, au premier paragraphe de leurs motifs, comprenaient eux aussi l'effet éventuel des émotions :

[TRADUCTION] Il est courant que les juges du procès disent aux jurys que les affaires doivent être jugées sur le fondement de la preuve légalement admissible et non de l'émotion. Les gestes posés par l'appelant en l'espèce, c'est-à-dire avoir brûlé à maintes reprises le corps de Reita Louise Jordan après son décès, provoqueraient une vive réaction émotive chez la plupart des gens. Il est absolument essentiel que le juge du procès dans ce cas prescrive précisément toute restriction touchant l'utilisation de cette preuve dans son rapport avec la question de la preuve de l'intention de commettre un meurtre.

Même si cette affirmation portait sur un autre sujet, je suis également d'avis que cette preuve provoquerait une vive réaction émotive chez la plupart des gens et qu'il est absolument essentiel que le juge du procès prescrive précisément toute restriction touchant

In my view, that includes limitations on both the general risks of all after-the-fact conduct and the specific propensity risks arising from this particular evidence.

[185] I agree with the majority that the jury charge adequately guarded against the risks that are generally associated with after-the-fact conduct evidence. However, the trial judge’s generic instructions on after-the-fact conduct evidence did not adequately address the perils of propensity reasoning and its possible impact on the jury’s reasoning and ultimate conclusions. A propensity instruction is not the same as the instructions developed to address after-the-fact conduct evidence. They are separate instructions which address different thought processes. In addition, not all after-the-fact conduct evidence is highly prejudicial. After-the-fact conduct can range from failing to answer the door when the police knock to burning a body to ash. While all after-the-fact conduct requires the general instructions provided by the trial judge in this case, in some circumstances, further specific limiting instructions will be required to address other reasoning risks associated with the evidence.

[186] In this case, there existed a reasoning risk beyond the risks generally associated with after-the-fact conduct evidence — the further reasoning risk was that Mr. Calnen’s actions were so morally repugnant that he would be convicted on the basis of bad personhood. This required the trial judge to “explain clearly in the instructions to the jurors that they must not infer from the evidence that tended to show the [accused’s] bad character that the [accused] was guilty because he is the sort of person who is likely to commit the offences in question”: *B. (F.F.)*, at p. 734. This was not done. The charge was silent on the specific propensity reasoning risks that arise when a jury is asked to assess evidence that is acknowledged to be “horrific”, “extreme”, “shocking”, and “distract[ing]”. Thus while the trial

l’utilisation de cette preuve. Selon moi, cette obligation consiste à donner des restrictions tant en ce qui concerne les risques généraux de tout comportement après le fait que les risques de propension propres à cette preuve particulière.

[185] À l’instar des juges majoritaires, j’estime que l’exposé au jury mettait suffisamment en garde le jury contre les risques généralement associés à une preuve relative au comportement après le fait. Toutefois, dans ses directives générales sur la preuve relative au comportement après le fait, le juge du procès n’a pas adéquatement traité des risques du raisonnement fondé sur la propension ni de son incidence éventuelle sur le raisonnement et les conclusions ultimes du jury. Il y a une différence entre une directive sur la propension et une directive visant à traiter d’éléments de preuve relatifs au comportement après le fait. Il s’agit de directives distinctes portant sur des processus de réflexion distincts. En outre, les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait ne sont pas tous préjudiciables. Les actes qui peuvent être qualifiés de comportements après le fait vont du refus de répondre à des policiers qui frappent à la porte au fait de réduire un cadavre en cendres. Bien que tous les comportements après le fait exigent des directives générales comme celles que le juge du procès a données en l’espèce, dans certains cas, des directives restrictives plus précises sont nécessaires pour tenir compte d’autres risques de raisonnement associés à la preuve.

[186] En l’espèce, il existait un risque de raisonnement plus élevé que les risques qui sont généralement associés aux éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, à savoir le risque que les actes de M. Calnen étaient si répugnants sur le plan moral que ce dernier soit condamné en raison de sa mauvaise personnalité. Ainsi le juge du procès était-il tenu « d’expliquer clairement aux jurés qu’ils ne devaient pas déduire de la preuve qui tendait à démontrer la mauvaise moralité de [l’accusé] que celui-ci était coupable parce qu’il est le genre de personne susceptible de commettre les infractions en cause » (*B. (F.F.)*, p. 734), ce qu’il n’a pas fait. L’exposé au jury était muet quant aux risques précis d’un raisonnement fondé sur la propension que suscitait le fait de demander aux jurés d’évaluer des éléments de preuve dont on

judge's instructions adequately warned the jury to avoid jumping to a conclusion of guilt on the basis of the after-the-fact conduct evidence alone, they did not equip the jury to handle the mix of revulsion and condemnation that was elicited by this particular evidence.

[187] Nor did the trial judge's introductory remarks with respect to Mr. Calnen's guilty plea on the charge of indecent interference constitute sufficient instruction to guard against propensity reasoning. The instruction to the jury to put the guilty plea out of their minds was helpful — but given that the jury went on to hear multiple days of testimony detailing Mr. Calnen's interference with human remains, the introductory remarks had to be bolstered by further specific instructions on propensity. None were forthcoming.

[188] Had this been a judge-alone trial, the risk of propensity reasoning would have been effectively managed by the trial judge. Trial judges can be expected to warn themselves against the prejudice of propensity reasoning because they “are presumed to know the law with which they work day in and day out”: *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 54; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para 47.

[189] A jury, however, requires instructions. Juries are not presumed to know the law and trial judges bear the ultimate responsibility for the content, accuracy, and fairness of the jury charge: see *Jaw*, at para. 44; *Jacquard*, at para. 37; *Khela*, at para. 49. To properly bring to our justice system the “healthy measure of common sense” that makes jurors such an invaluable part of the legal process, jurors must first be equipped with the correct rules of law: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692. Jury instructions

admettait qu'ils étaient [TRADUCTION] « horribles », « extrêmes », « troublants » et susceptibles « de détourner l'attention ». Par conséquent, bien que, dans ses directives, le juge du procès ait suffisamment prévenu les jurés d'éviter de conclure trop rapidement à la culpabilité en se fondant uniquement sur les éléments de preuve relatifs au comportement après le fait, ces directives n'ont pas outillé les jurés pour composer avec le mélange de répulsion et de répugnance que ces éléments de preuve particuliers ont suscité.

[187] Les remarques introductives faites par le juge du procès au sujet du plaidoyer de culpabilité de M. Calnen à l'égard de l'accusation d'indécence ne constituaient pas non plus une directive suffisante pour mettre le jury en garde contre les dangers d'un raisonnement fondé sur la propension. La directive donnée au jury de faire abstraction du plaidoyer de culpabilité était certes utile, mais comme le jury a par la suite entendu, pendant plusieurs jours, des témoignages détaillant les agissements de M. Calnen à l'égard de restes humains, ces remarques introductives auraient dû s'accompagner d'autres directives portant précisément sur la propension. Le jury n'a reçu aucune directive de la sorte.

[188] Si le procès s'était déroulé devant un juge seul, ce dernier aurait su efficacement gérer le risque que représente le raisonnement fondé sur la propension. On peut s'attendre à ce que les juges du procès se mettent eux-mêmes en garde contre le caractère préjudiciable du raisonnement fondé sur la propension parce qu'ils « sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours » : *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 54; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 47.

[189] Toutefois, un jury a besoin de directives. Les jurés ne sont pas présumés connaître le droit et il revient ultimement au juge du procès de s'assurer de la teneur, de la justesse et de l'équité de l'exposé au jury : voir *Jaw*, par. 44; *Jacquard*, par. 37; *Khela*, par. 49. Pour conférer adéquatement à notre système de justice la « saine mesure de bon sens » qui fait des jurés une partie si précieuse du processus judiciaire, les jurés doivent d'abord être outillés des bonnes règles de droit : *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670,

ensure that the path of permissible reasoning has been adequately explained to the jurors, and that they have received any necessary cautions and limiting instructions on the uses to which certain evidence can be put. Equipped with clear instructions in the law, juries can reach sound, lawful, and reasonable verdicts.

[190] While the Crown did not argue propensity at trial, it did argue for the jurors to use their common sense. Indeed, this continues to be the Crown's argument on appeal to this Court: A.F., at para. 114. Without an express limiting instruction, jurors cannot be expected to know that at the same time that they are being told to use common sense, they are in fact prohibited from engaging in what many jurors may also see as just another form of common sense reasoning: propensity reasoning. The reason judges caution against propensity reasoning is precisely because this form of thinking is recognized as being so intuitive and powerful. In this instance, the jurors could not have understood the potentially poisonous nature of propensity evidence, and the manner in which the law has circumscribed its use, without an express instruction on the issue.

[191] We therefore have a situation in which the jury (1) was left to rely on evidence that carried a recognized and specific risk of prejudice; (2) was not equipped with a limiting instruction as to how to avoid the pitfalls of prejudicial propensity or bad character reasoning; and (3) very likely relied on that evidence to arrive at its verdict of guilt. The highly emotive nature of the evidence was recognizable to every judge who presided over this matter. Though the evidence was admissible, it required a clear instruction in law to ensure that the jury would use the evidence properly, both generally and specifically. In the circumstances, the failure to instruct on this crucial point resulted in a jury that was not properly instructed in law.

p. 692. Les directives au jury font en sorte que le mode de raisonnement admissible a été adéquatement expliqué aux jurés et que ces derniers ont reçu les mises en garde et les directives restrictives nécessaires sur les utilisations qu'ils peuvent faire de certains éléments de preuve. Outillés de directives claires sur le plan du droit, les jurys peuvent rendre des verdicts valables, légitimes et raisonnables.

[190] Bien que la Couronne n'ait pas fait valoir la question de la propension au procès, elle a effectivement demandé aux jurés de faire preuve de bon sens. Elle a d'ailleurs repris cet argument dans le cadre du présent pourvoi devant notre Cour : m.a., par. 114. Sans directive restrictive explicite, on ne peut s'attendre à ce que les jurés sachent que, en même temps qu'on les invite à faire preuve de bon sens, il leur est en fait interdit de se livrer à ce que plusieurs d'entre eux peuvent simplement percevoir comme une autre forme de raisonnement fondé sur le bon sens : le raisonnement fondé sur la propension. La raison pour laquelle les juges procèdent à des mises en garde contre un raisonnement fondé sur la propension est précisément parce qu'il est bien connu que cette manière de raisonner est intuitive et puissante. En l'espèce, faute de directive explicite sur la question, les jurés ne pouvaient pas avoir compris le caractère potentiellement pernicieux de la preuve fondée sur la propension et la manière dont le droit en a circonscrit l'utilisation.

[191] En conséquence, nous nous retrouvons dans une situation où le jury (1) devait s'appuyer sur une preuve qui comportait un risque reconnu et précis de préjudice, (2) n'était pas outillé d'une directive restrictive sur la façon d'éviter les pièges d'un raisonnement préjudiciable fondé sur la propension ou la mauvaise moralité et (3) s'est fort vraisemblablement appuyé sur cette preuve pour rendre son verdict de culpabilité. Tous les juges saisis de ce dossier ont reconnu le caractère fort émotif de la preuve. Même si la preuve était admissible, son admission nécessitait une directive juridique claire pour veiller ce que le jury se serve de la preuve correctement, tant en général que de façon particulière. Dans de telles circonstances, le défaut de donner une directive sur ce point capital a fait en sorte que le jury n'a pas reçu des directives appropriées sur le plan juridique.

### C. Remedy

[192] In this case, the trial judge’s failure to caution on propensity evidence was not advanced as a discrete ground of appeal. The prejudice of this evidence was, however, part of the Defence’s argument about unreasonable verdict and was also relied upon throughout the appeal in relation to other legal issues.

[193] Given the history of this matter, nothing turns on the fact that the Defence did not argue against the prejudice of this evidence under the rubric of a deficiency in the jury charge. It is in no way a new issue per this Court’s definition in *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 30: see also *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, at para. 39. It is not a “new basis for potentially finding error in the decision under appeal” because it is not “[g]enuinely new”: *Mian*, at para. 30. Instead, the prejudicial nature of the evidence and the jury’s inability to deal with it formed the basis of the Defence’s argument of an unreasonable verdict. The prejudice of this evidence is thus not “legally and factually distinct” from the ground of unreasonable verdict raised by the Defence: para. 30. On the contrary, it arises squarely from the evidence and arguments before this Court, and “stem[s] from the issues as framed by the parties”: para. 30.

[194] Although the prejudicial nature of the evidence formed the basis of the Defence’s argument of an unreasonable verdict, in my view, the failure of the trial judge to provide a limiting instruction on propensity reasoning is best seen as an error of law under s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. An appellate court’s review of the reasonableness of a verdict is “predicated on the accused having had a proper trial on legally admissible evidence accompanied by instructions that are correct in law”: *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 915. In this

### C. Réparation

[192] Dans le cas qui nous occupe, le défaut du juge du procès de mettre en garde les jurés contre un raisonnement fondé sur la propension n’a pas été invoqué à titre de moyen d’appel distinct. Le préjudice associé à ce type de preuve faisait toutefois partie de l’argumentaire de la défense sur le verdict déraisonnable et il a été invoqué tout au long de l’appel relativement à d’autres questions de droit.

[193] Compte tenu de la façon dont l’instance s’est déroulée, le fait que la défense ne s’est pas opposée au préjudice associé à cette preuve au motif que l’exposé au jury comportait de ce fait une lacune ne tire pas à conséquence. Il ne s’agissait nullement d’une nouvelle question au sens que notre Cour a donné à ce terme dans l’arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, par. 30 : voir également *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, par. 39. Cette question ne constitue pas « un nouveau fondement sur lequel on pourrait s’appuyer [. . .] pour conclure que la décision frappée d’appel est erronée », parce qu’elle n’est pas « véritablement novell[e] » : *Mian*, par. 30. L’argument de l’intimé quant au caractère déraisonnable du verdict repose plutôt sur le caractère préjudiciable de la preuve et sur l’incapacité du jury à en tenir compte. Le préjudice causé par cette preuve n’est donc pas « différen[t] [. . .] sur les plans juridique et factuel » du moyen tiré du verdict déraisonnable par la défense : par. 30. Au contraire, ce préjudice résulte carrément de la preuve et des arguments présentés devant notre Cour, et « découl[e] des questions formulées par les parties » : par. 30.

[194] Bien que l’argument de verdict déraisonnable que formule la défense repose sur le caractère préjudiciable de la preuve, j’estime qu’il convient de qualifier d’erreur de droit pour l’application du sous-al. 686(1)a(ii) du *Code criminel* le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive sur le raisonnement fondé sur la propension. Le contrôle du caractère raisonnable d’un verdict par un tribunal d’appel « suppose que l’accusé a subi un procès régulier fondé sur une preuve qui était légalement admissible et qui était assortie de

case, there is an undeniable connection between the allegation of an unreasonable verdict and an error of law, because the error of law meant the jury was not properly instructed and was not, therefore, equipped to reach a reasonable verdict.

[195] Given that this was an error of law, the Crown would be able to rely on the curative proviso if the legal error was harmless or if the evidence against Mr. Calnen was so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict: *R. v. O'Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485, at para. 34; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 26-31; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at paras. 48 and 54; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at paras. 34-36. However, I conclude that, in this case, the legal error was not harmless. Even though a jury charge does not have to be perfect, and this was a single omission in a comprehensive charge, the trial judge's failure to provide a limiting instruction on propensity resulted in a jury that was not properly instructed to assess the key piece of evidence supporting the Crown's theory of guilt. In the result, important reasoning risks were left unaddressed and the potential impact of this error is sufficiently serious to warrant a new trial.

[196] Further, the evidence was not such that the jury would inevitably convict on second degree murder. It was open to the jury to conclude that the evidence did not establish any criminal culpability. Alternatively, the jury could have concluded that the evidence supported an inference that Mr. Calnen had some unlawful involvement in Ms. Jordan's death and that he caused her death. It was not inevitable that a properly instructed jury would go even further down the path of inferential reasoning and conclude that the Crown had proven beyond a reasonable doubt that Mr. Calnen intentionally caused Ms. Jordan's death. A verdict of not guilty, or guilty

directives correctes en droit » : *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 915. Dans l'affaire qui nous occupe, il existe un lien indéniable entre l'allégation de verdict déraisonnable et l'existence d'une erreur de droit, parce qu'en raison de cette erreur de droit, le jury n'a pas reçu de directives appropriées et, de ce fait, il n'était pas outillé pour rendre un verdict raisonnable.

[195] Comme il s'agissait d'une erreur de droit, il serait loisible à la Couronne d'invoquer la disposition réparatrice si l'erreur en question était inoffensive ou si la preuve contre M. Calnen était à ce point accablante que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité : *R. c. O'Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485, par. 34; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26-31; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 48 et 54; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34-36. J'estime toutefois que, dans le cas qui nous occupe, l'erreur de droit n'était pas inoffensive. Même si l'exposé fait à un jury n'a pas à être parfait et qu'il s'agit en l'espèce d'une seule omission dans un exposé par ailleurs étoffé, le défaut du juge du procès de donner une directive restrictive au sujet du raisonnement fondé sur la propension a plutôt fait en sorte que le jury n'a pas reçu de directives appropriées lui permettant d'évaluer le principal élément de preuve présenté par la Couronne pour conclure à la culpabilité de l'accusé. En définitive, d'importants risques liés au raisonnement n'ont pas été abordés et l'incidence potentielle de cette erreur est suffisamment grave pour justifier un nouveau procès.

[196] De plus, la preuve n'était pas telle que le jury reconnaîtrait forcément l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Il était loisible au jury de conclure que la preuve n'établissait aucune culpabilité criminelle. Le jury aurait aussi pu conclure que la preuve permettait de conclure à une implication illicite de M. Calnen dans la mort de M<sup>me</sup> Jordan et qu'il avait causé sa mort. Il n'était pas inévitable qu'un jury ayant reçu des directives appropriées soit allé encore plus loin dans son raisonnement inférentiel et ait conclu que la Couronne avait prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Calnen avait causé intentionnellement la mort de M<sup>me</sup> Jordan. Un verdict

on manslaughter, rather than murder, was also possible in this case.

[197] I conclude that the jury was not properly instructed, and that there is legally admissible evidence on which a conviction could reasonably be based. The reasonableness of any verdict of second degree murder could only be assessed if jurors knew they could not reason that because Mr. Calnen destroyed Ms. Jordan's body in the manner that he did, he was the type of person who would have murdered her. In my view, the trial judge's instructions were not correct in law on this point and the remedy is not an acquittal, but a new trial.

#### D. *Other Concerns*

[198] In this section, I will answer certain concerns raised by the majority in its reasons for judgment. By way of a general statement, it would have been preferable had the Defence requested a limiting instruction against propensity reasoning at the pre-charge conference and raised the failure to instruct against propensity and bad personhood reasoning as a distinct ground of appeal, rather than as part of the unreasonable verdict argument. It is also to be hoped, even expected, that counsel will do just that in the future when the after-the-fact conduct at issue carries other specific reasoning risks, like those associated with propensity reasoning. However, in my view, the focus in this case should be on overall trial fairness, not finality, and on ensuring that the jury did not take a wrong turn when asked to consider multiple and progressive inferences from circumstantial evidence.

de non-culpabilité, ou de culpabilité d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre, était aussi possible dans cette affaire.

[197] J'arrive à la conclusion que le jury n'a pas reçu des directives appropriées et qu'il existe des éléments de preuve légalement admissibles qui pourraient raisonnablement justifier une déclaration de culpabilité. Le caractère raisonnable d'un verdict quant à l'accusation de meurtre au deuxième n'aurait pu être évalué que si les jurés savaient qu'il leur était interdit de tenir un raisonnement suivant lequel, parce qu'il a détruit le corps de M<sup>me</sup> Jordan comme il l'a fait, M. Calnen était le type de personne qui l'aurait tuée. À mon avis, les directives du juge du procès à cet égard n'étaient pas conformes aux règles de droit et la réparation à accorder n'est pas un acquittement, mais un nouveau procès.

#### D. *Autres questions*

[198] Dans la présente section, je vais répondre à certaines questions soulevées par les juges majoritaires dans leurs motifs de jugement. De façon générale, je dirais qu'il aurait été préférable que la défense demande, lors de la conférence préalable à l'exposé au jury, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension et qu'elle invoque le défaut du juge du procès de donner des directives mettant le jury en garde contre un raisonnement fondé sur la propension ou la mauvaise personnalité comme un moyen d'appel distinct, plutôt que de le soulever dans le cadre de son argument sur le verdict déraisonnable. Souhaitons par ailleurs que les avocats suivent ces consignes à l'avenir lorsque le comportement après le fait en cause comporte des risques particuliers liés au raisonnement, comme ceux associés au raisonnement fondé sur la propension; on s'attend d'ailleurs qu'ils agissent ainsi. J'estime toutefois qu'en l'espèce, l'accent devrait être mis sur l'équité globale du procès et non sur le caractère définitif des décisions, et qu'on doit s'assurer que le jury n'a pas dévié de sa route lorsqu'il a été invité à se pencher sur diverses inférences tirées progressivement à partir de preuve circonstancielle.

(1) The Trial Judge Is Responsible for the Adequacy of the Jury Charge

[199] The majority is of the view that “defence counsel’s failure to object on the basis that the trial judge was required to provide a limiting instruction against general propensity reasoning may reasonably be taken as an indication that the defence considered the charge to be satisfactory and that a limiting instruction would not be in his client’s interests”: para. 41. With respect, and on the facts of this case, I cannot agree.

[200] Though not determinative, counsel’s failure to object to a jury charge is a factor that is worthy of consideration: *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, at pp. 343-44; *Jacquard*, at paras. 37-38; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1319-20; *Arcangioli*, at p. 143; *Van*, at para. 43; *R. v. Araya*, 2015 SCC 11, [2015] 1 S.C.R. 581, at para. 51. The determining factor is, however, context — not only the context of the charge, but the context of the trial as a whole: “. . . we should not divorce the jury charge from the greater context of the trial” (*Jacquard*, at para. 33; see also *Araya*, at para. 52).

[201] Counsel’s failure to object must therefore be assessed in light of the jury charge and trial as a whole, alongside other factors such as whether and to what extent the parties and the trial judge were alive to the issue throughout the trial and how important the issue was to the accused’s defence. The context of this trial was that Defence counsel was consistently concerned about the propensity prejudice associated with the disputed after-the-fact conduct evidence, and the trial judge intended to address that prejudice in the jury charge. This is unlike *Jacquard*, in which “the ‘planned and deliberate’ issue was not expressly raised by the [accused] as a live issue at trial”: para. 33. Similarly, *Thériault* is distinguishable because, unlike in *Thériault*, the trial judge’s failure to instruct in the case at bar concerned evidence that was foundational to the key issues of causation and intent: see pp. 342-44. Here counsel’s failure to object is outweighed by his repeated and express references to the inflammatory

(1) Il appartient au juge du procès de s’assurer que son exposé au jury est suffisant

[199] Les juges majoritaires estiment que « le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer, au motif que le juge du procès était tenu de donner une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale, peut raisonnablement être interprété comme une indication que la défense estimait que l’exposé était satisfaisant et qu’une directive restrictive ne servirait pas l’intérêt de son client » : par. 41. En toute déférence, vu les faits de l’espèce, je ne partage pas cet avis.

[200] Bien qu’il ne soit pas déterminant, le défaut de l’avocat de s’opposer à l’exposé au jury constitue un facteur qui mérite d’être considéré : *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, p. 343-344; *Jacquard*, par. 37-38; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1319-1320; *Arcangioli*, p. 143; *Van*, par. 43; *R. c. Araya*, 2015 CSC 11, [2015] 1 R.C.S. 581, par. 51. Le facteur déterminant est le contexte, non seulement le contexte entourant l’exposé au jury, mais celui entourant l’ensemble du procès : « . . . nous ne devons pas dissocier l’exposé du juge au jury du contexte plus général du procès » (*Jacquard*, par. 33; voir également *Araya*, par. 52).

[201] Le défaut de l’avocat de s’opposer doit donc être évalué à la lumière de l’exposé au jury et du procès dans leur ensemble, au même titre que d’autres facteurs, comme le fait de savoir si les parties et le juge du procès étaient conscients de l’enjeu tout au long du procès — et, le cas échéant, la mesure dans laquelle ils l’étaient —, ainsi que l’importance de l’enjeu pour la défense de l’accusé. Le contexte du procès en cause montre que l’avocat de la défense était constamment préoccupé par la question du préjudice fondé sur la propension qui est associé à la preuve contestée de comportement après le fait et que le juge du procès avait l’intention de tenir compte de ce préjudice dans son exposé au jury. Le cas qui nous intéresse diffère de celui dans l’arrêt *Jacquard*, où « l’[accusé] n’a[vait] pas soulevé expressément la question de la “préméditation et [du] propos délibéré” comme une question en litige au procès » : par. 33. De même, la présente affaire peut être distinguée de celle dans *Thériault*, puisque contrairement à cet arrêt, le

nature of the evidence throughout the trial, as well as the importance of the issue of propensity to Mr. Calnen's defence.

[202] Ultimately, "the jury charge is the responsibility of the trial judge and not defence counsel": *Jacquard*, at para. 37; see also *Jaw*, at para. 44; *Khela*, at para. 49. Thus, even where both parties agree on the adequacy of the charge, it falls to the trial judge, as the judge of the law and the guarantor of trial fairness, to decide on its content. In *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198, at para. 27, Charron J. stated this principle as follows:

Discussions between counsel and the trial judge about the content of the charge can provide invaluable assistance in crafting correct jury instructions and, as such, should be encouraged. However, it is the trial judge's role to instruct the jury on all relevant questions of law that arise on the evidence. In some cases, these instructions will not accord with the position advanced by counsel for the Crown or the defence.

(See also *B. (F.F.)*, at pp. 735-36; *R. v. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222, at para. 95.)

[203] While the obligation to assist in the charge rests on all counsel (*Daley*, at para. 58), it was ultimately the trial judge's role to instruct the jury on relevant questions of law so that the jury could return a lawful verdict, control the prejudice associated with propensity reasoning, and ensure that Mr. Calnen received a fair trial. Given that the Defence consistently raised the prejudice associated with Mr. Calnen's after-the-fact conduct, and the trial judge recognized the need to address prejudice in the charge, ultimately it was the trial judge's responsibility to inquire further into the issue of propensity reasoning when it came time to draft the charge. In

défaut du juge du procès de donner des directives en l'espèce portait sur de la preuve qui constituait le fondement des questions centrales du lien de causalité et de l'intention : voir p. 342-344. En l'espèce, le défaut de s'opposer de l'avocat est supplanté par le fait pour lui d'avoir mentionné de façon expresse et répétée la nature incendiaire de la preuve tout au long du procès, ainsi que par l'importance de la question de la propension pour la défense de M. Calnen.

[202] Ultimement, « l'exposé au jury est la responsabilité du juge du procès et non de l'avocat de la défense » : *Jacquard*, par. 37; voir également *Jaw*, par. 44; *Khela*, par. 49. Ainsi, même lorsque les deux parties sont d'accord pour dire que l'exposé au jury était suffisant, il appartient au juge du procès, en tant que juge du droit et garant de l'équité du procès, de décider de sa teneur. Dans l'arrêt *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198, par. 27, la juge Charron a énoncé comme suit ce principe :

Les discussions entre les avocats et le juge du procès au sujet de la teneur de l'exposé au jury peuvent s'avérer extrêmement utiles pour rédiger des directives au jury approprié et elles devraient, pour cette raison, être encouragées. Il n'en demeure pas moins que c'est au juge du procès qu'il incombe d'instruire le jury sur toutes les questions de droit pertinentes que soulève la preuve. Dans certains cas, ces directives ne s'accordent ni avec la thèse défendue par le procureur du ministère public ni avec celle de l'avocat de la défense.

(Voir également *B. (F.F.)*, p. 735-736; *R. c. MacLeod*, 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222, par. 95.)

[203] Bien que l'obligation d'assister le juge relativement à l'exposé au jury incombe à tous les avocats concernés (*Daley*, par. 58), il appartenait ultimement au juge du procès de donner au jury des directives sur les questions de droit pertinentes pour que le jury puisse rendre un verdict légitime, de contrôler tout préjudice associé au raisonnement fondé sur la propension et de veiller à ce que M. Calnen jouisse d'un procès équitable. Puisque la défense a constamment évoqué le risque de préjudice associé au comportement après le fait de M. Calnen et que le juge du procès a reconnu la nécessité de tenir compte du préjudice dans son exposé aux jurés, il revenait donc

such circumstances, Defence counsel’s failure to object is of a more limited import: “. . . it is the duty of the trial judge to consider the admissibility of all evidence and to charge the jury properly: absence of comment or objection by counsel for the accused does not vitiate this duty” (*B. (F.F.)*, at pp. 735-36).

[204] Nor can a failure to raise an issue bar a court from ordering a new trial where the trial judge’s error may contribute to a miscarriage of justice: *Chambers*, at pp. 1319-20.

(2) There Is No Basis to Say That Defence Counsel Made a Tactical Decision

[205] The majority, at para. 18, also states that “in all likelihood defence counsel made a deliberate and conscious tactical decision to marshal the discreditable conduct evidence in an attempt to bolster the truthfulness of Mr. Calnen’s out-of-court statement and re-enactment, upon which his defence rested”, and further, at para. 68, that “[g]iven the strategy adopted by the defence, a limiting instruction against general propensity reasoning would have risked highlighting the negative impact of Mr. Calnen’s discreditable conduct on his credibility and thereby unravelling his defence — a risk which the defence chose not to take.”

[206] I do not share this view for three reasons. First, great caution needs to be used when speculating about why counsel acted in a particular manner at trial. Courts will not ordinarily have full information about what is going on behind the scenes and concluding that something is a conscious, deliberate, and tactical decision often has profound legal consequences for the accused.

au juge du procès de faire un examen plus poussé de la question du raisonnement fondé sur la propension au moment de formuler son exposé. Dans ces conditions, le défaut de l’avocat de la défense de s’opposer revêt une importance limitée : « . . . c’est au juge du procès qu’il incombe d’examiner l’admissibilité de tous les éléments de preuve et de donner au jury des directives appropriées : l’absence d’observation ou d’objection de la part de l’avocat de l’accusé n’a pas pour effet de supprimer cette obligation » (*B. (F.F.)*, p. 735-736).

[204] En outre, le fait de ne pas soulever une question ne saurait empêcher un tribunal d’ordonner la tenue d’un nouveau procès dès lors que l’erreur commise par le juge du procès est susceptible de causer une erreur judiciaire : *Chambers*, p. 1319-1320.

(2) Rien ne permet d’affirmer que l’avocat de la défense a pris une décision stratégique

[205] Les juges majoritaires, au par. 18, affirment également que « selon toute vraisemblance, c’est parce que l’avocat de la défense a consciemment et délibérément décidé, pour des raisons d’ordre stratégique, d’organiser les éléments de preuve de conduite déshonorante dans le but de renforcer la véracité de la déclaration extrajudiciaire et de la reconstitution des faits produites par M. Calnen et sur lesquelles sa défense reposait » et, au par. 68, que « [c]ompte tenu de la stratégie adoptée par la défense, une directive restrictive interdisant le recours à un raisonnement fondé sur la propension générale aurait risqué de mettre en évidence les conséquences négatives de la conduite déshonorante de M. Calnen sur la crédibilité de ce dernier, faisant ainsi voler en éclats sa défense, un risque que la défense a préféré ne pas courir. »

[206] Je ne partage pas cette opinion, et ce, pour trois raisons. Premièrement, il convient de faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu’on spéculé au sujet des raisons pour lesquelles un avocat a agi d’une façon particulière au procès. D’ordinaire, les tribunaux ne disposent pas de tous les renseignements leur permettant de savoir ce qui se passe dans les coulisses, et le fait de conclure qu’il s’agissait d’une décision consciente et délibérée d’ordre stratégique a souvent des conséquences juridiques importantes pour l’accusé.

[207] This is not a case in which bad character evidence was primarily led by the Defence to suit its own tactical purposes; nor is it a case in which Defence counsel expressly waived the accused's right to seek a propensity limiting instruction: *R. v. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, at para. 98; *R. v. Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327, at paras. 26-27. Remember that the key issue in this trial was the admissibility and use of the after-the-fact conduct evidence in relation to intent. Considering the thrust and parry of a criminal trial, when the contest is occurring primarily on one issue or in one arena, it is not uncommon for alternative arguments, even good ones, to slip through the cracks. Sometimes different ways of seeing what should have been done only come later.

[208] What we do know is that Defence counsel did not ask for a propensity limitation. Nor did the Crown, who is a quasi-judicial officer with a recognized responsibility to contribute to a proper charge. The trial judge recognized prejudice as a future issue to address in the jury charge but did not raise it again at the pre-charge conference. If the trial judge had specifically inquired about inserting a limiting instruction at the pre-charge conference as a way to control the prejudice of the after-the-fact conduct, and Defence counsel had rejected it, then there would be some basis in fact to suggest that Defence counsel made a deliberate decision driven by tactical motivations. However, without any further information, the failure of the Defence, Crown and trial judge to direct their minds to the prejudice of the after-the-fact conduct may be equally consistent with forgetfulness, fatigue, or by having placed the focus elsewhere.

[209] Second, if a strategy is to be imputed to counsel, it should be clear not only that it was a strategy,

[207] Il ne s'agit pas d'un cas où la preuve de mauvaise moralité a été surtout présentée par la défense pour des raisons d'ordre stratégique qui lui sont propres; il ne s'agit pas non plus d'une affaire dans laquelle l'avocat de la défense a expressément renoncé aux droits de l'accusé de réclamer une directive restrictive sur la propension : *R. c. R.T.H.*, 2007 NSCA 18, 251 N.S.R. (2d) 236, par. 98; *R. c. Smith*, 2007 ABCA 237, 77 Alta. L.R. (4th) 327, par. 26-27. Il ne faut pas oublier que la principale question au procès était l'admissibilité et l'utilisation de la preuve relative au comportement après le fait par rapport à l'intention. Dans le feu de l'action lors de procès en matière criminelle, quand l'affrontement porte principalement sur une question ou un domaine, il n'est pas rare que des arguments subsidiaires, aussi bons soient-ils, échappent à la vigilance du tribunal. Il arrive parfois qu'on ne se rende compte que plus tard que d'autres façons de faire existent.

[208] Ce que nous savons, c'est que l'avocat de la défense n'a pas demandé de directive restrictive portant sur le raisonnement fondé sur la propension. La Couronne, qui exerce une fonction quasi judiciaire et à qui incombe l'obligation reconnue de contribuer à la formulation d'un exposé au jury approprié, n'en a pas non plus demandé. Le juge du procès a reconnu que le préjudice était une question à aborder ultérieurement dans l'exposé au jury, mais il ne l'a pas soulevée de nouveau lors de la conférence préalable à l'exposé. Si le juge du procès avait expressément envisagé la possibilité d'ajouter une directive restrictive lors de la conférence préalable à l'exposé comme moyen d'éviter le préjudice engendré par le comportement après le fait, et que l'avocat de la défense avait écarté cette possibilité, il existerait alors des raisons factuelles de croire que l'avocat de la défense avait pris une décision délibérée motivée par des raisons stratégiques. Toutefois, à défaut d'autres renseignements, le fait pour la défense, la Couronne et le juge du procès de ne pas avoir envisagé le préjudice associé au comportement après le fait pourrait tout aussi bien s'expliquer par l'oubli, la fatigue ou le fait qu'ils ont accordé de l'importance à d'autres facteurs.

[209] Deuxièmement, si l'on doit imputer une stratégie à un avocat, il doit être évident qu'il s'agit

but that it was a coherent and sound one as well. The strategy put forward by the majority is problematic, not only because it involves a complex chain of reasoning, but because the strength of each link is weakened by other considerations. As the majority rightly points out (at para. 64), “[i]t is a matter of common sense that evidence of bad character may reflect badly on the accused’s credibility, and that the jury can use it as a factor in determining if the accused is likely to be telling the truth”: *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 70; see also *White (1998)*, at para. 26. Accordingly, it was always open to the trial judge to tell the jury that Mr. Calnen’s after-the-fact conduct could be used to assess his credibility: *Jaw*, at para 39. It was also always open to the Crown to request this instruction. The Crown would not have needed to wait for a Defence request for a limiting instruction on propensity to make its own request for an instruction on credibility in respect of any of the discreditable conduct evidence. It therefore cannot be the case that the Crown would “unquestionably have insisted on such an instruction” as the majority states, because the Crown already had the chance to do so and did not: para. 65. It is not logical to theorize that the Defence was avoiding a limiting instruction on propensity to avoid an instruction on credibility when that credibility instruction did not hinge on a propensity limiting instruction and, in fact, could have been requested at any time.

[210] Furthermore, even if the Crown had insisted on an additional credibility instruction, the majority overstates the damage that such an instruction would have caused to Mr. Calnen’s defence. The truthfulness of Mr. Calnen’s June 18 statement was already in issue in this trial. Even if Mr. Calnen’s defence relied on much of the discreditable conduct evidence as support for his exculpatory statement, the truthfulness of that statement was already called into question based on other evidence, namely: the inconsistency between Mr. Calnen’s statements to the police on April 5 and June 18, and the evidence, introduced by Wade Weeks, Krista Andrews, Donna

d’une stratégie, mais aussi que cette stratégie est cohérente et solide. La stratégie qu’exposent les juges majoritaires est problématique, non seulement du fait qu’elle comporte un raisonnement complexe, mais également parce que chaque étape de ce raisonnement est affaiblie par d’autres facteurs. Comme les juges majoritaires le soulignent avec raison (au par. 64) : « [c]ela va de soi que la preuve de mauvaise moralité peut nuire à la crédibilité de l’accusé et que le jury peut l’utiliser comme facteur pour déterminer si l’accusé est susceptible de dire la vérité » (*R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 70; voir également *White (1998)*, par. 26). Par conséquent, il était toujours loisible au juge du procès d’expliquer aux jurés qu’ils pouvaient utiliser le comportement après le fait de M. Calnen pour évaluer sa crédibilité : *Jaw*, par. 39. Il était également loisible à la Couronne de demander une telle directive à tout moment; elle n’avait pas à attendre que la défense demande au juge de donner une directive restrictive sur la propension pour demander elle-même une directive sur la crédibilité concernant l’un ou l’autre des éléments de preuve relatifs à la conduite déshonorante. On ne peut donc pas affirmer que la Couronne « aurait sans aucun doute insisté pour qu’une directive de la sorte soit donnée », comme l’affirment les juges majoritaires, parce que la Couronne avait déjà eu la possibilité de le faire et s’en était abstenue : par. 65. L’idée suivant laquelle la défense n’a pas demandé de directive restrictive sur la propension pour éviter une directive sur la crédibilité alors que cette dernière était indépendante de toute directive restrictive sur la propension n’est pas logique. En fait, une telle directive aurait pu être demandée en tout temps.

[210] De plus, même si la Couronne avait insisté pour qu’une directive additionnelle soit donnée sur la question de crédibilité, les juges majoritaires surestiment le tort qu’une telle directive aurait causé à la défense de M. Calnen. La véracité de la déclaration du 18 juin de M. Calnen était déjà en cause au procès. Même si la défense de M. Calnen reposait sur une grande partie des éléments de preuve de sa conduite déshonorante présentée à l’appui de sa déclaration disculpatoire, la véracité de cette déclaration était déjà mise en doute par d’autres éléments de preuve, à savoir la contradiction entre les déclarations faites à la police par M. Calnen le 5 avril et le 18 juin, et

Jordan, and Mr. Calnen himself, that Mr. Calnen repeatedly lied to the police and to Ms. Jordan's family and friends with respect to Ms. Jordan's whereabouts and his involvement in her death. In the closing address, Crown counsel thoroughly attacked Mr. Calnen's credibility. Given that Mr. Calnen's credibility was already at the forefront, he would have had more to gain, and little to lose, by having the trial judge instruct on propensity, even if that meant including another instruction on credibility.

[211] There is therefore no inherent link or trade-off between requesting a limiting instruction on propensity and having a trial judge instruct on credibility. And even if there was, Mr. Calnen's credibility was already so central an issue that it is not logical to imagine that counsel would have resisted requesting a propensity instruction in order to avoid a discussion of Mr. Calnen's credibility. The tactic imputed to Defence counsel is, in my view, based on an either-or formulation of the use of Mr. Calnen's statement when the reality is that he could have asked the jury to use it to corroborate his story and also asked for a limiting instruction to prevent the jury from engaging in propensity reasoning. There is no reason to believe that the theory of the Defence in this case and a limiting instruction on propensity would have been at cross purposes. On the contrary. It was in Mr. Calnen's interest to guard against a possible wrongful conviction borne of forbidden propensity reasoning. Limiting instructions on propensity would have helped achieved this.

[212] Third, in any event, whether the Defence counsel's decisions were tactical or not, "a lawyer's position on the appropriate parameters of a jury charge, driven by tactical considerations, cannot change the law": *MacLeod*, at para. 94. A jury that engages in propensity reasoning is a jury that is not acting judicially.

les témoignages de Wade Weeks, de Krista Andrews, de Donna Jordan et de M. Calnen lui-même suivant lesquels ce dernier avait menti à plusieurs reprises à la police ainsi qu'à la famille et aux amis de M<sup>me</sup> Jordan au sujet de la disparition de M<sup>me</sup> Jordan et de son implication dans le décès de cette dernière. Dans son exposé final, le procureur de la Couronne a attaqué à fond la crédibilité de M. Calnen. Comme la crédibilité de M. Calnen était déjà l'avant-plan, ce dernier aurait eu plus à gagner et peu à perdre à obtenir du juge du procès qu'il donne une directive sur la propension, même si cela signifiait qu'il donne également une autre directive sur la crédibilité.

[211] Il n'y a donc aucun lien ou compromis inhérents entre le fait de demander une directive restrictive sur la propension et le fait que le juge du procès donne des directives sur la crédibilité. Par ailleurs, même si c'était le cas, la crédibilité de M. Calnen était déjà une question tellement centrale qu'il est illogique de penser que son avocat se serait abstenu de demander une directive sur la propension dans le but d'éviter une discussion sur la crédibilité de M. Calnen. La stratégie que l'on impute à l'avocat de la défense repose à mon avis sur une conception dichotomique de l'utilisation de la déclaration de M. Calnen alors qu'en réalité, l'avocat de la défense aurait pu à la fois demander au jury d'utiliser cette déclaration pour corroborer sa version des faits et réclamer une directive restrictive pour empêcher le jury de se livrer à un raisonnement fondé sur la propension. Il n'y a aucune raison de croire que la thèse de la défense en l'espèce et la formulation d'une directive restrictive sur la propension auraient été incompatibles. Au contraire, il était dans l'intérêt de M. Calnen de se prémunir contre une éventuelle condamnation injustifiée fondée sur un raisonnement interdit fondé sur la propension. La formulation de directives restrictives sur la propension aurait aidé en ce sens.

[212] Troisièmement, en tout état de cause, peu importe que les décisions de l'avocat de la défense fussent stratégiques ou non, [TRADUCTION] « la position de l'avocat sur les paramètres appropriés de l'exposé au jury, motivée par des considérations stratégiques, ne saurait modifier la loi » : *MacLeod*, par. 94. Le jury qui se livre à un raisonnement fondé sur la propension est un jury qui n'agit pas de façon judiciaire.

(3) The Principle of Finality Does Not Prevail Over the Right of an Accused to a Fair Trial

[213] The majority, at para. 70, states that the jury instructions “adequately guarded against the risk of general propensity reasoning” and that, in such a context, the principle of finality should prevail.

[214] Respectfully, and as I have discussed above, the jury charge did not adequately guard against the risk of propensity reasoning. There was nothing in the jury charge that would have informed the jury that it could not reason that because Mr. Calnen engaged in discreditable conduct, he was more likely to have killed Ms. Jordan. To the extent that the majority finds that the jury was informed of the specific dangers associated with this forbidden line of reasoning, I respectfully cannot agree.

[215] Thus the principle of finality does not come into play in the manner in which the majority has framed it. This is not a case in which “the defence made a legitimate tactical decision at trial and lost”: para. 70. Rather, this is a case in which, *regardless of Defence counsel’s tactical decisions*, the jury was not properly instructed and was therefore unable to reach a reasonable verdict. At stake was nothing less than Mr. Calnen’s right to a fair trial based on lawful reasoning.

[216] In *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, Major J. tempered his discussion of the importance of finality and order in the context of the due diligence criterion respecting fresh evidence by stating, “[t]hat criterion must yield where its rigid application might lead to a miscarriage of justice”: para. 19. Thus “despite the importance of these values [of finality and order], this Court has also stated that the due diligence criterion should not be applied as strictly in criminal matters as in civil cases”: *R.*

(3) Le principe du caractère définitif des décisions n’a pas préséance sur le droit de l’accusé à un procès équitable

[213] Les juges majoritaires, au par. 70, affirment que les directives au jury « protég[eaient adéquate-ment les jurés] contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension générale », de sorte que le principe du caractère définitif des décisions devrait avoir préséance.

[214] À mon humble avis, et comme je l’ai déjà expliqué, l’exposé au jury ne protégeait pas adéquatement contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension. On ne trouve rien dans l’exposé qui aurait expliqué aux jurés qu’ils ne pouvaient conclure que, parce qu’il s’était comporté de façon déshonorante, M. Calnen était davantage susceptible d’avoir tué M<sup>me</sup> Jordan. Dans la mesure où les juges majoritaires estiment que le jury a été mis au courant des risques particuliers que comportait ce type de raisonnement interdit, je ne puis, en toute déférence, souscrire à leur conclusion.

[215] Le principe du caractère définitif des décisions n’entre donc pas en ligne de compte de la manière évoquée par les juges majoritaires. Il ne s’agit pas d’une affaire dans laquelle la défense a « pris une décision légitime d’ordre stratégique lors du procès et [. . .] a perdu » : par. 70. Il s’agit plutôt d’une affaire dans laquelle, *indépendamment des décisions que l’avocat de la défense a pu prendre pour des raisons d’ordre stratégique*, le jury n’a pas reçu de directives appropriées et n’était donc pas en mesure de rendre un verdict raisonnable. Ce qui était en jeu n’était rien de moins que le droit de M. Calnen à un procès équitable basé sur un raisonnement légitime.

[216] Dans l’arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, le juge Major nuance son analyse de l’importance du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires dans le contexte du critère de la diligence raisonnable en ce qui a trait aux éléments de preuve nouveaux, en déclarant que « [c]e critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d’entraîner une erreur judiciaire » : par. 19. Ainsi, « malgré l’importance de ces valeurs [le caractère

v. *St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 131, referencing *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, referencing *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, at p. 493.

[217] Indeed, this Court has rarely adopted a rigid approach to the principle of finality. Rather, the criminal justice system is predicated on two equally important principles that must be counter balanced: the principle of finality and the principle of trial fairness: see, e.g., *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696, at para. 29. Where an individual is at risk of wrongful conviction, the principle of trial fairness outweighs that of finality as this Court “has consistently affirmed that it is a fundamental principle of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted”: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24. A majority of this Court further stated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 89, that “our justice system has always held that the threat of convicting an innocent individual strikes at the heart of the principles of fundamental justice.”

[218] The risk of conviction on the basis of propensity reasoning is the risk of a wrongful conviction, thereby undermining the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: Handy*, at para. 139. In the case at bar, the jury was presented with highly prejudicial conduct evidence and was not adequately instructed on the prohibited uses of that evidence. The risk that the jury engaged in propensity reasoning is real and directly undermined Mr. Calnen’s right to be presumed innocent until proven guilty. In such circumstances, the principle of finality cannot, and does not, supersede the accused’s right to a fair trial.

définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires], notre Cour a également précisé que le critère de la diligence raisonnable ne devait pas être appliqué de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles » : *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 131, mentionnant *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775, mentionnant *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, p. 493.

[217] En réalité, notre Cour a rarement appliqué de façon rigide le principe du caractère définitif. Le système de justice pénale repose plutôt sur deux principes d’égale importance qui doivent être mis en balance : le principe du caractère définitif et le principe de l’équité du procès : voir, p. ex., *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, par. 29. Lorsqu’il existe un risque que quelqu’un soit déclaré coupable injustement, le principe de l’équité du procès l’emporte sur le principe du caractère définitif, étant donné que notre Cour « a constamment affirmé que la règle selon laquelle l’innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte* » : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 24. Une majorité de notre Cour a en outre déclaré dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 89, que « notre système de justice a toujours considéré que le risque de déclarer coupable un innocent est au cœur des principes de justice fondamentale ».

[218] Le risque d’une condamnation reposant sur un raisonnement fondé sur la propension est le risque que cette condamnation soit injustifiée, ce qui compromettrait la présomption d’innocence consacrée à l’art. 7 et à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés : Handy*, par. 139. En l’espèce, le jury a été saisi d’éléments de preuve relatifs au comportement après le fait qui étaient extrêmement préjudiciables et il n’a pas reçu de directives appropriées sur les utilisations interdites de ces éléments de preuve. Le risque que le jury se soit livré à raisonnement fondé sur la propension est bien réel et il a porté directement atteinte au droit de M. Calnen d’être présumé innocent jusqu’à preuve du contraire. Dans ces conditions, le principe du caractère définitif des décisions ne saurait avoir préséance sur le droit de l’accusé à un procès équitable.

### E. *Conclusion on Unreasonable Verdict*

[219] Mr. Calnen's argument that the verdict was unreasonable because the jury could easily be inflamed shows that the jury was not properly instructed in respect of the prejudice arising from this after-the-fact conduct and its specific risks of forbidden propensity reasoning. In this way, the jury was not equipped to return a reasonable verdict because there was an error in law in the instructions with which they were provided. In such a case, the preferable remedy is not an acquittal, but a new trial.

### VIII. Disposition

[220] I would therefore allow in part the Crown's appeal. I agree with the Court of Appeal that Mr. Calnen's second degree murder conviction should be set aside, however, a new trial should be ordered on second degree murder.

The following are the reasons delivered by

[221] KARAKATSANIS J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleagues, Moldaver and Martin JJ. I agree with the general principles set out in Martin J.'s reasons regarding the admissibility of after-the-fact conduct. However, I reach a different conclusion from both of my colleagues on the application of those principles to the evidence in this case. In my view, the accused's destruction of the deceased's body was inadmissible as evidence of intent for second degree murder.

[222] While Mr. Calnen's conduct in destroying the body is relevant to the issue of whether he unlawfully caused Ms. Jordan's death and was admissible for that purpose, it cannot assist in distinguishing between manslaughter and second degree murder. If the jury concluded that the accused had unlawfully caused the death of the deceased, then the accused's

### E. *Conclusion sur le verdict déraisonnable*

[219] L'argument de M. Calnen suivant lequel le verdict était déraisonnable parce que le jury pouvait facilement être révolté montre que le jury n'a pas reçu de directives appropriées en ce qui concerne le préjudice découlant de ce comportement après le fait et les risques particuliers d'un raisonnement interdit fondé sur la propension. Le jury n'était par conséquent pas outillé pour rendre un verdict raisonnable, car les directives qu'il avait reçues étaient entachées d'une erreur de droit. Dans ces conditions, la meilleure solution ne consiste pas à ordonner l'acquittal, mais plutôt la tenue d'un nouveau procès.

### VIII. Dispositif

[220] Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi de la Couronne en partie. Je conviens avec la Cour d'appel que la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre M. Calnen devrait être annulée. Toutefois la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré.

Version française des motifs rendus par

[221] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues, les juges Moldaver et Martin. Je souscris aux principes généraux énoncés par la juge Martin en ce qui concerne l'admissibilité en preuve du comportement après le fait, mais j'arrive à une conclusion différente de celles de mes deux collègues quant à l'application de ces principes aux éléments de preuve présentés en l'espèce. À mon avis, la destruction, par l'accusé, de la dépouille de la victime n'était pas admissible en preuve pour démontrer son intention de commettre un meurtre au deuxième degré.

[222] Bien que le comportement qu'a adopté M. Calnen en détruisant le cadavre soit pertinent pour savoir si ce dernier a illégalement causé la mort de M<sup>me</sup> Jordan, et bien que ce comportement ait été admissible à cette fin, il n'est d'aucune utilité pour distinguer un homicide involontaire coupable d'un meurtre au deuxième degré. Dans la mesure où le

destruction of the body could only be *equally* consistent with both offences.

[223] I would add this. I agree with Martin J. that the failure to provide instructions warning the jury of the dangers of propensity reasoning requires a new trial. However, given my view that the evidence in this case was not probative of intent for murder and that a directed verdict of acquittal should have been granted, I would uphold the decision of the majority of the Court of Appeal (2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362), which ordered a new trial on the manslaughter charge only.

#### I

[224] My colleague, Martin J., sets out the facts of this case in detail. Mr. Calnen told the police that Ms. Jordan’s death was an accident: the two had an argument as a result of her decision to leave him and the fact that she was departing with some of his belongings; she became violent and tried to take a swing at him; the momentum of her swing caused her to fall down the stairs.

[225] The Crown pointed to evidence of a difficult relationship with overtones of domestic violence (“[h]e put his hands on me i don’t think im safe here”); Mr. Calnen’s threats of suicide should Ms. Jordan leave him (“I cant leave him hes suicidal because he dosnt want me to go hes a mess”); the plan between Ms. Jordan and her friend to steal some of Mr. Calnen’s belongings; the heightened tension on the day of Ms. Jordan’s death (“shit is hittin the fan 4 me right now”); and Mr. Calnen’s state of mind on finding Ms. Jordan with her bags packed along with his laptop and gold ring (he testified: “that kind of got [him] pissed off”).

jury a conclu que l’accusé avait illégalement causé la mort de la victime, la destruction du corps par l’accusé ne pouvait qu’être *tout aussi* compatible avec ces deux infractions.

[223] Je tiens à ajouter ce qui suit. Je suis d’accord avec la juge Martin pour dire que l’absence de directives mettant le jury en garde contre les dangers d’un raisonnement fondé sur la propension commande la tenue d’un nouveau procès. Toutefois, puisqu’à mon avis la preuve présentée en l’espèce n’avait pas de valeur probante quant à l’intention requise pour commettre un meurtre et qu’un verdict imposé d’acquiescement aurait dû être rendu, je confirmerais la décision des juges majoritaires de la Cour d’appel (2017 NSCA 49, 358 C.C.C. (3d) 362), qui ordonnait la tenue d’un nouveau procès à l’égard de l’accusation d’homicide involontaire coupable seulement.

#### I

[224] Ma collègue la juge Martin relate en détail les faits de la présente affaire. Monsieur Calnen a affirmé à la police que la mort de M<sup>me</sup> Jordan était accidentelle : ils se sont querellés parce qu’elle avait décidé de le quitter et qu’elle partait avec quelques-uns de ses effets personnels; elle est devenue violente et a tenté de le frapper; dans son élan, elle est tombée dans l’escalier.

[225] La Couronne a relevé certains éléments de preuve tendant à démontrer l’existence d’une relation difficile teintée de violence familiale ([TRADUCTION] « [y] m’a pognée pis je pense pas que je suis en sécurité ici »); les menaces de M. Calnen qu’il allait se suicider si M<sup>me</sup> Jordan le quittait (« Je peux pas le laisser y veut se tuer y veut pas que je parte y va vraiment mal »); le projet de M<sup>me</sup> Jordan et de son ami de dérober des effets personnels à M. Calnen; la tension accrue entre M. Calnen et M<sup>me</sup> Jordan le jour du décès de cette dernière (« OK là ça chie solide pour moi »); et l’état d’esprit de M. Calnen lorsqu’il s’est aperçu que M<sup>me</sup> Jordan avait fait ses bagages et qu’elle lui avait pris son ordinateur portable et sa bague en or (il a témoigné que « ça [l’avait] comme vraiment frustré »).

[226] In the days following Ms. Jordan’s death, the accused went to great lengths to destroy her body — he made multiple attempts to hide the body before ultimately burning it on two separate occasions and putting the remains in a lake. The Crown’s theory was that this after-the-fact conduct was evidence that Mr. Calnen had not only unlawfully caused Ms. Jordan’s death, but was also evidence indicative of an intent to kill.

[227] The actions an accused takes after a crime has been committed may be relevant and admissible as evidence of guilt. The relevance of this type of evidence is often highly fact specific. What was the jury entitled to infer from the actions the accused took to destroy the body of the victim in this case?

[228] It is undisputed that Mr. Calnen’s after-the-fact conduct can support the inference that he was involved in Ms. Jordan’s unlawful death. The jury was entitled to reject the accused’s description of an accident and instead infer from these actions that the accused committed an unlawful act that resulted in death, and wanted to avoid detection for that unlawful act. This evidence is relevant and admissible to show a guilty conscience.

[229] But is the evidence that the accused burned the body capable of establishing not only that the deceased was the victim of a crime, but also the degree of culpability of the crime that resulted in her death? Was the evidence relevant to proving the specific intent required for second degree murder? That is the specific issue in this case.

## II

[230] The *actus reus* for both murder and manslaughter requires proof of an act of killing. The *mens rea* for second degree murder requires that the accused *intended* either to cause death, or to inflict bodily harm knowing that it was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued. Unlawful act manslaughter requires fault

[226] Dans les jours qui ont suivi la mort de M<sup>me</sup> Jordan, l’accusé a déployé beaucoup d’efforts pour détruire le corps de la victime : il a tenté à plusieurs reprises de cacher son corps avant de finir par le brûler par deux fois et de déposer les restes dans un lac. Selon la thèse de la Couronne, ce comportement après le fait prouvait non seulement que M. Calnen avait illégalement causé la mort de M<sup>me</sup> Jordan, mais aussi qu’il avait l’intention de la tuer.

[227] Les mesures prises par un accusé après qu’un crime a été commis peuvent être pertinentes et admissibles pour prouver sa culpabilité. Souvent, la pertinence de ce type de preuve est largement tributaire des faits. Quelles inférences le jury avait-il le droit de tirer des mesures prises par l’accusé pour détruire le corps de la victime en l’espèce?

[228] Nul ne conteste que le comportement après le fait de M. Calnen puisse étayer l’inférence selon laquelle il était impliqué dans la mort illégale de M<sup>me</sup> Jordan. Le jury avait le droit de rejeter la description de l’accident faite par l’accusé et de plutôt inférer des mesures prises par ce dernier qu’il avait commis un acte illégal ayant entraîné la mort et qu’il voulait éviter de se faire prendre relativement à cet acte illégal. Cette preuve est pertinente et admissible pour démontrer une conscience de culpabilité.

[229] Toutefois, la preuve que l’accusé a brûlé le corps de la victime permet-elle de démontrer non seulement que la personne décédée a été victime d’un crime, mais aussi d’établir le degré de culpabilité associé au crime ayant entraîné sa mort? Cette preuve était-elle pertinente pour établir l’intention spécifiquement requise pour commettre un meurtre au deuxième degré? Voilà la question précise que soulève la présente affaire.

## II

[230] L’*actus reus*, tant pour le meurtre que pour l’homicide involontaire coupable, exige la preuve de l’acte d’avoir causé la mort. La *mens rea* requise pour le meurtre au deuxième degré exige que l’accusé ait eu l’intention soit de causer la mort, soit d’infliger des lésions corporelles dont il savait qu’elles étaient de nature à causer la mort et qu’il lui était indifférent

short of an intention to kill. More specifically, the *mens rea* for unlawful act manslaughter is made out if a reasonable person, in all of the circumstances of the accused, would have appreciated that bodily harm was the foreseeable consequence of the dangerous act of the accused (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at pp. 44-45). In the circumstances of this case, the “dangerous act of the accused” would be an assault-based offence.

[231] Is the accused’s after-the-fact conduct capable of distinguishing between the *mens rea* for second degree murder and the *mens rea* for manslaughter?

### III

[232] As noted by this Court in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, evidence of after-the-fact conduct is not fundamentally different from other types of circumstantial evidence and may be used to demonstrate culpability (para. 21). In certain circumstances, it may also be used to ground an inference with respect to an accused’s degree of culpability; i.e. whether the accused had the *mens rea* required for a given offence. However, its relevance and probative value must be assessed on a case-by-case basis. Whether or not after-the-fact conduct is probative with respect to an accused’s intent for a specific offence “depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial” (*R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 42, per Rothstein J.). To be relevant, such evidence must have “some tendency as a matter of logic and human experience to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence” (*White (2011)*, at para. 36, citing D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 31). However, if conduct could be “equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences, it is not probative with respect to determining guilt as between the offences

que la mort s’ensuive ou non. L’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal requiert une faute qui reste en deçà de l’intention de tuer. Plus précisément, la *mens rea* requise en cas d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal est établie si toute personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l’accusé se serait rendu compte que l’acte dangereux de l’accusé avait pour conséquence prévisible de causer des lésions corporelles à autrui (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 44-45). Eu égard aux circonstances de l’espèce, « l’acte dangereux de l’accusé » serait une infraction fondée sur des voies de fait.

[231] Le comportement après le fait de l’accusé nous permet-il d’établir une distinction entre la *mens rea* requise pour le meurtre au deuxième degré et la *mens rea* exigée en cas d’homicide involontaire coupable?

### III

[232] Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, la preuve relative au comportement après le fait ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle, et elle peut être utilisée pour démontrer la culpabilité (par. 21). Dans certaines circonstances, elle peut aussi servir pour tirer une inférence au sujet du degré de culpabilité de l’accusé, c’est-à-dire pour décider si l’accusé avait la *mens rea* requise pour une infraction donnée. Toutefois, la pertinence et la valeur probante de cette preuve doivent être appréciées au cas par cas. La valeur probante de la preuve relative au comportement après le fait quant à l’intention de l’accusé à l’égard d’une infraction donnée « dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l’ensemble du dossier et des questions soulevées au procès » (*R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 42, le juge Rothstein). La preuve satisfait à la norme de la pertinence [TRANSCRIPTION] « lorsque, selon la logique et l’expérience humaine, elle tend d’une façon quelconque à rendre la thèse qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraîtrait sans elle » (*White (2011)*, par. 36, citant D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 31). Cependant, lorsqu’un comportement donné peut « s’expliquer tout autant

(*White (2011)*, at para. 37, citing *White (1998)*, at para. 28; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at pp. 145 and 147).

[233] I agree with the Crown that the mere existence of alternative *plausible* explanations for the accused's conduct does not mean that those explanations are equally consistent. Admissibility of evidence as to the state of the accused's mind at the time of the offence turns on whether the after-the-fact conduct is *capable* of being more consistent with intent for murder than with manslaughter. As my colleague points out, to be inadmissible, "[t]he overall conduct and context must be such that it is not possible to choose between the available inferences as a matter of common sense, experience and logic" (Martin J.'s reasons, at para. 124 (emphasis added)). It falls to the jury to determine whether the conduct *was* or *was not* equally consistent with murder and manslaughter beyond a reasonable doubt, if they can do so based on common sense, experience and logic, rather than bare speculation. A trial judge does not usurp the jury's function, however, by determining that the conduct could not assist in differentiating between second degree murder and manslaughter, and is thus inadmissible as evidence of the specific intent required for second degree murder.

[234] The Crown puts the logical inference sought as follows. The deceased's body would have provided evidence of her injuries, and the degree of force required to inflict them. The more severe the injuries, and the more force required to inflict them, the stronger the inference that there was an intention to kill (*R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at para. 20). Because the accused went to such extreme lengths to destroy Ms. Jordan's body,

par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus, la preuve n'a aucune valeur probante lorsqu'il s'agit de décider si l'accusé est coupable de l'une ou de l'autre des infractions (*White (2011)*, par. 37, citant *White (1998)*, par. 28; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 145 et 147).

[233] Je suis d'accord avec la Couronne lorsqu'elle affirme que la simple existence d'autres explications *plausibles* du comportement de l'accusé ne signifie pas que ces explications sont tout aussi compatibles. L'admissibilité des éléments de preuve quant à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction dépend de la question de savoir si son comportement après le fait est *susceptible* d'être davantage compatible avec l'intention de commettre un meurtre qu'avec celle de commettre un homicide involontaire coupable. Comme ma collègue le souligne, pour être déclaré non admissible, « [l]e comportement global et le contexte doivent être tels qu'il n'est pas possible de choisir entre les inférences possibles en fonction du bon sens, de l'expérience et de la logique » (motifs de la juge Martin, par. 124 (je souligne)). Il incombe au jury de décider si le comportement *était* ou *n'était pas* tout aussi compatible avec le meurtre et l'homicide involontaire coupable hors de tout doute raisonnable, dès lors que le jury peut tirer cette conclusion selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, plutôt qu'en se fondant sur de simples hypothèses. Cependant, le juge du procès n'usurpe pas le rôle du jury lorsqu'il conclut que ce comportement ne pouvait être utile pour établir une distinction entre le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable et que ce comportement n'était donc pas admissible pour démontrer l'intention spécifiquement requise pour le meurtre au deuxième degré.

[234] Voici comment la Couronne formule l'inférence logique recherchée. La dépouille aurait fourni des preuves des blessures subies par la victime, ainsi que du degré de force requis pour les lui infliger. Plus les blessures infligées étaient graves et plus grande était la force requise pour les infliger, plus il était possible d'inférer l'intention de tuer (*R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 20). Comme l'accusé s'est donné tout ce mal

it was open to the jury — faced with some evidence of motive and animus — to infer that the accused destroyed the body in order to conceal evidence of injuries that would have shown his guilt for murder, rather than manslaughter.

[235] This inference rests entirely on the assumption that the accused destroyed the body because it could have yielded evidence of injuries more consistent with murder than manslaughter. As a matter of logic and experience, I accept that, had the body not been destroyed, it could have revealed such extreme and forceful injuries as to make the intent for murder more likely than manslaughter. Similarly, however, the body might also have provided evidence of injuries more consistent with manslaughter than murder. There must be something in the factual context to ground the inference that the accused destroyed the body to hide evidence that he intended to cause Ms. Jordan’s death; otherwise, that inference rests entirely on speculation.

[236] The absence of any evidence whatsoever regarding the nature of the injuries distinguishes the facts here from cases like *Rodgerson* or *R. v. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103 (Ont. C.A.). In *Teske*, “significant efforts had been made to clean up the home and to obliterate any evidence of bloodstains or splattering” (para. 14). The Crown expert testified that the blood splatter patterns indicated a number of medium (at least) velocity impacts, as well as other evidence that indicated a prolonged struggle (para. 16). Similarly, in *Rodgerson*, the Crown’s interpretation of the evidence was that it “revealed a more prolonged and violent physical altercation than the version of events described by Mr. Rodgerson. It was open to the jury to look to the post-offence concealment and clean-up as evidence that tended to confirm this interpretation” (para. 21). In those cases, the evidence supported factual findings about

pour détruire le corps de M<sup>me</sup> Jordan, il était loisible au jury — en présence de certains éléments de preuve tendant à établir le mobile et l’animosité — d’inférer que l’accusé avait détruit la dépouille dans le but de dissimuler les éléments de preuve des blessures qui auraient démontré sa culpabilité quant à l’infraction de meurtre plutôt qu’à l’égard de celle d’homicide involontaire coupable.

[235] Cette inférence repose entièrement sur l’hypothèse que l’accusé a détruit le cadavre parce que celui-ci aurait pu fournir des preuves de blessures qui étaient davantage compatibles avec un meurtre qu’avec un homicide involontaire coupable. Selon la logique et l’expérience humaine, j’accepte que, si le corps n’avait pas été détruit, il aurait pu révéler que la victime avait subi des blessures si extrêmes et violentes que l’intention de commettre un meurtre aurait été plus probable que celle de commettre un homicide involontaire coupable. Toutefois, le cadavre aurait tout aussi pu fournir des preuves de blessures qui étaient davantage compatibles avec un homicide involontaire coupable qu’avec un meurtre. Le contexte factuel doit, d’une quelconque façon, permettre d’inférer que l’accusé a détruit le corps pour dissimuler des éléments de preuve selon lesquels il avait l’intention de causer la mort de M<sup>me</sup> Jordan; sinon, cette inférence repose entièrement sur des hypothèses.

[236] L’absence de la moindre preuve sur la nature des blessures distingue les faits de la présente affaire de celles comme *Rodgerson* ou *R. c. Teske* (2005), 32 C.R. (6th) 103 (C.A. Ont.). Dans l’affaire *Teske*, [TRADUCTION] « on avait déployé beaucoup d’efforts pour nettoyer le domicile et éliminer toute trace de sang ou d’éclaboussure » (par. 14). L’expert de la Couronne avait expliqué dans son témoignage que les éclaboussures de sang indiquaient un certain nombre d’impacts à vitesse (au moins) moyenne, ainsi que d’autres éléments de preuve indiquant que la victime s’était longuement débattue (par. 16). De même, dans l’affaire *Rodgerson*, l’interprétation que la Couronne avait donnée de la preuve était qu’elle « révélait une altercation physique plus prolongée et violente que ce que M. Rodgerson avait laissé entendre dans sa version des faits. Il était loisible au jury de considérer que la dissimulation et le nettoyage postérieurs à

the extent of the injuries, and it was those factual findings that allowed the jury to draw the inference linking the after-the-fact conduct to the required *mens rea* for murder. In contrast, the evidence here did not yield any information about the extent of the injuries: there is no evidence whatsoever of blood splatters, an attempted clean up of the crime scene, or any other evidence of a “prolonged and violent physical altercation”. Such evidence could have suggested injuries more capable of supporting the intent for murder than for manslaughter. Without it, we are being asked to ground an inference regarding *mens rea* on speculation about what the evidence *might* have revealed about the injuries.

[237] Further, I do not accept the Crown’s proposition that, as a matter of logic, the accused’s conduct in destroying the body was out of all proportion to manslaughter. The Crown submits that the extremity of the efforts to destroy this evidence, sustained over time and entailing significant risks, was out of all proportion to either accident or to a lesser offence like manslaughter and can therefore only speak to second degree murder.

[238] The preliminary inquiry judge found that the evidence was capable only of showing that Mr. Calnen did not want anyone to suspect Ms. Jordan was dead — it was “pure speculation” to infer that he hid and disposed of her body in order to hide the fact that he killed her by an unlawful act (2014 NSPC 17, at paras. 94-95 (CanLII)). However, in this Court, it was not disputed that the after-the-fact conduct was admissible to infer that an unlawful act had occurred. That the conduct was extreme, extended, and risky

l’infraction constituaient des éléments de preuve qui tendaient à confirmer cette interprétation » (par. 21). Dans ces affaires, la preuve appuyait des conclusions factuelles concernant l’ampleur des blessures, et c’est en raison de ces conclusions factuelles que le jury a pu tirer une inférence établissant un lien entre le comportement après le fait et la *mens rea* requise dans le cas d’un meurtre. En revanche, la preuve présentée en l’espèce ne fournit aucune information sur l’ampleur des blessures : il n’y a pas la moindre preuve concernant des éclaboussures de sang, une tentative de nettoyage de la scène de crime ou tout autre élément de preuve concernant « une altercation physique plus prolongée et violente ». De tels éléments de preuve auraient pu laisser sous-entendre des blessures permettant davantage de conclure à l’intention de commettre un meurtre qu’à celle de perpétrer un homicide involontaire coupable. À défaut de tels éléments de preuve, on nous demande de faire reposer une inférence concernant la *mens rea* sur des hypothèses quant à ce que la preuve *aurait pu* révéler au sujet des blessures.

[237] Par ailleurs, je n’accepte pas l’argument de la Couronne selon lequel, en toute logique, le comportement qu’a adopté l’accusé en détruisant le corps de la victime était démesuré, s’agissant d’un homicide involontaire coupable. La Couronne affirme que le caractère extrême des efforts déployés par l’accusé pour détruire cette preuve — efforts qui se sont échelonnés sur une certaine période et qui comportaient d’importants risques — était démesuré par rapport à la thèse de l’accident ou de celle d’une infraction moindre comme l’homicide involontaire coupable, et que ces éléments de preuve ne sont donc compatibles qu’avec un meurtre au deuxième degré.

[238] La juge qui a présidé l’enquête préliminaire a conclu que la preuve permettait seulement d’inférer que M. Calnen ne voulait pas qu’on soupçonne que M<sup>me</sup> Jordan était morte, ajoutant qu’affirmer qu’il avait caché la dépouille et s’en était débarrassé pour dissimuler le fait qu’il avait tué M<sup>me</sup> Jordan en commettant un acte illégal [TRADUCTION] « relevait de la pure spéculation » (2014 NSPC 17, par. 94-95 (CanLII)). Toutefois, devant notre Cour, nul n’a contesté que le comportement après le fait était

could logically be seen as out of all proportion to an accident, and is capable of supporting the inference that the accused wanted to destroy any evidence that he was criminally involved in Ms. Jordan's death, despite the accused's testimony that it was heavy crack cocaine use influencing his extreme after-the-fact conduct. Mr. Calnen went to some effort to make it appear that Ms. Jordan had left him and their home, but was still alive. As a matter of logic and common sense, the jury could infer that an individual may decide to destroy evidence of a culpable homicide — a serious crime with heavy penal consequences — and may go to extreme lengths to do so. But given that both manslaughter and second degree murder are serious crimes, it is difficult to understand why, logically, the extent of his destruction of the body could assist the jury in differentiating between the *mens rea* for manslaughter and second degree murder. It flies in the face of logic to suggest that a person would only go to great lengths to cover up an intentional homicide, but not an unintentional one.

[239] Finally, I do not accept that the evidence regarding the relationship between the deceased and the accused or the circumstances of that day — which the Crown says establishes motive and animus — strengthens the significance of the after-the-fact conduct or makes it relevant to the level of culpability.

[240] The Crown submits, and Martin J. accepts, that the evidence speaking to “the disintegration of [Mr. Calnen and Ms. Jordan's] relationship and the range of emotions Mr. Calnen cycled through the day of Ms. Jordan's death” strengthens the inference that Mr. Calnen had the requisite intent to commit murder, and therefore permits the inference that the

admissible pour soutenir l'inférence qu'un acte illégal est survenu. Le fait que le comportement adopté était extrême, qu'il s'est échelonné sur une certaine période et qu'il comportait des risques pouvait logiquement être considéré comme démesuré par rapport à un accident, et il est susceptible d'étayer l'inférence que l'accusé voulait détruire toute preuve tendant à démontrer qu'il était criminellement impliqué dans la mort de M<sup>me</sup> Jordan, malgré le témoignage de l'accusé portant que sa grande consommation de crack avait influencé son comportement excessif après le fait. Monsieur Calnen a tenté de faire croire que M<sup>me</sup> Jordan l'avait quitté et avait quitté leur domicile, mais qu'elle était toujours en vie. Suivant la logique et le bon sens, il était possible pour le jury d'inférer qu'une personne pouvait décider de détruire les éléments de preuve d'un homicide coupable — un crime grave assorti de lourdes conséquences pénales — et prendre des mesures extrêmes pour détruire ces éléments de preuve. Mais étant donné que l'homicide involontaire coupable et le meurtre au deuxième degré sont tous deux des crimes graves, il est difficile de comprendre comment, logiquement, les mesures que M. Calnen a prises pour détruire le cadavre pourraient aider le jury à établir une distinction entre la *mens rea* requise pour un homicide involontaire coupable et celle exigée dans le cas d'un meurtre au deuxième degré. Il est illogique de laisser entendre qu'une personne ne se donnerait autant de mal que pour dissimuler un homicide intentionnel et non un homicide non intentionnel.

[239] Enfin, je n'accepte pas que les éléments de preuve concernant la nature de la relation entre la victime et l'accusé ou la situation qui existait le jour du crime — qui, selon la Couronne, démontrent à la fois le mobile et l'animosité — viennent renforcer l'importance du comportement après le fait ou rendent celui-ci pertinent lorsqu'il s'agit d'établir le degré de culpabilité.

[240] La Couronne soutient — et la juge Martin accepte — que les éléments de preuve portant sur [TRADUCTION] « la détérioration des rapports entre [M. Calnen et M<sup>me</sup> Jordan] et la gamme d'émotions ressenties par M. Calnen le jour de la mort de M<sup>me</sup> Jordan » étayent l'inférence que M. Calnen avait l'intention requise pour commettre un meurtre, ce

after-the-fact conduct shows an intent to commit murder (A.F., at para. 61).

[241] In my view, the evidence relating to motive and animus cannot assist the jury in finding that the after-the-fact conduct makes it more likely the accused had the intent for second degree murder rather than manslaughter, because it is equally supportive of both. The evidence is not sufficient to distinguish between an intent to cause harm, reckless of whether death resulted (the *mens rea* for second degree murder) or an intent to commit assault that a reasonable person could foresee would cause bodily harm (the *mens rea* for manslaughter). The evidence of domestic violence, of threats of suicide if the deceased should leave, and of heightened tensions on the day of Ms. Jordan's death would all be equally consistent with the inference that Ms. Jordan's death may have arisen as the unintended result of an unlawful act, such as assault causing bodily harm or aggravated assault. Such evidence cannot make the specific intent for second degree murder *more likely* than the general intent for unlawful act manslaughter. In the absence of any evidence regarding the nature of the injuries, it stretches any logic to find that Mr. Calnen's actions in destroying the body — even within the evidentiary context of what the Crown characterized as motive and animus — were capable of being *more* consistent with second degree murder than with manslaughter. In the context of this case, this additional inference would be based on pure speculation.

[242] The conduct in this case can be “equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences (*White (2011)*, at para. 37). Therefore, the evidence is not probative with respect to determining guilt as between the offences of manslaughter and

qui permet par conséquent d'inférer que son comportement après le fait démontre qu'il avait l'intention de commettre un meurtre (m.a., par. 61).

[241] À mon avis, les éléments de preuve concernant le mobile et l'animosité ne peuvent aider le jury à conclure qu'il est plus probable, en raison du comportement après le fait, que l'accusé ait eu l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré plutôt qu'un homicide involontaire coupable, parce que ces éléments de preuve sont compatibles tout autant avec l'une ou l'autre de ces infractions. La preuve n'est pas suffisante pour tirer la distinction entre l'intention de causer des lésions tout en étant indifférent que la mort s'ensuive (la *mens rea* requise pour un meurtre au deuxième degré) et l'intention de commettre des voies de fait qui, selon ce qu'une personne raisonnable pouvait prévoir, causeraient des lésions corporelles (la *mens rea* requise dans le cas d'un homicide involontaire coupable). Les éléments de preuve concernant la violence familiale, les menaces de suicide en cas de départ de la défunte et les tensions accrues le jour du décès de M<sup>me</sup> Jordan seraient tout aussi compatibles avec l'inférence que le décès de M<sup>me</sup> Jordan pouvait être le résultat involontaire d'un acte illégal, comme des voies de fait causant des lésions corporelles ou des voies de fait graves. De tels éléments de preuve ne peuvent rendre l'intention spécifique du meurtre au deuxième degré *plus probable* que l'intention générale de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. Faute d'éléments de preuve concernant la nature des blessures, c'est de déformer la logique que de conclure que les actes accomplis par M. Calnen pour détruire le corps — même dans le contexte de la preuve portant sur ce que la Couronne a qualifié de mobile et d'animosité — étaient susceptibles d'être *davantage* compatibles avec un meurtre au deuxième degré qu'avec un homicide involontaire coupable. Dans le contexte de la présente affaire, cette inférence supplémentaire ne reposerait que sur de simples hypothèses.

[242] Le comportement de l'accusé en l'espèce peut « s'expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus ou il est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus (*White (2011)*, par. 37). Par conséquent, la preuve n'est pas

murder. It should not have been admissible for this purpose. Because it was admissible to show culpable homicide but not to prove second degree murder, the jury required strong direction as to the limitations of its use.

[243] Given my conclusion that the after-the-fact conduct was inadmissible on the issue of intent for second degree murder, it follows that there would not have been sufficient evidence to withstand the defence's application for a directed verdict of acquittal on second degree murder. Indeed, the Crown submitted that the strongest inference of Mr. Calnen's guilt arose from the after-the-fact conduct evidence (2014 NSPC 17, at para. 82). In my view, the evidence relating to the relationship between the accused and the deceased and the circumstances on the day of her death did not provide any evidence upon which a reasonable jury, properly instructed, could find the accused guilty of second degree murder. I agree with the majority of the Court of Appeal that the motion for a directed verdict of acquittal should have been granted.

[244] For these reasons, I would dismiss the appeal. I agree with the Court of Appeal that the conviction for second degree murder should be set aside and any new trial be restricted to the charge of manslaughter.

*Appeal allowed, MARTIN J. dissenting in part and KARAKATSANIS J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Planetta Hughes, Halifax.*

suffisamment probante pour permettre d'établir la culpabilité de l'accusé d'une manière qui distingue l'infraction d'homicide involontaire coupable et celle de meurtre. Elle n'aurait pas dû être admissible à cette fin. Comme la preuve était admissible pour établir l'homicide coupable, mais non pour prouver le meurtre au deuxième degré, il était nécessaire de donner au jury de solides directives au sujet des limites que comportait son utilisation.

[243] Vu ma conclusion selon laquelle le comportement après le fait n'était pas admissible relativement à l'intention de commettre un meurtre au deuxième degré, il s'ensuit qu'il n'y aurait pas eu suffisamment d'éléments de preuve pour que l'on s'oppose au verdict imposé d'acquiescement pour meurtre au deuxième degré réclamé par la défense. En effet, la Couronne a soutenu que l'inférence la plus solide quant à la culpabilité de M. Calnen découlait de la preuve relative à son comportement après le fait (2014 NSPC 17, par. 82). À mon avis, les éléments de preuve concernant les rapports entre l'accusé et la défunte et la situation qui existait le jour de la mort de cette dernière ne constituaient pas des éléments de preuve qui auraient permis à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré. Je suis d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire que la requête en verdict imposé d'acquiescement aurait dû être accueillie.

[244] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré devrait être annulée et que tout nouveau procès devrait se limiter à l'accusation d'homicide involontaire coupable.

*Pourvoi accueilli, la juge MARTIN est dissidente en partie et la juge KARAKATSANIS est dissidente.*

*Procureur de l'appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé : Planetta Hughes, Halifax.*