

Stephen John Trochym *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TROCHYM

Neutral citation: 2007 SCC 6.

File No.: 30717.

2006: May 9; 2007: February 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility — Post-hypnosis evidence — Whether post-hypnosis evidence presumptively inadmissible for evidentiary purposes — Whether such evidence satisfies test for admissibility of novel scientific evidence.

Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of second degree murder of girlfriend — Around time of murder neighbour hearing man banging on door to victim's apartment and eventually hearing door open to admit him — Accused's former girlfriend testifying that following their breakup two years earlier accused returned to her apartment and banged on door demanding entry but she did not open door — Whether trial judge erred in admitting similar fact evidence — Whether evidence of sufficient probative value to outweigh its prejudicial effect.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Accused convicted of second degree murder of girlfriend — Whether trial judge erred in admitting post-hypnosis and similar fact evidence — If so, whether curative proviso applicable to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

T was charged with second degree murder. Forensic evidence established that H, who was T's girlfriend,

Stephen John Trochym *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. TROCHYM

Référence neutre : 2007 CSC 6.

N° du greffe : 30717.

2006 : 9 mai; 2007 : 1^{er} février.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Témoignage posthypnotique — Le témoignage posthypnotique est-il présumé inadmissible pour l'établissement de la preuve? — Ce type de preuve satisfait-il au critère d'admissibilité d'une preuve issue d'une science nouvelle?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa petite amie — Vers l'heure du meurtre, une voisine a entendu un homme frapper à grands coups à la porte de l'appartement de la victime, puis quelqu'un lui ouvrir la porte — Ancienne petite amie témoignant que deux ans auparavant, après sa rupture avec elle, l'accusé était retourné à son appartement et avait frappé à grands coups à sa porte en la sommant de le laisser entrer, sans qu'elle lui ouvre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant la preuve de faits similaires? — La valeur probante de ce témoignage l'emporte-t-elle sur son effet préjudiciable?

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Aucun tort important ni erreur judiciaire grave — Accusé déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa petite amie — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant un témoignage posthypnotique et une preuve de faits similaires? — Dans l'affirmative, la condamnation peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

T a été accusé de meurtre au deuxième degré. Une preuve médico-légale a établi que H, la petite amie de

had been killed in the early hours of Wednesday, October 14, 1992, but that her body had been repositioned some eight to twelve hours after the murder. Late Tuesday, October 13, or in the early morning hours of Wednesday, October 14, a neighbour, G, heard a man banging on the door to H's apartment, demanding to be let in. Although she did not see the man, G testified she eventually heard the door open to admit him. Given the estimated time of death, it was likely that the man who entered the apartment at that time was the killer. G also testified at trial that she saw T leaving H's apartment around 3:00 p.m. on Wednesday afternoon. In G's initial statements to police, she stated that she had seen T on Thursday afternoon, not Wednesday. It was only after undergoing hypnosis at the request of police investigators that G stated that she had seen T on Wednesday afternoon. Several of H's friends also testified at trial that T was a jealous and obsessive partner who could not tolerate the thought of her leaving him. A former girlfriend, O, testified that following T's breakup with her two years earlier, he returned to her apartment and banged on the door, demanding to be allowed entry, but that she did not open the door. T, who testified in his own defence, claimed that it was he who had ended the relationship with H that night and that when he left H's apartment at 12:30 a.m., she was still alive. He denied going back to her apartment on Wednesday, but admitted returning to the apartment building on that day to retrieve his car from the parking garage. To support his claim, T adduced evidence that he was at work at the time G claimed to have seen him leaving H's apartment on Wednesday afternoon.

The trial judge admitted G's post-hypnosis testimony and the similar fact evidence regarding T's conduct upon the termination of his prior relationship. Because of an agreement between T's counsel and the Crown, jurors were not informed that G had been hypnotized, that she had initially told police she saw T on Thursday, nor did they hear expert evidence on the reliability of post-hypnosis testimony. T was convicted and the Court of Appeal affirmed the conviction.

Held (Bastarache, Abella and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the conviction set aside and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.: The trial judge erred in assuming that post-hypnosis evidence is admissible where the guidelines that were adopted in *Clark* are followed. This is

T, avait été tuée tôt le mercredi 14 octobre 1992, mais que son corps avait été déplacé environ huit à douze heures après le meurtre. Tard le mardi 13 octobre ou tôt le mercredi 14 octobre, une voisine, G, a entendu un homme frapper à grands coups à la porte de l'appartement de H, la sommant de le laisser entrer. Bien qu'elle n'ait pas vu l'homme en question, G a témoigné avoir ensuite entendu qu'on ouvrait la porte pour le laisser entrer. Vu l'heure estimée du décès, il était probable que l'homme qui est entré dans l'appartement à ce moment-là était l'assassin. G a aussi témoigné au procès avoir vu T quitter l'appartement de H vers 15 h, le mercredi. La première fois qu'elle a parlé aux policiers, G a déclaré avoir vu T, non pas le mercredi, mais le jeudi après-midi. Ce n'est qu'après avoir été soumise à une séance d'hypnose, à la demande des policiers enquêteurs, que G a déclaré avoir vu T le mercredi après-midi. Selon le témoignage de plusieurs amis de H au procès, T était un être jaloux et obsessionnel qui ne pouvait supporter l'idée qu'elle le quitte. Une ancienne petite amie, O, a témoigné que, deux ans plus tôt, après leur rupture, T était retourné à son appartement et avait frappé violemment à sa porte, la sommant de le laisser entrer, mais qu'elle ne lui avait pas ouvert. T, qui a témoigné pour sa propre défense, a affirmé qu'il avait lui-même mis un terme à sa relation avec H ce soir-là, et qu'au moment où il avait quitté l'appartement de H, vers minuit et demi, elle était toujours en vie. T a nié être retourné à l'appartement de H le mercredi, mais il a admis être entré dans l'immeuble ce jour-là pour aller chercher sa voiture dans le garage. À l'appui de cette allégation, T a présenté une preuve établissant qu'il était au travail à l'heure où G a prétendu l'avoir vu quitter l'appartement de H le mercredi après-midi.

Le juge du procès a permis le témoignage post-hypnotique de G et la preuve de faits similaires sur le comportement de T lors d'une rupture antérieure. En raison d'une entente entre les avocats de T et du ministère public, les jurés n'ont pas été informés que G avait été hypnotisée, ni qu'elle avait initialement dit aux policiers avoir vu T le jeudi, et ils n'ont pas entendu la preuve d'expert sur la fiabilité d'un témoignage post-hypnotique. T a été déclaré coupable et la Cour d'appel a confirmé ce verdict.

Arrêt (les juges Bastarache, Abella et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps et Fish : Le juge du procès a commis une erreur en tenant pour acquis que le témoignage posthypnotique est admissible lorsque les lignes

an error, both because post-hypnosis evidence does not meet the requirements for the admissibility of novel scientific evidence and because the guidelines themselves are insufficient. Such evidence is presumptively inadmissible for evidentiary purposes. While the guidelines play an important role in limiting the possible exertion of influence during a hypnosis session, they are problematic in that they are based on an assumption that the underlying science of hypnosis is itself reliable in the context of judicial proceedings. When the factors for evaluating the reliability of novel scientific evidence are applied, it becomes evident that the technique of hypnosis and its impact on human memory are not understood well enough for post-hypnosis testimony to be sufficiently reliable in a court of law. Although hypnosis has been the subject of numerous studies, these studies are either inconclusive or draw attention to the fact that hypnosis can, in certain circumstances, result in the distortion of memory. The potential rate of error in the additional information obtained through hypnosis when it is used for forensic purposes is also troubling. At the present time, there is no way of knowing whether such information will be accurate or inaccurate. Such uncertainty is unacceptable in a court of law. Furthermore, while the guidelines aid significantly in ensuring that the hypnotist and police make as few involuntary suggestions as possible, they afford no protection against external sources of influence or against the other problems associated with hypnosis, such as the creation of hallucinated or false memories (confabulation), an increase in detail without sufficient assurances that this new information will be accurate, and memory hardening. Given these problems, the danger that the accused will be denied a fair hearing is obvious. In the instant case, G's two conversations with police prior to the hypnosis session may have left her with a conscious or subconscious belief regarding the right answer to the question whether she saw T on Wednesday or Thursday afternoon, even if the police sought in all good faith to avoid influencing her testimony. Unless a litigant reverses the presumption of inadmissibility, post-hypnosis testimony should not be admitted as evidence. The inadmissibility of post-hypnosis testimony does not mean that hypnosis may not be used in other contexts. However, investigators must be conscious of the potential consequences of hypnotizing a witness. [13] [24] [27] [44] [55-56] [61] [63]

directrices énoncées dans *Clark* sont respectées. Il s'agit d'une erreur à la fois parce que le témoignage posthypnotique ne répond pas au critère d'admissibilité en preuve d'une science nouvelle et parce que ces lignes directrices ne suffisent pas. Ce type de témoignage est présumé inadmissible pour l'établissement de la preuve. Bien que les lignes directrices jouent un rôle important pour limiter l'influence qui peut s'exercer au cours d'une séance d'hypnose, elles posent problème en ce qu'elles reposent sur la présomption que la science même de l'hypnose est fiable dans le contexte judiciaire. Lorsqu'on applique les facteurs établis pour évaluer la fiabilité d'une preuve scientifique nouvelle, il devient évident que notre compréhension de la technique de l'hypnose et de son incidence sur la mémoire humaine n'est pas assez poussée pour que la fiabilité des témoignages posthypnotiques en permette l'utilisation devant les cours de justice. L'hypnose a fait l'objet de nombreuses études, mais soit ces études ne sont pas concluantes, soit elles font ressortir le fait que l'hypnose peut, dans certaines circonstances, entraîner une distorsion de la mémoire. Le taux potentiel d'inexactitude des renseignements additionnels obtenus par l'hypnose, lorsqu'on l'utilise en criminalistique, est aussi troublant. Il n'existe présentement aucun moyen de savoir si ces renseignements sont exacts ou inexacts. Pareille incertitude est inacceptable devant les cours de justice. De plus, bien que des règles contribuent de façon appréciable à ce que l'hypnologue et les policiers fassent le moins possible de suggestions involontaires, elles n'offrent aucune protection contre les sources externes d'influence, ni contre les autres problèmes associés à l'hypnose, tels que la création d'illusions ou de faux souvenirs (la fabulation), la précision accrue des souvenirs sans garantie suffisante de l'exactitude des nouveaux renseignements et le durcissement de la mémoire. Compte tenu de ces problèmes, il est évident que l'accusé risque de ne pas bénéficier d'un procès équitable. En l'espèce, les deux conversations que G a eues avec les policiers avant la séance d'hypnose peuvent l'avoir amenée à se faire, consciemment ou inconsciemment, une idée de la réponse attendue quant à savoir si elle avait vu T le mercredi ou le jeudi après-midi, même si les policiers se sont efforcés, en toute bonne foi, d'éviter d'influencer son témoignage. Tant qu'une partie n'a pas réfuté la présomption d'inadmissibilité, le témoignage posthypnotique ne doit pas être admis en preuve. Malgré l'inadmissibilité en preuve des témoignages posthypnotiques, l'hypnose peut être utilisée dans d'autres contextes. Les enquêteurs doivent toutefois être conscients des conséquences possibles du fait de soumettre un témoin à une séance d'hypnose. [13] [24] [27] [44] [55-56] [61] [63]

While the trial judge should not admit evidence on topics covered during the hypnosis session, he or she may consider it appropriate to admit evidence on topics that were not touched on during the session if he or she is satisfied that the detrimental effects are outweighed by the probative value of the testimony. In such cases, the trial judge must mention to the jury the potential frailties of such evidence and give proper instructions concerning the effect of hypnosis on the weight of the testimony. [64-65]

The similar fact evidence was also inadmissible. The fact that T, had, on one previous occasion, banged on a girlfriend's door after their relationship ended is not sufficiently probative to outweigh the potential prejudicial effect of admitting that evidence for the purpose of identifying him as the killer. This evidence did not meet the objective test of "improbability of coincidence" for admitting similar fact evidence. A single incident rarely evidences a pattern. Further, given the generic quality of the acts, the admission of the ex-girlfriend's evidence was highly problematic. Banging on a door cannot be characterized as "distinct" or "unique" conduct that is somehow identifiable with a particular accused. Not only did this evidence lack probative value on the issue of identity, but it was also highly prejudicial, particularly in light of how it was used by the Crown in its closing statements and by the trial judge in his instructions to the jury. [74-78] [83]

Finally, the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is not applicable to uphold the conviction. Once the post-hypnosis evidence, considered critical by the Crown and characterized as significant by the judge, and the similar fact evidence are excluded, the remaining evidence cannot be said to be "so overwhelming" as to conclude that the trier of fact would inevitably have convicted. [83]

Per Charron J.: Those parts of the testimony of a witness who has undergone hypnosis that were not the subject-matter of the hypnosis should be admitted. In such cases, it would not be necessary for the proponent of the evidence to show that the detrimental effects of the hypnosis are overcome by the probative value of the testimony. The trial judge should also have the discretion to admit post-hypnosis testimony when the proposed testimony is shown to be entirely based on the witness's pre-hypnosis memories. While there may be lingering detrimental effects flowing from the hypnosis, proof of the consistent pre-hypnosis statement can constitute sufficient rehabilitation of the witness to

Bien que le juge du procès ne doive pas admettre la preuve portant sur les sujets abordés pendant la séance d'hypnose, il peut juger bon de permettre le témoignage sur des sujets qui ne l'ont pas été, s'il est convaincu que la valeur probante de ce témoignage l'emporte sur ses effets préjudiciables. Dans ce cas, le juge du procès doit souligner au jury les faiblesses potentielles du témoignage et lui donner des directives appropriées concernant l'effet de l'hypnose sur le poids à lui accorder. [64-65]

La preuve de faits similaires était aussi inadmissible. Le fait que T ait, à une seule autre occasion, frappé à grands coups à la porte d'une petite amie après la fin de leur relation n'avait pas une valeur probante suffisante pour l'emporter sur l'effet préjudiciable que pouvait avoir l'admission de cette preuve en vue d'établir qu'il était le tueur. Cette preuve ne respectait pas le critère objectif de l'« improbabilité d'une coïncidence » applicable à la preuve de faits similaires. Il est rare qu'un incident isolé dénote une « tendance ». De plus, l'admission du témoignage de l'ancienne petite amie était très problématique étant donné la nature générale des actes en cause. Frapper à grands coups à une porte ne saurait être qualifié de comportement « distinct » ou « unique » qui peut être associé d'une certaine manière à un accusé donné. En plus d'être dénuée de valeur probante sur la question de l'identité, cette preuve était très préjudiciable, surtout en regard de la façon dont l'ont utilisée le ministère public dans ses observations finales et le juge dans ses directives au jury. [74-78] [83]

Enfin, la condamnation ne peut être maintenue par l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Une fois supprimés le témoignage posthypnotique — considéré crucial par le ministère public et qualifié d'important par le juge — et la preuve de faits similaires, on ne saurait affirmer que la preuve restante est « à ce point accablante » qu'il faille conclure que le juge des faits aurait forcément conclu à la culpabilité. [83]

La juge Charron : Les parties de la déposition d'un témoin soumis à l'hypnose qui portent sur des questions qui n'ont pas été abordées lors de la séance d'hypnose devraient être admises en preuve. En pareil cas, cette preuve peut être présentée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que sa valeur probante l'emporte sur les effets préjudiciables de l'hypnose. Le juge du procès devrait aussi avoir le pouvoir discrétionnaire d'admettre la déposition posthypnotique d'un témoin lorsqu'il est établi qu'elle repose entièrement sur ses souvenirs pré-hypnotiques. Bien que certains effets préjudiciables de l'hypnose puissent subsister, la preuve d'une déclaration compatible antérieure à la séance d'hypnose peut rétablir

warrant admission of the testimony. Finally, in all cases where the testimony of a witness who has undergone hypnosis is admitted, it should be left to the discretion of the trial judge to determine whether expert evidence is necessary to explain those effects and whether any special instruction is called for to assist the jury in its assessment of the evidence. [87-89]

Per Bastarache, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The post-hypnosis evidence should not be excluded. While a better evidentiary foundation in a future case may perhaps demonstrate that it is time for Canadian courts to reconsider the long-standing admissibility rule for hypnotically refreshed memories, that decision cannot be made in this case. It is only before this Court and the Court of Appeal that T sought to challenge the long-standing admissibility rule for post-hypnosis testimony. No direct expert evidence was presented in order to properly challenge why the rule should no longer be accepted. The sole evidence advanced before this Court on the hypnosis issue was a handful of American cases in which the courts have opted for categorical exclusion. This is not a sufficient evidentiary foundation upon which this Court should overturn a long-standing Canadian common law rule. A complete exclusion of post-hypnosis evidence in all cases is not appropriate, as this could deprive the trier of fact of relevant, probative, and critical evidence. This would also pose a problem regarding the constitutional rights of an accused who has undergone hypnosis. The admissibility of such evidence should always be determined on a case-by-case basis. Here, the admission of the post-hypnosis evidence was not problematic. The trial judge held a *voir dire* to determine its admissibility and was alerted to the potential dangers of such evidence. Having found substantial compliance with the guidelines designed to assist a hypnotist in improving the reliability of evidence obtained under hypnosis, as well as having been shown through the Crown's cross-examination that the concerns raised by the defence experts were not live ones with respect to G's evidence, the trial judge ruled the evidence admissible because he was satisfied that it was sufficiently reliable to be put to the jury. The trial judge saw his role as ensuring that the hypnotically enhanced memories met an acceptable level of reliability, and not simply ensuring that the guidelines were followed. The evidence was highly relevant to the Crown's case and was shown to be quite credible, and the trial judge made no error in admitting it. [91] [137] [147-148] [151] [160]

suffisamment la crédibilité du témoin pour justifier l'admission de son témoignage. Enfin, dans tous les cas où le témoignage d'une personne qui a été soumise à l'hypnose est admis en preuve, il devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider s'il est nécessaire d'entendre les explications d'un expert sur les effets de l'hypnose et s'il y a lieu de donner des instructions spéciales au jury pour l'aider à apprécier la preuve. [87-89]

Les juges Bastarache, Abella et Rothstein (dissidents) : Le témoignage posthypnotique ne doit pas être exclu. Il est possible que, dans une affaire ultérieure, une preuve plus solide démontre que le temps est venu pour les tribunaux canadiens de réexaminer la règle établie depuis longtemps de l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose, mais la présente affaire ne permet pas un tel réexamen. Ce n'est qu'en cour d'appel et devant notre Cour que T a contesté la validité de la règle de l'admissibilité des témoignages posthypnotiques établie depuis longtemps. Aucune preuve d'expert directe n'a été produite pour expliquer pourquoi cette règle ne devrait plus être acceptée. La seule preuve présentée devant notre Cour concernant l'hypnose était constituée de quelques décisions américaines dans lesquelles les tribunaux ont opté pour l'exclusion catégorique. Cette preuve n'est pas suffisante pour que notre Cour écarte une règle de common law établie depuis longtemps au Canada. Il ne convient pas d'exclure complètement ce type de preuve dans tous les cas, pareille exclusion risquant de priver le juge des faits d'éléments de preuve pertinents, concluants et cruciaux. Cela causerait aussi des difficultés en ce qui concerne les droits constitutionnels d'un accusé qui aurait été hypnotisé. L'admissibilité d'une telle preuve devrait toujours être évaluée au cas par cas. En l'espèce, l'admission du témoignage posthypnotique ne posait pas problème. Le juge du procès a tenu un voir-dire sur son admissibilité et il a été mis en garde contre les dangers éventuels rattachés à ce type de preuve. Après qu'il eut conclu que les lignes directrices conçues pour aider l'hypnologue à accroître la fiabilité de la preuve obtenue sous hypnose avaient été respectées pour l'essentiel et que le ministère public lui eut démontré au moyen du contre-interrogatoire que les problèmes soulevés par les experts de la défense ne se posaient pas dans le cas du témoignage de G, le juge du procès a décidé que la preuve était admissible, parce qu'il était convaincu qu'elle était suffisamment fiable pour être soumise au jury. Le juge du procès voyait son rôle comme consistant à s'assurer que le niveau de fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose était acceptable, et non à veiller simplement au respect des lignes directrices. Le témoignage était hautement pertinent pour la thèse du ministère public et on a démontré qu'il était très crédible. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en l'admettant. [91] [137] [147-148] [151] [160]

The approach to hypnotically refreshed evidence as novel science raises concerns not only with respect to the views on the admissibility of such evidence, but also with respect to the implications for the admissibility of scientific evidence in future cases. First, characterizing hypnosis as novel science ignores the fact that the technique has been used in Canada for almost 30 years, and has been employed in Canadian criminal investigations to assist in memory retrieval for a similar length of time. While the use of forensic hypnosis has not been assessed under the framework to determine admissibility of novel scientific evidence, this does not mean that evidence derived from this technique has been admitted into trials without sufficient scrutiny of its reliability. Very few Canadian courts have admitted hypnosis evidence without a *voir dire* as to its admissibility. Second, the test for assessing the reliability of scientific evidence is not new law requiring that scientific methods, previously accepted as legitimate by our courts, must now be resubmitted for scrutiny. Rather, the test emphasizes the need for courts to give special scrutiny to novel science or the new application of a recognized science, through a case-by-case evaluation, in light of the changing nature of our scientific knowledge. The test was not intended to set down a rigid formula where the results must be proved beyond a reasonable doubt before scientific evidence can be admitted. The factors adopted were designed to be flexible and non-exclusive. Third, the test was not meant to require a standard of total consensus by members of the scientific community. Total unanimity, which is a standard akin to the “general acceptance” test recently rejected by this Court, is impossible to obtain and therefore completely unrealistic to expect. To require such a high standard of reliability will result in the exclusion of far too much relevant and probative evidence. Finally, it is especially problematic to adopt a general exclusionary rule towards hypnosis evidence by relying almost exclusively on the position of experts discussed in American cases cited. To rely on expert evidence heard in other cases deprives a party of the right to present contrary evidence or to cross-examine the experts who maintain such a position. A court should never take judicial notice of expert evidence. [115] [131-132] [134] [136] [138-144]

Concerns raised regarding hypnosis are not new or insurmountable and are taken into account by trial

Considérer l’admissibilité en preuve des souvenirs ravivés par hypnose en les considérant comme une science nouvelle est préoccupant non seulement en ce qui a trait à l’admissibilité de ce type de preuve, mais aussi quant aux répercussions de cette approche sur l’admissibilité de la preuve scientifique. Premièrement, qualifier l’hypnose de science nouvelle fait abstraction du fait que cette technique est utilisée au Canada depuis presque 30 ans et qu’elle est utilisée depuis aussi longtemps dans les enquêtes criminelles au Canada pour aider les témoins à se rafraîchir la mémoire. Si l’utilisation de l’hypnose en criminalistique n’a pas été évaluée selon le cadre d’analyse servant à déterminer si une nouvelle science est admissible en preuve, la preuve obtenue à l’aide de cette technique n’a pas pour autant été admise en preuve sans que sa fiabilité ait été soumise à un examen suffisant. Très peu de tribunaux canadiens ont admis des témoignages posthypnotiques sans tenir un *voir-dire* relativement à leur admissibilité. Deuxièmement, le test établi pour évaluer la fiabilité d’une preuve scientifique ne constitue pas une règle de droit nouveau qui exigerait que les méthodes scientifiques considérées antérieurement comme légitimes par les tribunaux soient maintenant réexaminées. Ce test rappelle plutôt la nécessité que les tribunaux accordent une attention particulière aux sciences nouvelles ou aux nouvelles applications d’une science reconnue en les évaluant au cas par cas, compte tenu de la nature changeante des connaissances scientifiques. Ce test ne visait pas à énoncer une formule rigide dont le résultat doit être établi hors de tout doute raisonnable pour permettre l’admission d’un élément de preuve scientifique. Les facteurs énumérés se voulaient flexibles et non exclusifs. Troisièmement, ce test n’était pas censé établir la norme d’un consensus absolu parmi les membres de la communauté scientifique. L’unanimité complète, qui s’apparente au critère de « l’acceptation générale » que la Cour a rejeté récemment, est impossible à obtenir et il serait irréaliste de s’y attendre. Fixer une norme de fiabilité aussi élevée se traduirait par l’exclusion de beaucoup trop d’éléments de preuve pertinents et probants. Enfin, il est particulièrement problématique de statuer que la preuve obtenue à l’aide de l’hypnose doit généralement être exclue en s’appuyant presque exclusivement sur les opinions d’experts examinées dans la jurisprudence américaine citée. Le fait de s’en remettre à des témoignages d’expert entendus dans d’autres causes prive une partie du droit de présenter une preuve contraire ou de contre-interroger les experts qui ont exprimé l’avis en cause. Un tribunal ne doit jamais prendre connaissance d’office de la preuve d’expert. [115] [131-132] [134] [136] [138-144]

Les problèmes relatifs à l’hypnose ne sont ni nouveaux ni insurmontables et sont pris en compte par les

judges in virtually every *voir dire* held to determine the admissibility of hypnotically refreshed memories. It would be unreasonable to expect hypnotically refreshed memories to be more reliable than regular memories, which, like hypnotically refreshed memories, are not immune to external sources of suggestion. There is no guarantee with respect to the accuracy of such ordinary memories either. Judges know these risks, yet they do not deem such evidence inadmissible. These sorts of potential frailties with memory, whether ordinary or hypnotically refreshed, are those that juries are quite capable of weighing. The problem with regard to cross-examining a witness whose memory has been refreshed through hypnosis — the impossibility of challenging the veracity of his or her memory — also arises in the context of a witness whose evidence is presented through past recollections recorded. This has not provoked courts to categorically exclude such evidence. Courts have been satisfied by the fact that witnesses can be cross-examined about how their memories were recalled, the circumstances surrounding the recall, and prior inconsistent statements. There is no reason why the situation should be any different for hypnotically refreshed memories. Appellate courts must have faith in the intelligence and common sense of juries and in the ability of trial judges to properly charge them. In this case, the only aspect of G's testimony refreshed through hypnosis concerned the day the sighting occurred. Whether the sighting occurred on one day or the next does not change the significance of the evidence. To exclude all of G's evidence when only this point was clarified through hypnosis is an inflexible and disproportionate solution. [114] [149] [152] [154] [156]

While juries should generally be informed of efforts to enhance a witness's memory, there is no absolute rule on this point and agreements between counsel not to put the issue of hypnosis to the jury should be respected where no prejudice is shown to have been caused to a party. [159]

The trial judge erred in admitting O's similar fact evidence adduced on the issue of identity. There is nothing particularly distinctive about banging or knocking on a door to warrant the characterization as a "trademark". As well, the number of these incidents renders them insufficient to support such a determination. [185] [187]

While the admission of the similar fact evidence was an error, the evidence against T was overwhelming, and

judges du procès dans pratiquement tous les voir-dire sur l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose. Il serait déraisonnable de s'attendre à ce que les souvenirs ravivés par hypnose soient plus fiables que les souvenirs ordinaires qui, comme les souvenirs ravivés par hypnose, ne sont pas à l'abri de sources externes de suggestion. Rien ne garantit non plus que les souvenirs ordinaires seront exacts. Les juges connaissent ces risques, mais ils ne présument pas pour autant de l'inadmissibilité de tels témoignages. Les jurés sont parfaitement capables d'apprécier ces éventuelles faiblesses de la mémoire, peu importe qu'il s'agisse de souvenirs ordinaires ou de souvenirs ravivés par hypnose. Le problème concernant le contre-interrogatoire d'un témoin dont la mémoire a été ravivée par hypnose — l'impossibilité de mettre à l'épreuve la véracité de ses souvenirs — se pose aussi dans le contexte où un témoin dépose en utilisant un enregistrement de ses souvenirs passés. Cela n'a cependant pas incité les tribunaux à exclure catégoriquement une telle preuve. Les tribunaux ont estimé suffisant que les témoins puissent être contre-interrogés sur la question de savoir comment et dans quelles circonstances ils se sont rappelé les événements, ainsi que sur leurs déclarations antérieures incompatibles. Rien ne justifie qu'il en soit autrement pour les souvenirs ravivés par hypnose. Les juridictions d'appel doivent faire confiance à l'intelligence et au bon sens des jurés ainsi qu'à la capacité du juge du procès de leur donner des directives appropriées. En l'espèce, l'unique aspect du témoignage de G qui a été ravivé par hypnose est le jour où elle a vu T. Qu'elle l'ait vu un jour ou l'autre ne change rien à la valeur de son témoignage. Exclure la totalité du témoignage de G dont seul cet élément a été clarifié au moyen de l'hypnose est une solution rigide et disproportionnée. [114] [149] [152] [154] [156]

Bien que les jurés doivent généralement être informés des efforts déployés pour raviver la mémoire d'un témoin, il n'existe pas de règle absolue à cet égard et les ententes conclues entre les avocats prévoyant que la question de l'hypnose ne sera pas exposée au jury devraient être respectées en l'absence de preuve démontrant qu'elles ont causé un préjudice à une partie. [159]

Le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve de faits similaires de O présentée relativement à la question de l'identité. Le fait de frapper à grands coups ou de cogner à une porte ne comporte pas d'élément suffisamment distinctif pour mériter la qualification de « marque ». De plus, le nombre d'incidents de cette nature est insuffisant pour étayer une telle conclusion. [185] [187]

Même si l'admission de la preuve de faits similaires était une erreur, la preuve produite contre T était

the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied to uphold the conviction. Absent the similar fact accepted in evidence, there was still sufficient evidence to support the inference that T was the person banging on the victim's door the night of her death. There is no reasonable possibility that the verdict would have been different without the error. [189-191]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600, 2000 SCC 51; **not followed:** *R. v. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117; **referred to:** *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *State v. Hurd*, 414 A.2d 291 (1980); *People v. McDowell*, 427 N.Y.S.2d 181 (1980); *R. v. Bernier*, [2004] Q.J. No. 11567 (QL); *R. v. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL); *R. v. O'Brien* (1992), 117 N.S.R. (2d) 48; *R. v. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL); *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Burrall v. State*, 724 A.2d 65 (1999); *State v. Moore*, 902 A.2d 1212 (2006); *R. v. Terceira*, [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. Hibbert*, [2002] 2 S.C.R. 445, 2002 SCC 39; *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *R. v. McFelin*, [1985] 2 N.Z.L.R. 750; *R. v. G.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 615; *R. v. Haywood* (1994), 73 A. Crim. R. 41; *Harding v. State*, 246 A.2d 302 (1968); *People v. Shirley*, 723 P.2d 1354 (1982); *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987); *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. White, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117; *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600, 2000 SCC 51; *R. v. Pitt*, [1968] 3 C.C.C. 342; *R. v. K.*, [1979] 5 W.W.R. 105; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *State v. Brown*, 337 N.W.2d 138 (1983); *State v. Jorgensen*, 492 P.2d 312 (1971); *State v. Glebock*, 616 S.W.2d 897 (1981); *Prime v. State*, 767 P.2d 149 (1989); *R. v. Zubot* (1981), 47 A.R. 389; *R. v. Hart*, [1990] O.J.

accablante et il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour maintenir la condamnation. Sans la preuve de faits similaires, il existait quand même suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion que T était la personne qui avait frappé à grands coups à la porte de la victime la nuit du meurtre. Il n'est absolument pas raisonnable de penser que le verdict aurait pu être différent sans cette erreur. [189-191]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt appliqué : *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51; **arrêt non suivi :** *R. c. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117; **arrêts mentionnés :** *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *State c. Hurd*, 414 A.2d 291 (1980); *People c. McDowell*, 427 N.Y.S.2d 181 (1980); *R. c. Bernier*, [2004] J.Q. n° 11567 (QL); *R. c. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL); *R. c. O'Brien* (1992), 117 N.S.R. (2d) 48; *R. c. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL); *R. c. Taillefer*, [1995] A.Q. n° 496 (QL); *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Burrall c. State*, 724 A.2d 65 (1999); *State c. Moore*, 902 A.2d 1212 (2006); *R. c. Terceira*, [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. Hibbert*, [2002] 2 R.C.S. 445, 2002 CSC 39; *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *R. c. McFelin*, [1985] 2 N.Z.L.R. 750; *R. c. G.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 615; *R. c. Haywood* (1994), 73 A. Crim. R. 41; *Harding c. State*, 246 A.2d 302 (1968); *People c. Shirley*, 723 P.2d 1354 (1982); *Rock c. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987); *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909.

Citée par le juge Bastarache (dissent)

R. c. White, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117; *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51; *R. c. Pitt*, [1968] 3 C.C.C. 342; *R. c. K.*, [1979] 5 W.W.R. 105; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *State c. Brown*, 337 N.W.2d 138 (1983); *State c. Jorgensen*, 492 P.2d 312 (1971); *State c. Glebock*, 616 S.W.2d 897 (1981); *Prime c. State*, 767 P.2d 149 (1989); *R. c. Zubot* (1981), 47 A.R. 389; *R. c.*

No. 2678 (QL); *R. v. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL); *R. v. Gauld*, [1994] O.J. No. 1477 (QL); *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL); *R. v. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175, aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. B. (A.)* (2004), 27 C.R. (6th) 283; *R. v. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481; *R. v. Medvedew* (1978), 43 C.C.C. (2d) 434; *R. v. Nielsen* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. v. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348; *R. v. Johnston* (1992), 69 C.C.C. (3d) 395; *R. v. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97; *R. v. J.E.T.*, [1994] O.J. No. 3067 (QL); *R. v. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923); *State v. Moore*, 852 A.2d 1073 (2004); *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43; *R. v. Sappier*, [2006] 2 S.C.R. 686, 2006 SCC 54; *R. v. Fliss*, [2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16; *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. v. Holmes* (1989), 99 A.R. 106; *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987); *R. v. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71; *R. v. Bennett* (2003), 179 C.C.C. (3d) 244; *R. v. Stark* (2004), 190 C.C.C. (3d) 496; *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Hibbert*, [2002] 2 S.C.R. 445, 2002 SCC 39; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168; *Markadonis v. The King*, [1935] S.C.R. 657; *R. v. Yakeleya* (1985), 46 C.R. (3d) 282; *R. v. W.J.M.* (1995), 82 O.A.C. 130; *R. v. Ellard* (2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68; *R. v. White* (1999), 132 C.C.C. (3d) 373; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, s. 78.

Authors Cited

Akhtar, Suhail. "Improprieties in Cross-Examination" (2004), 15 C.R. (6th) 236.
 Bubela, Tania M. "Expert Evidence: The Ethical Responsibility of the Legal Profession" (2003-2004), 41 *Alta. L. Rev.* 853.

Hart, [1990] O.J. No. 2678 (QL); *R. c. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL); *R. c. Gauld*, [1994] O.J. No. 1477 (QL); *R. c. Taillefer*, [1995] A.Q. n^o 496 (QL); *R. c. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL); *R. c. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175, conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. B. (A.)* (2004), 27 C.R. (6th) 283; *R. c. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481; *R. c. Medvedew* (1978), 43 C.C.C. (2d) 434; *R. c. Nielsen* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. c. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Johnston* (1992), 69 C.C.C. (3d) 395; *R. c. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97; *R. c. J.E.T.*, [1994] O.J. No. 3067 (QL); *R. c. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (1923); *State c. Moore*, 852 A.2d 1073 (2004); *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43; *R. c. Sappier*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54; *R. c. Fliss*, [2002] 1 R.C.S. 535, 2002 CSC 16; *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. c. Holmes* (1989), 99 A.R. 106; *Rock c. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987); *R. c. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71; *R. c. Bennett* (2003), 179 C.C.C. (3d) 244; *R. c. Stark* (2004), 190 C.C.C. (3d) 496; *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Hibbert*, [2002] 2 R.C.S. 445, 2002 CSC 39; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168; *Markadonis c. The King*, [1935] R.C.S. 657; *R. c. Yakeleya* (1985), 46 C.R. (3d) 282; *R. c. W.J.M.* (1995), 82 O.A.C. 130; *R. c. Ellard* (2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68; *R. c. White* (1999), 132 C.C.C. (3d) 373; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 78.

Doctrine citée

Akhtar, Suhail. « Improprieties in Cross-Examination » (2004), 15 C.R. (6th) 236.
 Bubela, Tania M. « Expert Evidence : The Ethical Responsibility of the Legal Profession » (2003-2004), 41 *Alta. L. Rev.* 853.

- Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.
- Council on Scientific Affairs. “Scientific Status of Refreshing Recollection by the Use of Hypnosis” (1985), 253 *J.A.M.A.* 1918.
- Diamond, Bernard L. “Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness” (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 313.
- Evans, K. Barrie. “Hypnotically Induced Testimony: Implications for Criminal Law in New Zealand”, [1994] *N.Z.L.J.* 348.
- Faigman, David L., et al. *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony*, vol. 1. Eagan, Minn.: Thomson/West, 2005.
- Fleming, Thomas M. Annotation, “Admissibility of Hypnotically Refreshed or Enhanced Testimony”, 77 *A.L.R.4th* 927 (1990 & Supp. 2006).
- Frater, Robert J. “The Seven Deadly Prosecutorial Sins” (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 209.
- Harsel, Justin. “The Use of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials” (1996), 20 *Melbourne U.L. Rev.* 897.
- Hill, S. Casey, et al. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated June 2006, release 5).
- Orne, Martin T. “The Use and Misuse of Hypnosis in Court” (1979), 27 *Int’l J. Clinical & Experimental Hypnosis* 311.
- Orne, Martin T., et al. “Hypnotically Refreshed Testimony: Enhanced Memory or Tampering with Evidence?” in *Issues and Practices in Criminal Justice*, January 1985.
- Perell, Paul M. “Proof of an Event of which a Witness Has No Memory” (2003), 26 *Advocates’ Q.* 95.
- Shaw, Gary M. “The Admissibility of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials” (1991), 75 *Marq. L. Rev.* 1.
- Stewart, Hamish. *Evidence: A Canadian Casebook*. Toronto: Emond Montgomery, 2002.
- United Kingdom. Crown Prosecution Service. “Hypnosis: Guidance — Hypnosis Of A Witness” (online: http://www.cps.gov.uk/legal/section13/chapter_p.html).
- Wagstaff, Graham F. “Hypnosis and the Law: A Critical Review of Some Recent Proposals”, [1983] *Crim. L. Rev.* 152.
- Webert, Daniel R. “Are the Courts in a Trance? Approaches to the Admissibility of Hypnotically Enhanced Witness Testimony in Light of Empirical Evidence” (2003), 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1301.
- Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg : Manitoba Justice, 2001.
- Council on Scientific Affairs. « Scientific Status of Refreshing Recollection by the Use of Hypnosis » (1985), 253 *J.A.M.A.* 1918.
- Diamond, Bernard L. « Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness » (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 313.
- Evans, K. Barrie. « Hypnotically Induced Testimony : Implications for Criminal Law in New Zealand », [1994] *N.Z.L.J.* 348.
- Faigman, David L., et al. *Modern Scientific Evidence : The Law and Science of Expert Testimony*, vol. 1. Eagan, Minn. : Thomson/West, 2005.
- Fleming, Thomas M. Annotation, « Admissibility of Hypnotically Refreshed or Enhanced Testimony », 77 *A.L.R.4th* 927 (1990 & Supp. 2006).
- Frater, Robert J. « The Seven Deadly Prosecutorial Sins » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 209.
- Harsel, Justin. « The Use of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials » (1996), 20 *Melbourne U.L. Rev.* 897.
- Hill, S. Casey, et al. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated June 2006, release 5).
- Orne, Martin T. « The Use and Misuse of Hypnosis in Court » (1979), 27 *Int’l J. Clinical & Experimental Hypnosis* 311.
- Orne, Martin T., et al. « Hypnotically Refreshed Testimony : Enhanced Memory or Tampering with Evidence? » in *Issues and Practices in Criminal Justice*, January 1985.
- Perell, Paul M. « Proof of an Event of which a Witness Has No Memory » (2003), 26 *Advocates’ Q.* 95.
- Royaume-Uni. Crown Prosecution Service. « Hypnosis : Guidance — Hypnosis Of A Witness » (en ligne : http://www.cps.gov.uk/legal/section13/chapter_p.html).
- Shaw, Gary M. « The Admissibility of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials » (1991), 75 *Marq. L. Rev.* 1.
- Stewart, Hamish. *Evidence : A Canadian Casebook*. Toronto : Emond Montgomery, 2002.
- Wagstaff, Graham F. « Hypnosis and the Law : A Critical Review of Some Recent Proposals », [1983] *Crim. L. Rev.* 152.
- Webert, Daniel R. « Are the Courts in a Trance? Approaches to the Admissibility of Hypnotically Enhanced Witness Testimony in Light of Empirical Evidence » (2003), 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1301.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Catzman, Weiler and MacPherson J.J.A.) (2004), 71 O.R. (3d) 611, 188 O.A.C. 330, 186 C.C.C. (3d) 417, 24 C.R. (6th) 388, [2004] O.J. No. 2850 (QL), affirming the accused's conviction. Appeal allowed, Bastarache, Abella and Rothstein J.J. dissenting.

James Lockyer and C. Anik Morrow, for the appellant.

Kenneth L. Campbell and Howard Leibovich, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps and Fish J.J. was delivered by

DESCHAMPS J. — In recent years, a number of public inquiries have highlighted the importance of safeguarding the criminal justice system — and protecting the accused who are tried under it — from the possibility of wrongful conviction. As this Court has previously noted, “[t]he names of Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow and Parsons signal prudence and caution in a murder case”: *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at para. 1. In the case at bar, we consider once again the need to carefully scrutinize evidence presented against an accused for reliability and prejudicial effect, and to ensure the basic fairness of the criminal process. More specifically, the decisions at trial to admit post-hypnosis evidence and similar fact evidence in this case constitute errors of law that are neither harmless nor negligible. This is not a case where the remaining evidence is so overwhelming that I can conclude that a conviction would inevitably have been entered by the trier of fact had the evidence in issue not been adduced. I would set aside the conviction and order a new trial.

This case raises a number of legal issues, each of which arises out of an intricate factual context. I

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Catzman, Weiler et MacPherson) (2004), 71 O.R. (3d) 611, 188 O.A.C. 330, 186 C.C.C. (3d) 417, 24 C.R. (6th) 388, [2004] O.J. No. 2850 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Abella et Rothstein sont dissidents.

James Lockyer et C. Anik Morrow, pour l'appellant.

Kenneth L. Campbell et Howard Leibovich, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps et Fish rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Au cours des dernières années, plusieurs enquêtes publiques ont mis en évidence l'importance de protéger le système de justice pénale — et les accusés dont le procès est régi par ce système — contre l'éventualité d'une déclaration de culpabilité erronée. Comme l'a déjà fait remarquer la Cour, « [l]es noms Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow et Parsons appellent à la prudence et à la circonspection dans les affaires de meurtre » : *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 1. Dans le présent pourvoi, nous examinerons à nouveau la nécessité d'analyser soigneusement la fiabilité et l'effet préjudiciable de la preuve présentée contre un accusé et de préserver l'équité fondamentale du processus pénal. Plus précisément, en l'espèce, le juge du procès a commis des erreurs qui ne sont ni anodines, ni négligeables, en admettant le témoignage posthypnotique et la preuve de faits similaires. Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle le reste de la preuve est à ce point accablante qu'elle me permettrait de conclure que le juge des faits aurait forcément prononcé une déclaration de culpabilité si les éléments de preuve en litige n'avaient pas été produits. Je suis d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Le présent pourvoi soulève plusieurs questions de droit, qui s'inscrivent toutes dans un contexte

will therefore begin with a general overview of the facts and of the decisions of the courts below, and will go into greater detail on the two grounds that are, in my view, determinative of the outcome of this appeal.

I. Facts

3 On July 6, 1995, the appellant, Stephen Trochym, was convicted of second degree murder by a judge sitting with a jury. The deceased, Donna Hunter, was the appellant's girlfriend of almost one year.

4 Ms. Hunter was last seen alive late on Tuesday, October 13, 1992, or in the early hours of Wednesday, October 14. The Crown's theory at trial was that the appellant had killed Ms. Hunter in a fit of rage after she had attempted to end their troubled relationship. Several of Ms. Hunter's friends testified that the appellant was a jealous and obsessive partner who could not tolerate the thought of her leaving him. However, the appellant, who testified in his own defence, claimed that it was he who had ended the relationship that night and that when he left Ms. Hunter's apartment at 12:30 a.m., she was still alive.

5 Late on Tuesday, October 13, or in the early morning hours of Wednesday, October 14, Gity Haghnegahdar, a neighbour of Ms. Hunter's, heard a man banging on the door of the deceased's apartment, demanding to be let in. Although she did not see the man, Ms. Haghnegahdar heard the door eventually open to admit him. Given the estimated time of death, it was likely that the man who entered the apartment at that time was Ms. Hunter's killer. Establishing that it was the appellant knocking at the door was a key aspect of the Crown's case. To this end, the Crown was permitted to adduce evidence that following Mr. Trochym's breakup with a previous girlfriend (Darlene Oliphant) two years earlier, he had returned to her apartment and banged on the door, demanding to be let in.

factuel complexe. Je commencerai donc par un survol général des faits et des décisions des juridictions inférieures. Je ferai ensuite une analyse plus détaillée des deux moyens que j'estime déterminants quant à l'issue du pourvoi.

I. Les faits

Le 6 juillet 1995, l'appelant Stephen Trochym a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré par un juge siégeant avec un jury. La défunte, Donna Hunter, était la petite amie de l'appelant depuis presque un an.

M^{me} Hunter a été vue vivante pour la dernière fois en fin de soirée, le mardi 13 octobre 1992, ou très tôt, le mercredi 14 octobre. Selon la thèse soutenue par le ministère public au procès, l'appelant a tué M^{me} Hunter dans un accès de colère après qu'elle eut tenté de mettre fin à leur relation tumultueuse. Selon le témoignage de plusieurs amis de M^{me} Hunter, l'appelant était un être jaloux et obsessionnel qui ne pouvait supporter l'idée qu'elle le quitte. L'appelant, qui a témoigné pour sa propre défense, a toutefois affirmé qu'il avait lui-même mis un terme à leur relation ce soir-là, et qu'au moment où il avait quitté l'appartement de M^{me} Hunter, vers minuit et demi, celle-ci était toujours en vie.

Tard le mardi 13 octobre, ou tôt le mercredi 14 octobre, Gity Haghnegahdar, voisine de M^{me} Hunter, a entendu un homme frapper à grands coups à la porte de l'appartement de la défunte, la sommant de le laisser entrer. Bien qu'elle n'ait pas vu l'homme en question, M^{me} Haghnegahdar a par la suite entendu qu'on ouvrait la porte pour le laisser entrer. Vu l'heure estimée du décès, il était probable que l'homme qui est entré dans l'appartement à ce moment-là était l'assassin de M^{me} Hunter. La preuve que c'était l'appelant qui avait frappé à la porte constituait un élément clé de la thèse du ministère public. Pour l'établir, la poursuite a été autorisée à présenter des éléments de preuve indiquant que, deux ans plus tôt, après sa rupture avec son ancienne petite amie (Darlene Oliphant), M. Trochym était retourné à l'appartement de celle-ci et avait frappé violemment à sa porte en la sommant de le laisser entrer.

The neighbour, Ms. Haghnegahdar, also testified at trial that she had seen the appellant leaving Ms. Hunter's apartment around 3:00 p.m. on Wednesday afternoon. This testimony was considered critical by the Crown and was characterized as significant by the trial judge. The Crown sought to use it to establish that Mr. Trochym had returned to Ms. Hunter's apartment in the afternoon after the murder to "stage the scene" of the crime. By removing some personal effects and moving the body to make it appear as though the murder had been sexually motivated, the Crown argued, the appellant sought to distract attention from himself. The Crown's theory was supported by forensic evidence that established that the deceased had been killed in the early hours of Wednesday morning, but that her body had been repositioned some eight to twelve hours after the murder.

A key fact on appeal, however, was Ms. Haghnegahdar's statement, when first interviewed by the police, that she had seen the appellant on *Thursday* afternoon, not Wednesday. It was only after undergoing hypnosis at the request of police investigators that Ms. Haghnegahdar stated that she had seen the accused on Wednesday afternoon.

The appellant denied having returned to Ms. Hunter's apartment, but admitted that he had returned to the apartment building to retrieve his car from the parking garage on Wednesday. To support his claim, Mr. Trochym adduced evidence that he was at work at the time the witness claimed to have seen him leaving the deceased's apartment on Wednesday afternoon. The Crown argued that the appellant's evidence on this point was concocted and further argued that the appellant's demeanour in the days subsequent to the discovery of the deceased's body was evidence of consciousness of guilt. When asked to attend a second meeting with the police, the appellant had made excuses not to attend, claiming that he was otherwise occupied with a darts game and a haircut appointment. Mr. Trochym testified at trial that he had been attempting to "stall" until he could consult with counsel, but the Crown suggested to the jury that the appellant's post-offence conduct established that the

La voisine, M^{me} Haghnegahdar, a également déclaré au procès qu'elle avait vu l'appellant quitter l'appartement de M^{me} Hunter vers 15 h, le mercredi après-midi. Le ministère public estimait que ce témoignage était crucial et le juge du procès l'a qualifié d'important. Le ministère public a utilisé cet élément de preuve pour tenter d'établir que M. Trochym était retourné à l'appartement de M^{me} Hunter l'après-midi suivant le meurtre afin d'« arranger la scène » du crime. Le ministère public a soutenu qu'en enlevant certains effets personnels et en déplaçant le corps pour laisser croire à un meurtre à caractère sexuel, l'appellant avait cherché à détourner les soupçons. La thèse du ministère public était étayée par une preuve médico-légale selon laquelle la défunte avait été tuée très tôt le mercredi, mais on avait déplacé son corps environ huit à douze heures après le meurtre.

Un fait a joué un rôle capital en appel : la première fois qu'elle a parlé aux policiers, M^{me} Haghnegahdar a déclaré avoir vu l'appellant, non pas le mercredi, mais le *jeudi* après-midi. Ce n'est qu'après avoir été soumise à une séance d'hypnose, à la demande des policiers enquêteurs, que M^{me} Haghnegahdar a déclaré avoir vu l'accusé le mercredi après-midi.

L'appellant a nié être retourné à l'appartement de M^{me} Hunter, mais il a admis être entré dans l'immeuble le mercredi pour aller chercher sa voiture qui se trouvait dans le garage. Au soutien de son allégation, M. Trochym a présenté une preuve établissant qu'il était au travail à l'heure où le témoin prétend l'avoir vu quitter l'appartement de la défunte dans l'après-midi du mercredi. Le ministère public a soutenu que la preuve de l'appellant sur ce point avait été fabriquée, et que son comportement au cours des jours ayant suivi la découverte du corps de la défunte témoignait d'une conscience coupable. Convoqué à une deuxième rencontre avec la police, l'appellant a invoqué des excuses pour ne pas s'y présenter, prétextant un match de fléchettes et un rendez-vous chez le coiffeur. M. Trochym a déclaré au procès qu'il avait tenté de « gagner du temps » pour pouvoir consulter son avocat, mais le ministère public a indiqué au jury que le comportement de l'appellant après l'infraction démontrait

6

7

8

appellant had lied when he claimed he wanted to help officers with their investigation, and that this was evidence of consciousness of guilt, because the appellant was evading police. Although this evidence was admitted, the trial judge instructed the jury that it “would be completely wrong to draw any adverse inference against the [appellant] from his desire to stall for time because he wanted to consult with a lawyer” (A.R., at p. 3736).

9 Following a 14-week trial, Mr. Trochym was convicted of second degree murder on July 6, 1995. His appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed on July 5, 2004 ((2004), 71 O.R. (3d) 611). He applied for and was granted leave to appeal to this Court.

II. Decisions Below

10 The trial judge admitted Ms. Haghnegahdar’s post-hypnosis testimony and also admitted the “similar fact” evidence of Darlene Oliphant regarding the appellant’s conduct upon the termination of their relationship. The Ontario Court of Appeal declined to find that the trial judge had erred in allowing this evidence, and dismissed the appeal. MacPherson J.A., writing for the court, also rejected a number of other grounds of appeal that have been raised again before this Court. More specifically, he held that the trial judge had not erred in dealing with the appellant’s post-offence conduct, or with the Crown’s assertion that the appellant had concocted evidence to show that he could not be the person who had staged the crime scene. Nor, MacPherson J.A. held, had the Crown’s cross-examination of the appellant rendered the trial unfair.

11 For the purposes of this appeal, it will not be necessary to deal with all of the grounds of appeal. As I mentioned earlier, two issues, namely those concerning the post-hypnosis evidence and the purported similar fact evidence, are determinative. I will elaborate further on the reasoning of the Ontario Superior Court of Justice and the Ontario Court of Appeal in relation to those grounds of appeal.

que ce dernier avait menti en déclarant qu’il souhaitait aider les policiers dans leur enquête, et que cela témoignait d’une conscience coupable parce qu’il tentait d’échapper à la police. Même s’il a permis cette preuve, le juge du procès a indiqué au jury qu’il [TRADUCTION] « serait totalement incorrect de tirer une conclusion défavorable à [l’appellant] du fait qu’il souhaitait gagner du temps afin de consulter un avocat » (d.a., p. 3736).

Le 6 juillet 1995, à l’issue d’un procès qui a duré 14 semaines, M. Trochym a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Le 5 juillet 2004, la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté son appel ((2004), 71 O.R. (3d) 611). Il a demandé et obtenu l’autorisation de porter cette décision en appel devant notre Cour.

II. Les décisions des juridictions inférieures

Le juge du procès a permis que soient présentés le témoignage posthypnotique de M^{me} Haghnegahdar et la preuve de « faits similaires » offerte par Darlene Oliphant sur le comportement de l’appellant après la fin de leur relation. La Cour d’appel de l’Ontario a refusé de conclure que le juge du procès avait eu tort d’admettre ces éléments de preuve et a rejeté l’appel. Au nom de la cour, le juge MacPherson a également rejeté plusieurs autres moyens d’appel qui sont de nouveau soulevés devant notre Cour. Plus précisément, il a conclu que le juge du procès n’avait pas commis d’erreur relativement au comportement de l’appellant après l’infraction ni à la déclaration du ministère public portant que l’appellant avait fabriqué une preuve pour démontrer qu’il ne pouvait pas être la personne qui avait arrangé la scène du crime. Selon lui, le contre-interrogatoire de l’appellant par le ministère public n’avait pas non plus rendu le procès inéquitable.

Il n’est pas nécessaire d’examiner tous les moyens d’appel pour rendre une décision sur le pourvoi. Comme je l’ai mentionné précédemment, deux questions sont déterminantes, soit le témoignage posthypnotique et la prétendue preuve de faits similaires. J’examinerai de façon plus approfondie les motifs de la Cour supérieure de justice de l’Ontario et de la Cour d’appel de l’Ontario en ce qui concerne ces moyens d’appel.

III. Positions of the Parties in This Appeal

Mr. Trochym requests that his conviction for second degree murder be set aside and a new trial ordered. On the hypnosis issue, he advocates the automatic exclusion of such evidence. He also requests the Court to exclude the similar fact evidence. The Crown submits that none of the grounds of appeal warrant intervention and that the appeal should be dismissed. In the event that the trial judge erred, the Crown argues, this Court should apply the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The question before this Court, therefore, is whether the trial judge erred in conducting the appellant's trial and, if so, whether the evidence is so overwhelming that the error did not cause any "substantial wrong or miscarriage of justice".

IV. Analysis

A. Post-Hypnosis Evidence

I will begin by presenting a detailed summary of the facts relating to the use of hypnosis in this case and review the findings of the courts below. I will then determine whether this evidence is admissible in accordance with the test for novel scientific evidence set out in *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600, 2000 SCC 51. In view of my conclusion that post-hypnosis evidence is presumptively inadmissible for evidentiary purposes, I will then conclude by discussing whether the technique of hypnosis may be used in a more limited way.

(1) Summary of Facts on the Issue of Hypnosis

Police first interviewed Gity Haghnegahdar about the murder of Donna Hunter on Saturday, October 17, 1992, four days after the murder. At that time, Ms. Haghnegahdar told police officers that she had seen Mr. Trochym come out of Ms. Hunter's apartment on the afternoon of Thursday, October 15. When police investigators interviewed

III. Les positions des parties

M. Trochym demande l'annulation de sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et la tenue d'un nouveau procès. En ce qui concerne le recours à l'hypnose, il préconise l'exclusion automatique de ce type de témoignage. Il demande également à la Cour d'exclure la preuve de faits similaires. Le procureur général de l'Ontario soutient qu'aucun des moyens d'appel ne justifie l'intervention de la Cour et que le pourvoi devrait être rejeté. Si le juge du procès a commis une erreur, soutient le ministère public, la Cour devrait appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La Cour doit donc déterminer si le juge du procès a commis une erreur dans la conduite du procès de l'appellant et, dans l'affirmative, si la preuve est à ce point accablante que cette erreur n'a causé « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ».

IV. Analyse

A. Le témoignage posthypnotique

Je commencerai par un exposé détaillé des faits relatifs à l'utilisation de l'hypnose en l'espèce et j'examinerai les conclusions tirées par les juridictions inférieures. Je déterminerai ensuite si cette preuve est admissible selon le test applicable à la preuve reposant sur une science nouvelle établi dans *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51. Vu ma conclusion selon laquelle le témoignage posthypnotique est présumé inadmissible pour l'établissement de la preuve, je terminerai en abordant la question de savoir s'il est possible d'utiliser la technique de l'hypnose de manière plus limitée.

(1) Résumé des faits relatifs à la question de l'hypnose

La police a d'abord interrogé Gity Haghnegahdar au sujet du meurtre de Donna Hunter le samedi 17 octobre 1992, soit quatre jours après le crime. À ce moment, M^{me} Haghnegahdar a déclaré aux policiers avoir vu M. Trochym sortir de l'appartement de M^{me} Hunter dans l'après-midi du jeudi 15 octobre. Lorsque les policiers enquêteurs ont interrogé

12

13

14

the appellant, he claimed that the last time he had been in the apartment was in the early morning hours of Wednesday, October 14, but that he had returned to the building on Wednesday afternoon to retrieve his car. The building superintendent confirmed that he had spoken with the appellant on Wednesday afternoon and had let him into the underground garage. Another neighbour, Phyllis Humenick, also stated that she had seen Mr. Trochym in the building on Wednesday afternoon. The evidence given by Ms. Humenick at the preliminary hearing was read in at trial; she was unable to attend because of a mental health disorder.

15 Around this time, the police also learned from the autopsy that Ms. Hunter's body had been moved some eight to twelve hours after her death.

16 Police investigators determined that Ms. Haghnegahdar's information was very significant. If she was correct, then the appellant had lied to the police about not returning to the apartment. If she had mistaken the day, then Mr. Trochym may have been the one who moved the body. The police interviewed Ms. Haghnegahdar again on October 18. In this interview, the following exchange occurred about the timing of the sighting:

CLARKE: Now what makes you remember that this is Thursday?

HAGHNEGAHDAR: Because Friday ah I – I saw them a many times to ah together.

CLARKE: Yes.

HAGHNEGAHDAR: Because Friday my school friend came to my apartment, we had a coffee and she left.

CLARKE: Yes.

. . .

HAGHNEGAHDAR: That's why I say it's Thursday, I hope it wasn't Wednesday

l'appellant, celui-ci a prétendu être entré pour la dernière fois dans l'appartement très tôt le matin du mercredi 14 octobre, et être revenu chercher sa voiture dans l'immeuble le mercredi après-midi. Le gérant de l'immeuble a confirmé avoir parlé à l'appellant le mercredi après-midi et l'avoir laissé entrer dans le garage sous-terrain. Une autre voisine, Phyllis Humenick, a aussi déclaré avoir vu M. Trochym dans l'immeuble le mercredi après-midi. La déposition faite par M^{me} Humenick à l'enquête préliminaire a été lue au procès; elle n'a pas pu s'y présenter pour y témoigner en raison d'un problème de santé mentale.

À peu près au même moment, la police a pris connaissance des résultats de l'autopsie selon lesquels le corps de M^{me} Hunter avait été déplacé environ huit à douze heures après son décès.

Les policiers enquêteurs ont conclu que l'information fournie par M^{me} Haghnegahdar était très importante. Si elle disait vrai, l'appellant avait menti à la police en affirmant ne pas être retourné à l'appartement. Si elle s'était trompée de jour, il se pouvait que M. Trochym soit celui qui avait déplacé le corps. Les policiers ont interrogé M^{me} Haghnegahdar de nouveau le 18 octobre. Au cours de cet entretien, les propos suivants ont été échangés au sujet du moment où elle avait vu l'accusé :

[TRADUCTION]

CLARKE : Qu'est-ce qui vous fait croire que c'est jeudi?

HAGHNEGAHDAR : Parce que vendredi, euh, j'ai – je les ai vus plusieurs fois, euh, ensemble.

CLARKE : Oui.

HAGHNEGAHDAR : Parce que vendredi, ma compagne de classe est venue à mon appartement, nous avons pris un café et elle est partie.

CLARKE : Oui.

. . .

HAGHNEGAHDAR : C'est pour ça que je dis que c'est jeudi, j'espère que ce n'était pas

- because ah I think it was Thursday, yeah.
- CLARKE: That's – that's what really I'm – I'm asking ah why you remember it's Thursday ah you're definite it wasn't Friday?
- HAGHNEGAHDAR: Oh.
- CLARKE: What – what –
- HAGHNEGAHDAR: (Inaudible).
- CLARKE: – are the possibilities that it was Wednesday, is there any possibility, can you remember what you did on Wednesday?
- HAGHNEGAHDAR: Wednesday? I don't remember Wednesday very well but I remember Friday, I remember a little bit of Thursday.
- CLARKE: Okay.
- HAGHNEGAHDAR: I don't remember Wednesday because I don't remember what did – what did I do at Wednesday. Often I came home after school. Sometimes I go to the library.
- CLARKE: Yeah.
- HAGHNEGAHDAR: And most of time ah the Thursday I came straight home and I – I came home to my apartment (inaudible).
- . . .
- HAGHNEGAHDAR: I think [it] was Thursday, yes.
(A.R., at pp. 3946-48)
- mercredi parce que, euh, je crois que c'était jeudi, oui.
- CLARKE : C'est – c'est précisément ce que je – je vous demande, euh, pourquoi vous croyez que c'est jeudi, euh, êtes-vous certaine que ce n'était pas vendredi?
- HAGHNEGAHDAR : Oh.
- CLARKE : Quelles – quelles –
- HAGHNEGAHDAR : (Inaudible).
- CLARKE : – sont les possibilités que ce soit mercredi, est-ce possible, pouvez-vous vous rappeler ce que vous avez fait mercredi?
- HAGHNEGAHDAR : Mercredi? Je ne me rappelle pas très bien de mercredi, mais je me rappelle de vendredi et un peu de jeudi.
- CLARKE : Bien.
- HAGHNEGAHDAR : Je ne me souviens pas de mercredi parce que je ne me souviens pas de ce que j'ai – de ce que j'ai fait mercredi. Souvent, je rentre à la maison après les cours. Parfois, je vais à la bibliothèque.
- CLARKE : Bien.
- HAGHNEGAHDAR : Et la plupart du temps, euh, le jeudi je rentre directement à la maison et je – je suis rentrée à mon appartement (inaudible).
- . . .
- HAGHNEGAHDAR : Je crois que c'était jeudi, oui.
(D.A., p. 3946-3948)

Following this interview, the police asked Ms. Haghnegahdar on November 4 to undergo hypnosis in order to improve her memory, and she agreed to do so. She was not given any further information by the police.

Ms. Haghnegahdar was hypnotized by Dr. George Matheson on November 8, 1992. At that time, Dr. Matheson was a registered psychologist with over 20 years experience who had previously

À la suite de cet interrogatoire, soit le 4 novembre, les agents ont demandé à M^{me} Haghnegahdar de se soumettre à une séance d'hypnose afin de se rafraîchir la mémoire, ce qu'elle a accepté. Les policiers ne lui ont donné aucune autre information.

M^{me} Haghnegahdar a été hypnotisée par M. George Matheson le 8 novembre 1992. À cette époque, M. Matheson était psychologue agréé et comptait plus de 20 ans d'expérience. Il avait déjà

interviewed witnesses both for the Crown and for defence counsel.

18 While under hypnosis, Ms. Haghnegahdar said that she remembered seeing the appellant exit the deceased's apartment at around 3:00 p.m., after she came home from school. She related this sighting to the fact that her daughter had had a piano lesson, and that the piano lessons were on Wednesdays. During a post-hypnosis interview with the police, Ms. Haghnegahdar adopted these memories, stating that she must have seen the appellant on Wednesday afternoon. Ms. Haghnegahdar also provided further detail about the jacket the accused was wearing when she saw him, saying that it was a leather jacket or a windbreaker. In the hypnosis session, the hypnotist had asked the following question about the jacket the man was wearing: "Is it a sports jacket or windbreaker [or] what?"

19 At trial, Ms. Haghnegahdar testified that she had seen the appellant leaving Ms. Hunter's apartment at around 3:00 p.m. on Wednesday afternoon. The jurors were not informed that Ms. Haghnegahdar had been hypnotized, that she had initially told police she saw the appellant on Thursday, nor did they hear expert evidence on the reliability of post-hypnosis testimony.

(2) Decisions of the Courts Below on the Issue of Post-Hypnosis Testimony

20 Mr. Trochym objected to the admissibility of Ms. Haghnegahdar's post-hypnosis "memories". On April 5, 1995, after a lengthy *voir dire* at which the evidence of three expert witnesses was considered, the trial judge held that the post-hypnosis evidence was admissible and that it would be for the jury to determine the weight it was to be given. In particular, the trial judge found that the hypnotist, Dr. Matheson, had substantially complied with the guidelines set out by the Alberta Court of Queen's Bench in *R. v. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117, which had been adopted in a number of Ontario decisions. In summarizing the expert testimony, the trial judge noted that hypnosis may increase the number of details recalled, but that the "recovered

interrogé des témoins tant pour la poursuite que pour la défense.

Pendant qu'elle était sous hypnose, M^{me} Haghnegahdar a dit qu'elle se souvenait avoir vu l'appellant sortir de l'appartement de la défunte vers 15 h, après son retour de l'école. Elle a rattaché ce souvenir visuel au cours de piano que sa fille suivait le mercredi. Interrogée par la police après la séance d'hypnose, M^{me} Haghnegahdar a adopté cette version, concluant qu'elle avait forcément vu l'appellant le mercredi après-midi. Elle a également donné d'autres détails sur la veste que portait l'accusé à ce moment, affirmant qu'il s'agissait d'une veste de cuir ou d'un coupe-vent. Pendant la séance d'hypnose, l'hypnologue lui avait posé des questions au sujet de la veste que l'homme portait et lui avait demandé : [TRADUCTION] « S'agit-il d'un veston sport, d'un coupe-vent [ou] d'un autre genre de veste? »

Au procès, M^{me} Haghnegahdar a déclaré avoir vu l'appellant quitter l'appartement de M^{me} Hunter vers 15 h le mercredi. Les jurés n'ont pas été informés du fait que M^{me} Haghnegahdar avait été hypnotisée, ni qu'elle avait initialement dit aux policiers avoir vu l'appellant le jeudi, et ils n'ont pas non plus entendu de témoignage d'expert sur la fiabilité d'un témoignage posthypnotique.

(2) Les décisions des juridictions inférieures sur le témoignage posthypnotique

M. Trochym a contesté l'admissibilité des « souvenirs » posthypnotiques de M^{me} Haghnegahdar. Le 5 avril 1995, à l'issue d'un long *voir-dire* au cours duquel trois experts ont témoigné, le juge du procès a statué que le témoignage posthypnotique de M^{me} Haghnegahdar était admissible et qu'il appartenait au jury de décider du poids à lui accorder. En particulier, le juge du procès a estimé que l'hypnologue, M. Matheson, s'était conformé en substance aux lignes directrices énoncées par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans *R. c. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117, puis reprises dans de nombreux jugements ontariens. Dans son résumé du témoignage des experts, le juge du procès a noté que l'hypnose peut rappeler à la mémoire un plus grand

memories” may or may not be accurate (A.R., at p. 30). Rather than excluding the post-hypnosis evidence, the trial judge observed, where the evidence sought to be introduced is from a witness other than the accused, “it is necessary for the Court to embark upon the process of weighing the probative value of the evidence against the potential for prejudice, but always with the presumption being in favour of admissibility subject to weight” (A.R., at p. 25).

Following this ruling, and in view of the evidence that the jury might have an unjustified faith in post-hypnosis memory, counsel for Mr. Trochym entered into an agreement with the Crown that the defence would not cross-examine Ms. Haghnegahdar on her previous inconsistent statements to police (i.e. that she had seen the appellant on Thursday) if the Crown in turn refrained from mentioning that Ms. Haghnegahdar had undergone hypnosis. The trial judge accepted this agreement and the jurors were thus unaware that Ms. Haghnegahdar had been hypnotized, that her recollection had changed and that there had been some disagreement among the expert witnesses regarding the reliability of post-hypnosis memories.

Writing for the Ontario Court of Appeal, MacPherson J.A. declined to categorically exclude all post-hypnosis evidence. He concluded that post-hypnosis evidence ought to be dealt with on a case-by-case basis and held that, in the instant case, the trial judge had properly exercised his discretion to admit the evidence.

The appellant further argued in the Court of Appeal that the trial judge had erred in giving effect to the agreement between the parties that the defence would not cross-examine Ms. Haghnegahdar on her prior inconsistent statements if the Crown refrained from disclosing to the jury the fact that she had been hypnotized. MacPherson J.A. disagreed, holding that the agreement was a tactical decision and that the appellant could not now take issue with it.

nombre de détails, mais que les [TRADUCTION] « souvenirs ravivés » peuvent être aussi bien exacts qu’inexactes (d.a., p. 30). Il a souligné que, lorsque le témoignage posthypnotique proposé n’est pas celui de l’accusé, plutôt que de l’exclure, [TRADUCTION] « le tribunal doit procéder à l’appréciation de la valeur probante du témoignage en regard du préjudice qu’il peut causer, mais toujours en le présument admissible sous réserve du poids à lui accorder » (d.a., p. 25).

À la suite de cette décision, et compte tenu de la preuve démontrant que le jury pourrait ajouter une foi injustifiée aux souvenirs posthypnotiques, l’avocat de M. Trochym a convenu avec le ministère public que la défense ne contre-interrogerait pas M^{me} Haghnegahdar sur ses déclarations antérieures contradictoires à la police (p. ex. qu’elle avait vu l’appelant le jeudi) si, en retour, le ministère public s’abstenait de mentionner que M^{me} Haghnegahdar avait été soumise à l’hypnose. Le juge du procès a accepté cette entente des parties. Les jurés n’ont donc pas su que M^{me} Haghnegahdar avait été hypnotisée, que son souvenir avait changé et que les témoins experts divergeaient d’opinion sur la question de la fiabilité des souvenirs posthypnotiques.

S’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, le juge MacPherson a refusé d’exclure catégoriquement tous les témoignages posthypnotiques. Il a conclu que les témoignages posthypnotiques devaient être traités au cas par cas et que le juge du procès en l’espèce avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire d’admettre cet élément de preuve.

L’appelant a de plus soutenu devant la Cour d’appel que le juge du procès avait eu tort de donner effet à l’entente conclue entre les parties selon laquelle la défense ne contre-interrogerait pas M^{me} Haghnegahdar sur ses déclarations antérieures contradictoires si le ministère public s’abstenait de révéler aux jurés qu’elle avait été hypnotisée. Le juge MacPherson n’était pas de cet avis, statuant que l’entente participait d’une décision tactique et que l’appelant ne pouvait maintenant la contester.

21

22

23

(3) Analysis on the Issue of Post-Hypnosis Testimony

24

This case represents the first opportunity this Court has had to consider the admissibility of post-hypnosis evidence. The Court's framework for assessing novel science ensures that only scientific opinions based on a reliable foundation are put to the trier of fact (*J.-L.J.*, at para. 33), and the same principle applies to scientific techniques. Just as financial results contained in a report must be found to be prepared on the basis of a technique that has a reliable scientific foundation, post-hypnosis memories must be demonstrated to be sufficiently reliable before being put to the trier of fact. The "gatekeeper function" of the courts referred to in *J.-L.J.* (at para. 1) is thus as important when facts extracted through the use of a scientific technique are put to the jury as when an opinion is put to the jury through an expert who bases his or her conclusions on a scientific technique. As I will explain, the trial judge's error was to assume that post-hypnosis evidence is admissible provided that the *Clark* guidelines are followed. This is an error, both because the *Clark* guidelines themselves are insufficient and because post-hypnosis evidence does not meet the requirements of *J.-L.J.* I will consider both these points in turn.

(a) *Problems With the Clark Guidelines*

25

In the case at bar, the trial judge assessed the reliability of the post-hypnosis evidence based on the factors set out in *Clark*. In that case, the accused was charged with two counts of first degree murder. He had no memory of the events until he was hypnotized. While there was no dispute that the accused had committed the acts with which he was charged, the issue at trial was his intent and mental capacity at the relevant time. Wachowich J. noted concerns regarding the use of hypnosis, but concluded that it would only be in an "extraordinary case" that a court would preclude a witness from testifying after having his or her memory stimulated by hypnosis

(3) Analyse de la question du témoignage post-hypnotique

C'est la première fois que la Cour a l'occasion de se prononcer sur l'admissibilité d'un témoignage posthypnotique. Le cadre d'analyse que la Cour utilise pour évaluer une science nouvelle garantit que seules les opinions scientifiques reposant sur un fondement fiable soient présentées au juge des faits (*J.-L.J.*, par. 33). Le même principe s'applique aux techniques scientifiques. Tout comme les résultats financiers contenus dans un rapport doivent être préparés à l'aide d'une technique qui repose sur un fondement scientifique fiable, il faut démontrer que les souvenirs posthypnotiques sont suffisamment fiables avant qu'ils soient soumis au juge des faits. La « fonction de gardien » des tribunaux, mentionnée dans *J.-L.J.* (par. 1), est donc aussi importante lorsque les faits soumis au jury sont issus de l'application d'une technique scientifique que lorsqu'une opinion lui est soumise par un expert qui s'appuie sur une technique scientifique. Comme je l'expliquerai, le juge du procès a commis une erreur en tenant pour acquis que le témoignage posthypnotique était admissible si les lignes directrices énoncées dans *Clark* étaient respectées. Il s'agit d'une erreur à la fois parce que ces lignes directrices ne suffisent pas et parce que le témoignage posthypnotique ne satisfait pas aux conditions établies dans *J.-L.J.* J'examinerai ces deux points tour à tour.

a) *Les problèmes que posent les lignes directrices établies dans Clark*

En l'espèce, le juge du procès a évalué la fiabilité du témoignage posthypnotique en s'appuyant sur les facteurs énumérés dans *Clark*. Dans cette affaire, l'accusé devait répondre à deux accusations de meurtre au premier degré. Avant d'être hypnotisé, il ne se souvenait pas de ce qui s'était passé. Il était acquis que l'accusé avait commis les actes pour lesquels il était inculpé. Le procès portait donc plutôt sur son intention et sa capacité mentale au moment de ces actes. Le juge Wachowich a mentionné certaines préoccupations concernant le recours à l'hypnose, mais il a conclu qu'un tribunal n'empêcherait une personne de témoigner après que

(p. 123). However, he held that “the content of the hypnosis session is a proper subject for inquiry at the trial because it bears heavily on the credibility of the witness and the weight to be given his evidence” (p. 124). To this end, Wachowich J. set out a number of principles that should guide a hypnotist during a hypnosis session. These guidelines, he observed, would improve the reliability of evidence obtained under hypnosis.

Drawn from the American cases of *State v. Hurd*, 414 A.2d 291 (N.J. Sup. Ct. 1980), and *People v. McDowell*, 427 N.Y.S.2d 181 (Sup. Ct. 1980), the *Clark* guidelines are as follows (*Clark*, at p. 125):

- (1) The person conducting the hypnotic interview should be a qualified professional
- (2) The hypnotist must be independent of the party who requires his services. . . .
- (3) The hypnotist should be given only the minimum amount of information necessary to conduct the interview. . . .
- (4) The entire interview between the hypnotist and the potential witness should be recorded preferably on video tape
- (5) The interview should be conducted with only the hypnotist and the subject present. . . .
- (6) Prior to the actual hypnosis of the subject, the hypnotist should conduct a lengthy interview of the subject to determine his medical history including information about the present or past use of drugs. . . .
- (7) Prior to hypnosis, the hypnotist should elicit from the subject a detailed description of the facts surrounding the subject-matter of the hypnosis session, as the subject is able to recall them at that point in time.
- (8) The hypnotist should pay careful attention to the form and manner of his questions, the choice of his words and the avoidance of body language so that he is not either intentionally or inadvertently providing the subject with information.

The *Clark* test has been adopted by a number of courts in Canada (see, e.g., *R. v. Bernier*, [2004]

sa mémoire eut été stimulée par l’hypnose que dans un [TRADUCTION] « cas exceptionnel » (p. 123). Il a toutefois estimé que « le déroulement d’une séance d’hypnose peut très bien faire l’objet d’une enquête au procès, parce que cet aspect pèse lourd sur la crédibilité du témoin et sur l’importance à accorder à son témoignage » (p. 124). À cette fin, le juge Wachowich a énoncé un certain nombre de principes devant servir à guider l’hypnologue pendant une séance d’hypnose. Ces lignes directrices, a-t-il fait remarquer, devraient accroître la fiabilité des témoignages obtenus sous hypnose.

Inspirées des décisions américaines *State v. Hurd*, 414 A.2d 291 (N.J. Sup. Ct. 1980), et *People v. McDowell*, 427 N.Y.S.2d 181 (Sup. Ct. 1980), les lignes directrices établies dans *Clark* sont les suivantes (*Clark*, p. 125) :

[TRADUCTION]

- (1) La personne qui conduit la séance d’hypnose devrait être un professionnel qualifié
- (2) L’hypnologue devrait être indépendant de la partie qui requiert ses services. . . .
- (3) L’hypnologue ne devrait recevoir que le minimum d’information nécessaire pour conduire la séance d’hypnose. . . .
- (4) Toute l’entrevue entre le sujet et l’hypnologue devrait être enregistrée, de préférence sur bande-vidéo
- (5) Seuls le sujet et l’hypnologue devraient être présents lors de l’entrevue. . . .
- (6) L’hypnologue devrait, avant la séance, interroger le sujet pour connaître ses antécédents médicaux, y compris sa consommation de drogues, actuelle ou passée. . . .
- (7) Avant de placer le sujet en état d’hypnose, l’hypnologue devrait lui demander une description détaillée des faits sur lesquels porte la séance, comme il se les rappelle à ce moment.
- (8) L’hypnologue devrait porter une attention particulière à la façon dont il pose ses questions, aux mots qu’il choisit et à son langage corporel, pour éviter de transmettre des renseignements au sujet, intentionnellement ou par inadvertance.

Le test établi dans *Clark* a depuis été adopté par de nombreux tribunaux au Canada (voir p. ex.

Q.J. No. 11567 (QL) (Sup. Ct.); *R. v. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL) (Gen. Div.); *R. v. O'Brien* (1992), 117 N.S.R. (2d) 48 (S.C. App. Div.); and *R. v. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL) (S.C.).

R. c. Bernier, [2004] J.Q. n° 11567 (QL) (C.S.); *R. c. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL) (Div. gén.); *R. c. O'Brien* (1992), 117 N.S.R. (2d) 48 (C.S., Div. app.); et *R. c. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL) (C.S.).

27

The guidelines are intended to limit the possibility of a hypnotist influencing, inadvertently or not, the persons being hypnotized, thereby tainting the witness's evidence. While they play an important role in limiting the possible exertion of influence during a hypnosis session, the guidelines are problematic in that they are based on an assumption that the underlying science of hypnosis is itself reliable in the context of judicial proceedings. Reliability is an essential component of admissibility. Whereas the degree of reliability required by courts may vary depending on the circumstances, evidence that is not sufficiently reliable is likely to undermine the fundamental fairness of the criminal process.

Ces lignes directrices visent à limiter les possibilités qu'un hypnologue puisse influencer le sujet, par inadvertance ou non, et qu'il contamine ainsi son témoignage. Bien qu'elles jouent un rôle important pour limiter l'influence qui peut s'exercer au cours d'une séance d'hypnose, ces lignes directrices posent néanmoins problème en ce qu'elles reposent sur la présomption que la science même de l'hypnose est fiable dans le contexte judiciaire. La fiabilité est un élément essentiel de l'admissibilité. Bien que le degré de fiabilité requis par les tribunaux puisse varier selon les circonstances, une preuve qui n'est pas suffisamment fiable risque de compromettre l'équité fondamentale du processus pénal.

28

The probative value of post-hypnosis memories cannot be assessed without also inquiring into the reliability of the scientific technique that enabled them to arise. This concern was highlighted in *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, in which the Quebec Court of Appeal held that the trial judge had erred in not allowing the defence to challenge the reliability of hypnosis on *voir dire*. Proulx J.A., writing for the court, stated the following at p. 22:

Or, l'on ne saurait apprécier la valeur probante d'un souvenir posthypnotique sans également vérifier la fiabilité de la technique scientifique qui l'a fait resurgir. La Cour d'appel du Québec l'a souligné dans l'affaire *R. c. Taillefer*, [1995] A.Q. n° 496 (QL), où elle a statué que le juge du procès avait eu tort d'empêcher la défense de contester la fiabilité de l'hypnose dans le cadre d'un voir-dire. Le juge Proulx, s'exprimant au nom de la cour, a dit, au par. 61 :

[TRANSLATION] [H]ypnosis employed as a technique to stimulate memory even today raises serious questions about its reliability [and] the appellants' objections as to the reliability of the method and the qualifications of the police officer offered as an expert should not have been dismissed, from the very outset, solely on the ground that this method has been accepted by some Canadian courts.

... l'hypnose employée comme technique de stimulation de la mémoire soulève même aujourd'hui de sérieuses questions sur sa fiabilité [et] les objections des appelants à la fiabilité de la méthode et aux qualifications du policier proposé comme expert ne pouvaient être rejetées, au préalable, sur la seule base de l'acceptation de cette méthode par certains tribunaux canadiens.

Although Proulx J.A. declined to make a finding on the reliability of hypnosis in the judicial context because insufficient evidence had been submitted at trial, he noted that as a result of *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, [TRANSLATION] "[the] admissibility or . . . validity of scientific evidence based on a theory which has not yet been widely accepted,

Bien que le juge Proulx ait refusé de se prononcer sur la fiabilité de l'hypnose dans le contexte judiciaire, en raison de l'insuffisance de la preuve présentée au procès, il a fait remarquer que, par suite de l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, « la recevabilité ou la validité d'une preuve scientifique qui se fonde sur une théorie non encore bien acceptée

or the accuracy of which has not been determined, is now subject to a threshold test of reliability” (*Taillefer*, at p. 21).

It should be noted that *Hurd*, which formed the basis for the *Clark* guidelines, has come to be revisited, in part as a result of the views expressed since then by Dr. Martin Orne, whose expert testimony had played a central role in that case. Dr. Orne subsequently warned that “hypnotically induced memories should *never* be permitted to form the basis for testimony by witnesses or victims in a court of law”: *Burrall v. State*, 724 A.2d 65 (Md. 1999), at p. 81 (emphasis in original). He was of the view that “there is a considerable risk that the inherent unreliability of information confidently provided by a hypnotized witness may actually be detrimental to the truth-seeking process” (*State v. Moore*, 902 A.2d 1212 (N.J. 2006), at p. 1228). After reconsidering the inherent unreliability of post-hypnosis testimony, New Jersey joined the 26 states in the United States that limit the admissibility of post-hypnosis testimony. In New Jersey, post-hypnosis testimony is now generally inadmissible in a criminal trial (*Moore*, at p. 1213).

Since the *Clark* guidelines are derived from Dr. Orne’s testimony in *Hurd*, it would be disturbing for this Court to blind itself to the subsequent developments in the American cases. With the basic reliability of post-hypnosis evidence increasingly in question, judicial approaches to such evidence have tended to shift from an assessment of the *weight* to be attributed to post-hypnosis testimony to whether it should even be admissible.

(b) *The Court’s Approach to Evidence Involving Science*

Not all scientific evidence, or evidence that results from the use of a scientific technique, must be screened before being introduced into evidence. In some cases, the science in question is so well established that judges can rely on the fact that

ou dont l’exactitude n’est pas consacrée, est maintenant soumise à un critère préliminaire de fiabilité » (*Taillefer*, par. 59).

Soulignons que l’arrêt *Hurd*, sur lequel reposent les lignes directrices énoncées dans *Clark*, a été réexaminé récemment, en partie en raison des opinions exprimées depuis par le D^r Martin Orne, dont le témoignage d’expert avait joué un rôle primordial dans cette affaire. Ultérieurement, le D^r Orne a fait la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « un témoin ou une victime *ne* devrait *jamais* être autorisé à faire, devant une cour de justice, une déposition qui repose sur des souvenirs induits par hypnose » : *Burrall c. State*, 724 A.2d 65 (Md. 1999), p. 81 (en italique dans l’original). À son avis, [TRADUCTION] « il existe un très grand risque que la non-fiabilité inhérente d’un renseignement fourni avec assurance par un témoin hypnotisé puisse nuire au processus de recherche de la vérité » (*State c. Moore*, 902 A.2d 1212 (N.J. 2006), p. 1228). Après avoir réévalué le manque de fiabilité inhérent au témoignage posthypnotique, le New Jersey s’est rallié aux 26 États américains qui en limitent l’admissibilité. Au New Jersey, les témoignages posthypnotiques sont maintenant généralement inadmissibles dans un procès criminel (*Moore*, p. 1213).

Puisque les lignes directrices établies dans *Clark* découlent des témoignages présentés par le D^r Orne dans l’affaire *Hurd*, il serait troublant que la Cour ferme les yeux sur l’évolution subséquente de la jurisprudence américaine. La fiabilité fondamentale des témoignages posthypnotiques étant de plus en plus remise en question, les tribunaux tendent à modifier leur approche à leur égard, en s’interrogeant sur leur admissibilité même, plutôt que d’apprécier le *poids* à leur accorder comme ils le faisaient auparavant.

b) *Le traitement judiciaire de la preuve qui repose sur la science*

Il n’est pas toujours nécessaire de réévaluer le fondement scientifique d’un élément de preuve, ni le recours à une technique scientifique donnée, avant que les éléments qui en ressortent soient produits en preuve. Dans certains cas, la science en

29

30

31

the admissibility of evidence based on it has been clearly recognized by the courts in the past. Other cases may not be so clear. Like the legal community, the scientific community continues to challenge and improve upon its existing base of knowledge. As a result, the admissibility of scientific evidence is not frozen in time.

32

While some forms of scientific evidence become more reliable over time, others may become less so as further studies reveal concerns. Thus, a technique that was once admissible may subsequently be found to be inadmissible. An example of the first situation, where, upon further refinement and study, a scientific technique becomes sufficiently reliable to be used in criminal trials, is DNA matching evidence, which this Court recognized in *R. v. Terceira*, [1999] 3 S.C.R. 866. An example of the second situation, where a technique that has been employed for some time comes to be questioned, is so-called “dock”, or in-court, identification evidence. In *R. v. Hibbert*, [2002] 2 S.C.R. 445, 2002 SCC 39, at para. 50, Arbour J., writing for the majority, stated that despite its longstanding use, dock identification is almost totally unreliable. Therefore, even if it has received judicial recognition in the past, a technique or science whose underlying assumptions are challenged should not be admitted in evidence without first confirming the validity of those assumptions.

33

The concerns raised in *Taillefer* and *Moore* are thus relevant to the instant case and coincide with a more general issue recently considered by this Court. Since *Clark*, this Court has had the opportunity to consider the admission of novel science in courtrooms. In *J.-L.J.*, it built on *Mohan* to develop the test governing the admissibility of such evidence. Under this test, a party wishing to rely on novel scientific evidence must first establish that the underlying science is sufficiently reliable to be admitted in a court of law. This is particularly important where, as here, an accused person’s liberty is at stake. Even though the use of expert

cause est tellement bien établie que les juges peuvent s’en remettre au fait que les tribunaux ont déjà clairement reconnu que la preuve fondée sur cette science est admissible. D’autres cas peuvent être plus compliqués. Tout comme la communauté juridique, la communauté scientifique remet en question et améliore sans cesse ses connaissances fondamentales. L’admissibilité de la preuve scientifique n’est pas figée dans le temps.

Bien que certaines formes de preuve scientifique gagnent en fiabilité avec le temps, d’autres peuvent reculer en raison de problèmes mis au jour par de nouvelles études. Ainsi, une technique qui a déjà été admissible peut un jour être jugée inadmissible. À titre d’exemple de technique scientifique qui, après s’être raffinée et avoir été étudiée de façon plus approfondie, est devenue suffisamment fiable pour être utilisée dans les procès criminels, citons l’analyse de l’empreinte génétique, que la Cour a reconnue dans *R. c. Terceira*, [1999] 3 R.C.S. 866. À l’inverse, l’identification de l’accusé à l’audience est un exemple de technique employée depuis longtemps qui est maintenant remise en question. Dans *R. c. Hibbert*, [2002] 2 R.C.S. 445, 2002 CSC 39, par. 50, la juge Arbour a affirmé, au nom de la majorité, que l’identification de l’accusé à l’audience, bien qu’utilisée depuis longtemps, est pratiquement dénuée de toute fiabilité. Par conséquent, une technique ou une science dont les prémisses sont contestées ne doit pas être admise en preuve sans appréciation préalable de la validité de ces prémisses, même si cette technique ou cette science a déjà été reconnue par les tribunaux.

Les problèmes soulevés dans *Taillefer* et *Moore* sont donc pertinents en l’espèce et coïncident avec une question plus générale que notre Cour a récemment examinée. Depuis l’affaire *Clark*, la Cour a eu l’occasion de se prononcer sur l’admission en preuve d’une science nouvelle. Dans *J.-L.J.*, elle s’est basée sur l’arrêt *Mohan* pour préciser le test régissant l’admissibilité de ce type de preuve. Selon ce test, la partie qui souhaite présenter une preuve reposant sur une science nouvelle doit d’abord démontrer que cette science est suffisamment fiable pour être admise devant une cour de justice. Cette étape est particulièrement importante lorsque, comme

testimony was not in itself at issue in the present case — this appeal concerns the application of a scientific technique to the testimony of a lay witness — the threshold reliability of the technique, and its impact on the testimony, remains crucial to the fairness of the trial.

The central concern in *Mohan* was that scientific evidence be carefully scrutinized because, in Sopinka J.'s words, “[d]ressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves” (p. 21). The situation in the case at bar is similar in that the evidence reveals a risk that post-hypnotic memories may be given more weight than they should. In *J.-L.J.*, the Court went a step further, establishing a framework for assessing the reliability of novel science and, consequently, its admissibility in court.

In the instant case, the appellant questioned the admissibility of the post-hypnosis testimony, and several experts gave evidence of differences of opinion on the use of hypnosis in the judicial context. The technique therefore needs to be assessed based on the existing legal standards for criminal trials.

In *J.-L.J.*, Binnie J. explained that Canadian courts require a “reliable foundation” for novel science to be admissible as evidence at trial. Drawing on the American case of *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), he observed that reliability can be evaluated on the basis of four factors (*J.-L.J.*, at para. 33):

(1) whether the . . . technique can be and has been tested[;]

dans le présent pourvoi, la liberté de l'accusé est en jeu. Bien que le recours à un témoignage d'expert ne soit pas en cause en l'espèce — le pourvoi vise plutôt le témoignage d'un témoin profane dont la déposition découle de l'application d'une technique scientifique — le seuil de fiabilité de cette technique et son incidence sur le témoignage subséquent revêtent une importance tout aussi cruciale pour l'équité du procès.

La principale préoccupation de la Cour dans *Mohan* était de s'assurer que la preuve scientifique soit soumise à un examen attentif parce que, pour reprendre les termes du juge Sopinka, « [e]xprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infallible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite » (p. 21). Il en est de même en l'espèce, où la preuve a révélé qu'un poids démesuré risque d'être accordé aux souvenirs posthypnotiques. Dans *J.-L.J.*, la Cour est allée plus loin en établissant un cadre permettant d'apprécier la fiabilité d'une science nouvelle et, par le fait même, de déterminer si elle est admissible devant les tribunaux.

Dans l'affaire qui nous est soumise, l'appelant a contesté l'admissibilité du témoignage posthypnotique et plusieurs témoins experts ont exprimé des opinions différentes sur l'utilisation de l'hypnose dans le contexte judiciaire. Cette technique doit donc être évaluée selon les normes juridiques qui prévalent en matière criminelle.

Dans *J.-L.J.*, le juge Binnie a expliqué que les tribunaux canadiens exigent un « fondement fiable » pour qu'une science nouvelle puisse être admise en preuve. Se fondant sur l'arrêt américain *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), il a dit que la fiabilité pouvait s'apprécier en fonction de quatre facteurs (*J.-L.J.*, par. 33) :

(1) . . . la technique peut-elle être vérifiée et l'a-t-elle été?

34

35

36

(2) whether the . . . technique has been subjected to peer review and publication[;]

. . . .

(3) the known or potential rate of error . . . ; and,

(4) whether the theory or technique used has been generally accepted . . .

(2) . . . la technique a-t-elle fait l'objet d'un contrôle par des pairs et d'une publication?

. . . .

(3) le taux connu ou potentiel d'erreur [. . .]

(4) la théorie ou la technique est-elle généralement acceptée?

37

These factors can be used to determine the reliability of post-hypnosis evidence. *J.-L.J.* is particularly helpful for the purpose of drawing a distinction between the efficacy of hypnosis as a therapeutic tool and its utility as a forensic tool. As Binnie J. observed, techniques that are sufficiently reliable for therapeutic purposes are not necessarily sufficiently reliable for use as evidence in a court of law where an accused's liberty is at stake (para. 35). Ironically, it appears that one of the very characteristics that make the use of hypnosis reliable in a therapeutic context — the fact that both mental and physical perceptions are highly malleable under hypnosis — is a source of concern where hypnosis is used for evidentiary purposes and accordingly renders its use for forensic purposes suspect.

(i) Can the Technique Be Tested and Has It Been Tested?

38

Numerous references were made at trial and before this Court to studies on the use of hypnosis and to opinions of experts in the field. What is apparent from these sources is that the accuracy and effect of hypnosis are difficult to assess. While some laboratory studies suggest that hypnosis is not particularly effective in increasing the accuracy of memories, this may be a result of the laboratory setting itself. As Dr. Matheson, the Crown's expert, explained, what makes memories memorable are the emotional associations that give them meaning. Laboratory studies are largely abstract, and lack the emotional quality or meaning that normally attaches to "real life" memories (A.R., at pp. 559-60). The findings of laboratory studies may not, therefore, be particularly applicable to the area of forensic hypnosis. However, it is significant that, despite their disagreement on other issues, all

Ces facteurs peuvent servir à apprécier la fiabilité du témoignage posthypnotique. L'arrêt *J.-L.J.* est plus particulièrement utile pour mettre en relief la différence entre l'efficacité de l'hypnose comme outil thérapeutique et son utilité en criminalistique. Comme le signale le juge Binnie, certaines techniques, qui sont suffisamment fiables à des fins thérapeutiques, ne sont pas nécessairement assez fiables pour servir en preuve devant une cour de justice lorsque la liberté d'un accusé est en jeu (par. 35). Ironiquement, l'une des caractéristiques mêmes qui confèrent sa fiabilité à l'hypnose dans un contexte thérapeutique — le fait que les perceptions mentales et physiques d'un sujet sous hypnose soient très malléables — est justement ce qui pose problème lorsque l'hypnose est utilisée pour fins de preuve et rend suspecte son utilisation à des fins judiciaires.

(i) La technique peut-elle être vérifiée et l'a-t-elle été?

À de nombreuses reprises au cours du procès et devant la Cour, des études sur l'utilisation de l'hypnose et des opinions d'experts en la matière ont été citées. Il ressort de ces sources qu'il est difficile d'apprécier la fiabilité et les effets de l'hypnose. Si certaines études en laboratoire indiquent que l'hypnose n'est pas particulièrement efficace pour accroître la précision des souvenirs, cette inefficacité pourrait être due à l'environnement expérimental proprement dit. Comme l'a expliqué M. Matheson, qui a témoigné pour le ministère public, ce qui rend les souvenirs mémorables, ce sont les liens émotifs qui leur donnent un sens. Les études faites en laboratoire sont généralement abstraites et dépourvues de l'aspect émotif ou du sens qui se rattachent normalement aux souvenirs « réels » (d.a., p. 559-560). Il se pourrait donc que les conclusions auxquelles elles arrivent sur

the experts in this case testified that while hypnosis can result in the subject's remembering a larger number of details, these will include both accurate and inaccurate information.

(ii) Has the Technique Been Subjected to Peer Review and Publication?

As noted, hypnosis is not a *new* technique. It was used in ancient times, and this case does not concern its usefulness as a therapeutic tool. What is in issue is its use for forensic purposes. While testifying at trial, the experts referred to a number of scientific articles and studies on hypnosis and memory. Moreover, legal commentators have discussed hypnosis extensively. Since it is the reliability of the technique in the judicial context that is in issue, these resources are useful for our purposes. Even the most superficial examination of these commentaries reveals that much of the substance of the testimonies of the experts heard at trial is supported by the abundant discussions found in the legal literature. The question whether the technique has been subjected to peer review and publication can thus be answered in the affirmative. Dr. Matheson cited the following study while testifying at trial in this case: Council on Scientific Affairs, "Scientific Status of Refreshing Recollection by the Use of Hypnosis" (1985), 253 *J.A.M.A.* 1918. It is also notable that many of Dr. Orne's publications have been cited by the courts, including the following: M. T. Orne, "The Use and Misuse of Hypnosis in Court" (1979), 27 *Int'l J. Clinical & Experimental Hypnosis* 311; M. T. Orne et al., "Hypnotically Refreshed Testimony: Enhanced Memory or Tampering with Evidence?" in *Issues and Practices in Criminal Justice* (January 1985), at pp. 5-27. Legal commentaries on the use of hypnosis in criminal trials have proliferated: B. L. Diamond, "Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness" (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 313; T. M. Fleming, "Admissibility of Hypnotically Refreshed or Enhanced Testimony", 77 *A.L.R.4th* 927 (1990 & Supp. 2006); G. M. Shaw,

l'hypnose ne s'appliquent guère dans le domaine de la criminalistique. Toutefois, il est remarquable que, malgré leurs différences de vues sur d'autres sujets, tous les experts entendus en l'espèce ont déclaré que, même si l'hypnose peut permettre au sujet de se rappeler davantage de détails, ceux-ci incluront à la fois des renseignements exacts et des renseignements inexacts.

(ii) La technique a-t-elle fait l'objet d'un contrôle par des pairs et d'une publication?

Comme je l'ai mentionné, l'hypnose n'est pas une technique *nouvelle*. On l'utilisait déjà dans l'antiquité et le pourvoi ne porte pas sur son utilité thérapeutique. C'est son utilisation en criminalistique qui est en cause. Lors de leur témoignage au procès, les experts ont mentionné plusieurs articles et études scientifiques sur l'hypnose et la mémoire. De plus, les juristes ont beaucoup écrit sur l'hypnose. Comme notre analyse porte sur la fiabilité de cette technique dans le contexte judiciaire, ces sources nous seront utiles. Le survol de ces commentaires, même superficiel, révèle que le contenu des témoignages des experts entendus au procès est en grande partie étayé par les nombreuses opinions exprimées dans la doctrine. À la question de savoir si la technique a fait l'objet de contrôles et d'une publication, la réponse est donc affirmative. M. Matheson a cité l'étude suivante au cours du témoignage qu'il a présenté en l'espèce : Council on Scientific Affairs, « Scientific Status of Refreshing Recollection by the Use of Hypnosis » (1985), 253 *J.A.M.A.* 1918. On constate aussi que bon nombre des publications du D^r Orne ont été citées par les tribunaux, notamment : M. T. Orne, « The Use and Misuse of Hypnosis in Court » (1979), 27 *Int'l J. Clinical & Experimental Hypnosis* 311; M. T. Orne et autres, « Hypnotically Refreshed Testimony : Enhanced Memory or Tampering with Evidence? » dans *Issues and Practices in Criminal Justice* (janvier 1985), p. 5-27. De même, avons-nous assisté à une prolifération des articles de doctrine sur le recours à l'hypnose dans les procès criminels : B. L. Diamond, « Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness » (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 313; T. M. Fleming, « Admissibility of Hypnotically Refreshed or Enhanced Testimony », 77 *A.L.R.4th*

“The Admissibility of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials” (1991), 75 *Marq. L. Rev.* 1; G. F. Wagstaff, “Hypnosis and the Law: A Critical Review of Some Recent Proposals”, [1983] *Crim. L. Rev.* 152; K. B. Evans, “Hypnotically Induced Testimony: Implications for Criminal Law in New Zealand”, [1994] *N.Z.L.J.* 348; J. Harsel, “The Use of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials” (1996), 20 *Melbourne U.L. Rev.* 897; D. R. Webert, “Are the Courts in a Trance? Approaches to the Admissibility of Hypnotically Enhanced Witness Testimony in Light of Empirical Evidence” (2003), 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1301. It is noteworthy that the weaknesses of hypnosis are well known and uncontroverted. The experts differ not on the shortcomings themselves, but on the extent of their impact on the witness’s ability to testify.

40

There is a general consensus that most individuals are more suggestible under hypnosis, that any increase in accurate memories during hypnosis is accompanied by an increase in *inaccurate* memories, that hypnosis may compromise the subject’s ability to distinguish memory from imagination, and that subjects frequently report being more certain of the content of post-hypnosis memories, regardless of their accuracy. In sum, while it is not generally accepted that hypnosis *always* produces unreliable memories, neither is it clear when hypnosis results in *pseudo-memories* or how a witness, scientist or trier of fact might distinguish between fabricated and accurate memories.

(iii) What Is the Potential Rate of Error?

41

A recurring theme in the expert testimony at Mr. Trochym’s trial and in the jurisprudence is that, while hypnosis may assist witnesses to recall additional detail, the medical community knows very little about how memory functions or what role hypnosis may have in recalling and/or altering memories. The general consensus appears to be that memory does not work like a tape recorder

927 (1990 & suppl. 2006); G. M. Shaw, « The Admissibility of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials » (1991), 75 *Marq. L. Rev.* 1; G. F. Wagstaff, « Hypnosis and the Law : A Critical Review of Some Recent Proposals », [1983] *Crim. L. Rev.* 152; K. B. Evans, « Hypnotically Induced Testimony : Implications for Criminal Law in New Zealand », [1994] *N.Z.L.J.* 348; J. Harsel, « The Use of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials » (1996), 20 *Melbourne U.L. Rev.* 897; D. R. Webert, « Are the Courts in a Trance? Approaches to the Admissibility of Hypnotically Enhanced Witness Testimony in Light of Empirical Evidence » (2003), 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1301. Précisons que les points faibles de l’hypnose sont bien connus et ne sont pas controversés. Les différends des experts ne concernent pas ces lacunes, mais leur effet sur la capacité du témoin à témoigner.

Il y a consensus général sur le fait que la plupart des sujets sont plus réceptifs aux suggestions lorsqu’ils sont sous hypnose, que toute augmentation du nombre de souvenirs exacts pendant la séance d’hypnose s’accompagne également d’une augmentation du nombre de souvenirs *inexact*s, que l’hypnose peut nuire à la capacité du sujet à distinguer ses souvenirs réels du fruit de son imagination, et qu’il est fréquent que le sujet affirme être plus sûr de la teneur de ses souvenirs posthypnotiques, sans égard à leur exactitude. Bref, même s’il n’est pas généralement admis que l’hypnose produit *toujours* des souvenirs non fiables, il n’est pas non plus possible de déterminer avec certitude dans quels cas l’hypnose crée de *faux souvenirs* ou de quelle manière un témoin, un scientifique ou un juge des faits peut faire la distinction entre un souvenir fabriqué et un souvenir exact.

(iii) Quel est le taux potentiel d’erreur?

Un thème revient sans cesse dans les témoignages d’experts présentés au procès de M. Trochym et dans la jurisprudence : même si l’hypnose peut aider les témoins à se rappeler plus de détails, la communauté médicale connaît très peu le fonctionnement de la mémoire et le rôle joué par l’hypnose dans le rappel à la mémoire ou la modification des souvenirs. Un consensus général semble pourtant

that can be played back but, rather, is constructive or additive. Remembering may therefore be a more creative mental process than it is usually understood to be. Given these gaps in scientific knowledge, the admission of post-hypnosis memories raises a number of concerns. The Crown's expert, Dr. Matheson, testified that "the general understanding is that if properly and professionally done you would probably get more information [through hypnosis], and that information will be a combination of accurate and inaccurate [information]" (A.R., at pp. 601-2).

The potential rate of error is linked to three factors. The first, and most significant, of these is the risk of confabulation, or the creation of hallucinated or false memories. Confabulation can result from the power of express or implied suggestions, or simply from a strong, unconscious desire to compensate for a lack of actual memory. It may also result from other causes that are unknown, because scientists know very little about memory. All three expert witnesses noted at trial that, while confabulation may also occur without hypnosis, a person's suggestibility is enhanced under hypnosis.

A second, and related, factor is that a person's critical faculty appears to be reduced while he or she is under hypnosis. As Dr. Pollock, one of two expert witnesses called by the defence, explained, a person who has a memory in the normal "waking state" will examine it and decide whether it is accurate and should be reported. A hypnotized person is more likely to report whatever comes to his or her mind. As a result, while hypnosis may help a witness recall an event in greater detail, this heightened recollection may simply contain both more correct and more false details. The greater number of *details* the witness remembers may therefore create the illusion that his or her memory has improved in *accuracy*.

se dégager, à savoir que la mémoire ne fonctionne pas comme un magnétophone qui permet une réécoute fidèle, mais qu'elle a, au contraire, tendance à interpréter et à étoffer les souvenirs. Il se pourrait donc que la mémoire soit un processus mental plus créatif qu'on avait l'habitude de le croire. Vu l'état lacunaire des connaissances scientifiques, l'admission des souvenirs posthypnotiques soulève plusieurs problèmes. M. Matheson, l'expert du ministère public, a témoigné qu'[TRADUCTION] « il est généralement reconnu que, si [l'hypnose] est pratiquée correctement et de façon professionnelle, on peut probablement recueillir plus de renseignements, et qu'il s'agira d'une combinaison de [renseignements] exacts et inexacts » (d.a., p. 601-602).

Le taux potentiel d'erreur est lié à trois facteurs. Le premier, et le plus important, est le risque de fabulation, ou la création d'illusions ou de faux souvenirs. La fabulation peut résulter de suggestions explicites ou implicites, ou simplement d'un puissant désir inconscient de combler une mémoire lacunaire. Elle pourrait aussi avoir une autre origine, inconnue, car la communauté scientifique en sait très peu sur la mémoire. Les trois témoins experts au procès ont affirmé que, si la fabulation peut aussi survenir sans hypnose, il demeure que l'hypnose rend une personne plus perméable aux suggestions.

Le deuxième facteur — qui est connexe au premier — est que le sens critique d'une personne serait moins aiguisé lorsqu'elle est sous hypnose. Comme l'a expliqué M. Pollock, l'un des deux experts cités par la défense, lorsqu'une personne en « état de veille » normal se rappelle un événement, elle analyse ce souvenir et elle décide s'il est exact et s'il mérite d'être signalé. La personne sous hypnose est plus susceptible de signaler tout ce qui lui vient à l'esprit. Par conséquent, même si l'hypnose peut aider un témoin à se rappeler un événement de façon plus détaillée, il se peut que ce souvenir comporte simplement à la fois plus de détails exacts et plus de détails inexacts. Le nombre accru de *détails* dont le témoin se rappelle peut donc créer faussement l'illusion que ses souvenirs ont gagné en *précision*.

42

43

44 Finally, experts express concern about the potential for “memory hardening”, a process by which a person who has been hypnotized becomes increasingly, and unduly, confident in his or her memories. The exact cause of memory hardening is unknown but the phenomenon has been recognized. It is described as the “most consistent finding of all in studies on the various effects of hypnosis” (Shaw, at p. 12). This process is undetectable and seemingly irreversible. When combined with the possibility that memories have been tainted through confabulation, improperly phrased questions, or other unintentional influences, the danger that the accused will be denied a fair hearing becomes obvious.

45 At trial, Dr. Matheson observed that many of the concerns regarding post-hypnosis memories, such as confabulation and memory hardening, also apply to ordinary testimonial evidence. In admitting Ms. Haghnegahdar’s post-hypnosis memories, the trial judge noted that if judge-made guidelines such as those set out in *Clark* can control any tainting that might occur during hypnosis, then post-hypnosis memories are no more, or less, accurate than ordinary eyewitness testimony.

46 With respect, I find this view problematic. Hypnosis introduces more sources of concern and a likelihood that existing fragilities of human memory will increase, tainting the reliability of the evidence. Furthermore, the frailties of human memory when unaffected by hypnosis are only just starting to become known; indeed, the fallibility of eyewitness identification has been a central concern in a number of inquiries into wrongful convictions. In his public inquiry into the wrongful conviction of Thomas Sophonow, for example, the Honourable Peter deC. Cory observed that most triers of fact have implicit faith in eyewitness identification and that this can be hazardous. He recommended, among other things, instructing the jury about the shortcomings of eyewitness identification and cautioning it that the vast

Le troisième et dernier facteur souligné par les experts est le « durcissement » éventuel de la mémoire, c.-à-d. que la personne qui a été hypnotisée peut devenir indûment de plus en plus sûre de ses souvenirs. La cause exacte du durcissement de la mémoire n’est pas connue, mais ce phénomène est reconnu. On le décrit comme la [TRADUCTION] « constatation la plus constante dans toutes les études sur les différents effets de l’hypnose » (Shaw, p. 12). Ce processus n’est pas détectable et serait irréversible. Si l’on y joint la possibilité que les souvenirs aient été contaminés par la fabulation, des questions formulées incorrectement ou d’autres influences involontaires, il devient évident que l’accusé risque de ne pas bénéficier d’un procès équitable.

Au procès, M. Matheson a dit que bon nombre des craintes exprimées relativement aux témoignages posthypnotiques, comme la fabulation ou le durcissement de la mémoire, valaient également pour les témoignages ordinaires. En fait, lorsqu’il a admis les souvenirs posthypnotiques de M^{me} Haghnegahdar, le juge du procès a souligné que, si des lignes directrices d’origine jurisprudentielle, comme celles énoncées dans *Clark*, peuvent limiter la contamination susceptible de survenir pendant la séance d’hypnose, les souvenirs posthypnotiques ne sont ni plus ni moins fidèles que le témoignage d’un témoin oculaire ordinaire.

J’estime, en toute déférence, que cette conclusion est inacceptable. L’hypnose multiplie les sources de problèmes et accroît les probabilités que les faiblesses de la mémoire humaine s’accroissent, réduisant d’autant la fiabilité de la preuve. Qui plus est, on commence à peine à découvrir la fragilité de la mémoire humaine non soumise à l’hypnose; en effet, plusieurs enquêtes sur des erreurs judiciaires ont fait ressortir le problème fondamental de la faillibilité de l’identification par un témoin oculaire. Dans l’enquête publique sur la condamnation injustifiée de Thomas Sophonow, par exemple, l’honorable Peter deC. Cory a souligné que la plupart des juges des faits croient implicitement à l’identification par un témoin oculaire, ce qui peut être dangereux. Il a notamment recommandé d’informer le jury des lacunes de l’identification par

majority of wrongful convictions have resulted from faulty eyewitness identification: *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), at pp. 33-34. While Justice Cory was specifically addressing ordinary memory, his recommendations make it all the more clear why a technique used to *enhance* memory must be approached with great caution.

(iv) Has the Technique Been Generally Accepted?

As indicated, there are differences of opinion in the scientific community on the acceptability of hypnosis for forensic purposes. This has resulted in some debate, in the courts of a number of jurisdictions, regarding the admissibility of post-hypnosis memories. In the United Kingdom, for example, post-hypnosis testimony has not been categorically excluded, although evidence of a witness who has been hypnotized can be excluded under s. 78 of the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, on the basis that it would have an adverse effect on the fairness of the proceedings. For this reason, the Crown Prosecution Service warns Crown counsel to “advise the police to restrict the use of hypnotism to people who may be able to give them a lead on an investigation but who will not be called as witnesses” (“Hypnosis: Guidance — Hypnosis Of A Witness” (online)). In New Zealand and Australia, courts have permitted the admission of post-hypnosis evidence where certain safeguards have been met, resulting in such evidence being declared inadmissible in several instances: see *R. v. McFelin*, [1985] 2 N.Z.L.R. 750 (C.A.); *R. v. G.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 615 (H.C.); and *R. v. Haywood* (1994), 73 A. Crim. R. 41 (S.C. Tasmania). Generally speaking, however, there has been very little discussion on the admissibility of post-hypnosis evidence in any of these three jurisdictions.

témoin oculaire et de le prévenir que la plupart des déclarations de culpabilité injustifiées découlent d’une identification erronée par un témoin oculaire : *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), p. 33-34. Bien que l’analyse du juge Cory ait porté expressément sur la mémoire ordinaire, ses recommandations font ressortir d’autant plus clairement les raisons pour lesquelles il faut faire preuve de prudence à l’égard des techniques qui sont utilisées pour *stimuler* la mémoire.

(iv) La technique est-elle généralement acceptée?

Comme je l’ai mentionné, les opinions sont partagées au sein de la communauté scientifique quant à savoir si l’utilisation de l’hypnose à des fins judiciaires est acceptable. Ces divergences d’opinions ont suscité des débats devant les tribunaux de nombreux pays sur l’admissibilité des souvenirs posthypnotiques. Le Royaume-Uni, par exemple, n’exclut pas catégoriquement les témoignages posthypnotiques. Cependant, la déposition d’un témoin qui a été hypnotisé peut être exclue en application de l’art. 78 de la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, dans le cas où elle aurait un effet préjudiciable sur l’équité du processus. D’où la mise en garde faite par le Crown Prosecution Service aux avocats de la poursuite, selon laquelle ils doivent [TRADUCTION] « conseiller aux policiers de limiter le recours à l’hypnose aux personnes qui peuvent les mettre sur une piste dans le cadre d’une enquête, mais qui ne seront pas citées comme témoins » (« Hypnosis : Guidance — Hypnosis Of A Witness » (en ligne)). En Nouvelle-Zélande et en Australie, les tribunaux ont autorisé les témoignages posthypnotiques lorsque certaines mesures de protection étaient respectées, de sorte que ce type de preuve a été jugé inadmissible à plusieurs reprises : voir *R. c. McFelin*, [1985] 2 N.Z.L.R. 750 (C.A.), *R. c. G.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 615 (H.C.); et *R. c. Haywood* (1994), 73 A. Crim. R. 41 (S.C. Tasmanie). D’une façon générale, cependant, on peut dire que l’admissibilité des témoignages posthypnotiques a très peu retenu l’attention dans ces trois ressorts.

48

By contrast, courts have discussed the admissibility of post-hypnosis memories much more frequently in the United States. Two trends have developed. According to the first, the fact that a witness has been hypnotized goes to the weight of the testimony rather than to its admissibility. In *Harding v. State*, 246 A.2d 302 (1968), the Court of Special Appeals of Maryland held that the fact that only some of the victim's testimony was based on post-hypnosis recollections went to its probative value. As the psychology of memory has become better understood, however, some courts have developed a number of safeguards to guide the manner in which hypnosis sessions are conducted. This more rigorous framework is typified by *Hurd*, a decision that, as already mentioned, was one of the main sources of the *Clark* guidelines. Although setting a more rigorous standard than in *Harding*, the *Hurd* guidelines are typical of the approach under which admissibility is subject to the weight to be attached to the particular witness's post-hypnosis testimony.

49

The second trend is based on a view that hypnosis is fundamentally unreliable for the purposes of judicial proceedings and that post-hypnosis evidence should be excluded. In *People v. Shirley*, 723 P.2d 1354 (1982), the California Supreme Court held that the testimony of a witness who has undergone hypnosis to restore his or her memory of events is inadmissible "as to all matters relating to those events, from the time of the hypnosis session forward" (p. 1384). This means that a witness who has been hypnotized to restore his or her memory of an incident may not testify in relation to that incident, regardless of whether he or she made pre-hypnosis statements about it that would otherwise have been admissible. At least half of American jurisdictions now limit the admissibility of post-hypnosis evidence: *Moore*, at pp. 1220-22.

50

The cases discussed above illustrate the range of approaches that courts have developed and also show why it is necessary to be cautious in dealing

En revanche, aux États-Unis, les tribunaux se sont prononcés beaucoup plus souvent sur l'admissibilité des souvenirs posthypnotiques. Deux tendances se sont développées. Selon la première, le fait qu'un témoin a été hypnotisé aurait une incidence sur le poids à accorder à son témoignage, plutôt que sur son admissibilité. Dans *Harding c. State*, 246 A.2d 302 (1968), par exemple, la Cour des appels spéciaux du Maryland a dit que le fait que le témoignage de la victime repose seulement en partie sur des souvenirs posthypnotiques influait sur sa valeur probante. Cependant, à mesure qu'on a mieux compris la psychologie de la mémoire, les tribunaux ont élaboré des mesures de protection qui doivent guider le déroulement d'une séance d'hypnose. Ce cadre plus rigoureux est très bien illustré dans *Hurd* qui, comme je l'ai mentionné, est la décision dont s'inspirent principalement les directives énoncées dans *Clark*. Bien qu'elles établissent une norme plus restrictive que dans *Harding*, les directives énoncées dans *Hurd* sont typiques de l'approche de l'admissibilité sous réserve du poids qu'il convient d'accorder au témoignage posthypnotique d'un témoin en particulier.

La seconde tendance repose sur le principe que l'hypnose est fondamentalement non fiable dans le cadre d'une procédure judiciaire et que les témoignages posthypnotiques devraient être exclus. Dans l'arrêt *People c. Shirley*, 723 P.2d 1354 (1982), la Cour suprême de la Californie a conclu que la déposition d'un témoin qui avait été soumis à l'hypnose pour raviver ses souvenirs des événements était inadmissible [TRADUCTION] « en ce qui concerne toutes les questions liées à ces événements, à compter de la séance d'hypnose » (p. 1384). Cela signifie que le témoin qui a été hypnotisé pour raviver ses souvenirs d'un incident ne peut pas témoigner sur cet incident, peu importe qu'il ait fait ou non, avant la séance d'hypnose, des déclarations sur cet incident qui auraient par ailleurs été admissibles. En fait, au moins la moitié des ressorts américains limitent maintenant l'admissibilité des témoignages posthypnotiques : *Moore*, p. 1220-1222.

Les arrêts susmentionnés illustrent la diversité des approches adoptées par les tribunaux et témoignent de la nécessité d'aborder la question

with this issue. A further development in the American jurisprudence is also worth noting. In *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987), the United States Supreme Court considered whether an accused's "right to testify" may be restricted by a state rule that excludes his or her post-hypnosis testimony. In a 5-4 decision, the majority of the court emphasized the constitutional underpinnings of the accused's right to testify on his or her own behalf. The court observed that an absolute prohibition against the admission of a defendant's hypnotically refreshed testimony "on the ground that such testimony is always unreliable" operates "to the detriment of any defendant who undergoes hypnosis, without regard to the reasons for it, the circumstances under which it took place, or any independent verification of the information it produced" (p. 56). The court concluded that the State had not demonstrated that the exclusion "of *all* of a defendant's testimony that the defendant is unable to prove to be the product of prehypnosis memory" was justified, and that "[w]holesale inadmissibility of a defendant's testimony is an arbitrary restriction on the right to testify in the absence of clear evidence by the State repudiating the validity of all posthypnosis recollections" (p. 61 (emphasis in original)). The court chose not to comment on the constitutionality of prohibitions on post-hypnosis testimony by a defence witness, as opposed to the accused him or herself.

Rehnquist C.J., in dissent, rejected the constitutional exception articulated by the majority of the court. Highlighting the degree of controversy within the scientific community regarding the reliability of hypnosis, the Chief Justice observed that "until there is much more of a consensus on the use of hypnosis than there is now, the Constitution does not warrant this Court's mandating its own view of how to deal with the issue" (p. 65).

The constitutionality of a prohibition on the admission of post-hypnosis testimony by an

avec prudence. Il convient en outre de signaler un autre aspect de la jurisprudence américaine. Dans *Rock c. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987), la Cour suprême des États-Unis devait décider si le « droit de témoigner » d'un accusé peut être restreint par une règle d'un État qui exclut son témoignage posthypnotique. Dans une décision partagée à 5 contre 4, la majorité de la cour a mis l'accent sur le fondement constitutionnel du droit de l'accusé de témoigner pour sa propre défense. La cour a constaté que l'interdiction absolue d'admettre le témoignage d'un défendeur sur ses souvenirs ravivés par hypnose [TRADUCTION] « pour le motif qu'un tel témoignage n'est jamais fiable [...] lèse tout défendeur soumis à une séance d'hypnose, sans égard aux raisons pour lesquelles on y recourt, aux circonstances dans lesquelles elle se déroule ni à la vérification indépendante de l'information qui en émane » (p. 56). La cour a conclu que l'État n'avait pas réussi à justifier l'exclusion de [TRADUCTION] « tous les éléments du témoignage du défendeur dont ce dernier est incapable de prouver qu'ils reposent sur des souvenirs antérieurs à l'hypnose » et que [TRADUCTION] « [l']inadmissibilité en bloc du témoignage d'un défendeur constitue une restriction arbitraire du droit de témoigner en l'absence d'une preuve claire de l'État réfutant la validité de tous les souvenirs posthypnotiques » (p. 61 (en italique dans l'original)). La Cour s'est abstenue de tout commentaire sur la constitutionnalité de l'interdiction du témoignage posthypnotique d'un témoin de la défense, plutôt que de l'accusé lui-même.

Le juge en chef Rehnquist, dissident, a rejeté l'exception constitutionnelle formulée par les juges majoritaires de la cour. Soulignant l'ampleur de la controverse sur la fiabilité de l'hypnose qui régnait au sein de la communauté scientifique, le Juge en chef a fait observer que [TRADUCTION] « tant que le recours à l'hypnose ne fera pas l'objet d'un consensus beaucoup plus général que celui qui existe maintenant, la Constitution ne saurait justifier que la Cour impose sa propre opinion sur la façon de statuer sur la question » (p. 65).

La constitutionnalité d'une interdiction touchant le témoignage posthypnotique d'un accusé

51

52

accused or a defence witness has not arisen in the Canadian context and was not at issue in the instant case. It would therefore be premature to comment any further on this point. While it may be true that a different set of concerns applies to the admissibility of an accused's own post-hypnosis memories, the importance of the reliability of post-hypnosis evidence to the integrity of the trial process as a whole remains a live issue.

53 In sum, it appears that the use of hypnosis in the judicial context has both supporters and opponents, but that the general tendency is to be extremely cautious in dealing with post-hypnosis evidence. This debate may continue until significant advances are made in the science of hypnosis, or until our understanding of human memory improves significantly.

54 In *J.-L.J.*, Binnie J. mentioned, in addition to the factors discussed above, the importance of determining the impact of novel science on the trial process, and in particular of determining whether the value or utility of the evidence outweighs its potential costs in terms of the consumption of time, potential prejudice to the accused, and confusion caused to the trier of fact. For this reason, a judge should, in exercising his or her role as “gatekeeper”, carefully scrutinize the admissibility of novel scientific evidence. While parties must be able to put forward the most complete evidentiary record possible (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577), admissibility will necessarily be circumscribed where the evidence may “distort the fact-finding process” (*J.-L.J.*, at para. 29). These concerns are highly relevant where hypnosis is used, because of the controversy surrounding the forensic use of the technique and the need to explain its shortcomings if it is in fact to be used.

(c) *The Gap Between Clark and J.-L.J.*

55 When the factors set out in *J.-L.J.* are applied to hypnosis, it becomes evident that this technique and its impact on human memory are not understood well enough for post-hypnosis testimony to

ou d'un témoin de la défense n'a pas été soulevée au Canada et n'était pas en litige dans le présent pourvoi. Il serait donc prématuré de faire d'autres commentaires sur cette question. Quoique l'admissibilité des souvenirs posthypnotiques de l'accusé même puisse soulever des problèmes différents, la question de l'importance de la fiabilité des témoignages posthypnotiques pour l'intégrité du processus judiciaire dans son ensemble n'est toujours pas réglée.

En résumé, il semble que le recours à l'hypnose dans le contexte judiciaire ait ses partisans et ses détracteurs, mais que la tendance générale soit de considérer les témoignages posthypnotiques avec une extrême prudence. Le débat pourrait se poursuivre jusqu'à ce que la science de l'hypnose, ou notre compréhension de la mémoire humaine, aient progressé de façon notable.

Outre les critères que nous venons d'examiner, le juge Binnie a mentionné, dans *J.-L.J.*, l'importance de mesurer l'impact de la science nouvelle sur le déroulement du procès, et en particulier de déterminer si la valeur et l'utilité de la preuve l'emportent sur son coût potentiel en ce qui concerne les délais en résultant, le préjudice causé à l'accusé et la confusion créée chez le juge des faits. Pour cette raison, un juge doit, dans l'exercice de sa fonction de « gardien », examiner attentivement l'admissibilité de la preuve qui fait appel à une science nouvelle. Bien que les parties doivent pouvoir présenter la preuve la plus complète possible (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577), l'admissibilité d'un élément de preuve sera nécessairement limitée s'il risque de « fausser le processus de recherche des faits » (*J.-L.J.*, par. 29). Ces questions sont très pertinentes lorsqu'on a recours à l'hypnose, compte tenu de la controverse entourant l'utilisation de cette technique en criminalistique et la nécessité d'en expliquer les lacunes si jamais on y a recours.

c) *Le décalage entre Clark et J.-L.J.*

Lorsqu'on applique à l'hypnose les facteurs énoncés dans *J.-L.J.*, il devient évident que notre compréhension de cette science et de son effet sur la mémoire humaine n'est pas assez poussée pour

be sufficiently reliable to be used in a court of law. Although hypnosis has been the subject of numerous studies, these studies are either inconclusive or draw attention to the fact that hypnosis can, in certain circumstances, result in the distortion of memory. Perhaps most troubling is the potential rate of error in the additional information obtained through hypnosis when it is used for forensic purposes. At the present time, there is no way of knowing whether such information will be accurate or inaccurate. Such uncertainty is unacceptable in a court of law. Furthermore, while the *Clark* guidelines aid significantly in ensuring that the hypnotist and police make as few involuntary suggestions as possible, they afford no protection against external sources of influence or against the other problems associated with hypnosis, such as confabulation out of a desire to compensate for a lack of actual memory, an increase in detail without sufficient assurances that this new information will be accurate, and memory hardening.

In the instant case, for example, Ms. Haghnegahdar's two conversations with police prior to the hypnosis session (see the summary of the facts set out above) may have left her with a conscious or subconscious belief regarding the right answer to the question whether she saw the appellant on Wednesday or Thursday afternoon, even if the police sought in all good faith to avoid influencing her testimony. As Proulx J.A. noted in *Taillefer*, at p. 19, footnote 1, citing a 1984 article in the *Revue du Barreau*, a witness's unconscious desire to please can itself exert a subtle pressure on the witness under hypnosis:

[TRANSLATION] These persons, who are very motivated, generally want to help in the investigation. They have been questioned, often several times, without the desired information having been obtained. Only when faced with an impasse is hypnosis used. From the outset, these witnesses and victims have a good idea of what the police expect from them and what they should remember. They will be more attentive to any indication, or

que la fiabilité des témoignages posthypnotiques en permette l'utilisation devant les cours de justice. L'hypnose a fait l'objet de nombreuses études, mais soit ces études ne sont pas concluantes, soit elles font ressortir le fait que l'hypnose peut, dans certaines circonstances, entraîner une distorsion de la mémoire. L'élément sans doute le plus troublant, lorsqu'on l'utilise en criminalistique, est le taux potentiel d'inexactitude des renseignements additionnels obtenus par l'hypnose. Il n'existe présentement aucun moyen de savoir si ces renseignements sont exacts ou inexacts. Pareille incertitude est inacceptable dans une cour de justice. De plus, bien que les règles établies dans *Clark* contribuent de façon appréciable à ce que l'hypnologue et les policiers fassent le moins possible de suggestions involontaires, elles n'offrent aucune protection contre les sources externes d'influence, ni contre les autres risques associés à l'hypnose, tels que la fabulation découlant du désir de combler une mémoire lacunaire, la précision accrue des détails sans garantie suffisante de l'exactitude des nouveaux renseignements et le durcissement de la mémoire.

Dans le présent pourvoi, par exemple, les deux conversations que M^{me} Haghnegahdar a eues avec les policiers avant la séance d'hypnose (relatées précédemment dans le résumé des faits) peuvent l'avoir amenée à se faire, consciemment ou inconsciemment, une idée de la réponse attendue quant à savoir si elle avait vu l'appelant le mercredi ou le jeudi après-midi, même si les policiers se sont efforcés, en toute bonne foi, d'éviter d'influencer son témoignage. Comme l'a mentionné le juge Proulx dans *Taillefer*, par. 54, note 12, citant un article paru en 1984 dans la *Revue du Barreau*, le désir inconscient de plaire peut à lui seul exercer une pression subtile sur les témoins hypnotisés :

Ces derniers, très motivés, veulent généralement aider à la résolution de l'enquête. Ils ont souvent été questionnés plusieurs fois sans que l'information désirée ait été obtenue. Ce n'est en fait que confronté à une impasse que l'hypnose est utilisée. Au départ ces témoins et victimes ont donc une bonne idée de ce que les policiers attendent d'eux et de ce dont ils devraient se souvenir. Ils seront plus attentifs à tout indice, à tout signe qui

sign, which could pop up during their interaction with the person performing the hypnosis. If, in addition, the hypnotized person believes that everything that will be said under hypnosis is reliable (a belief shared by certain professionals and a large part of the public) then everything is in place for confabulation and the creation of pseudo-memory.

57 Because the *Clark* guidelines focus only on the actual hypnosis session, it may also be very difficult to determine whether improper suggestions occurred during other conversations with police officers or otherwise. For example, in *R. v. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481 (C.A.), the officer who drove the witness to the hypnotist's office may have had a copy of the *Toronto Sun* on the seat of his cruiser. The front page of that edition had a large photo of the accused and identified him as the prime suspect in the murder. During the hypnosis session, the witness described the accused. This case illustrates that the risks of tainting do not start with the hypnosis session and that the actual reliability is therefore difficult to establish.

58 Moreover, as Dr. Pollock testified at trial, it is unclear that the *Clark* guidelines can actually protect against outside influence. Dr. Matheson appeared to agree that the goal of *Clark* may be unattainable in stating that "in the real world of doing this work you can't totally avoid contamination. You can't avoid possible contact with other witnesses, the media, or police, or conversations with neighbours, and things like that" (A.R., at p. 557).

59 Finally, the *Clark* guidelines do not address the problems of confabulation and memory hardening, or the reality that hypnosis may compromise the right of cross-examination, thereby prejudicing an important instrument in the trial process. Experts appear to agree that neither the experts nor the individuals who have undergone hypnosis can distinguish confabulated memories from true memories. This is problematic for counsel cross-examining the witness at trial, since it will be impossible to challenge the witness on the

pourrait émerger de leur interaction avec l'hypnotiseur. Si de plus l'individu hypnotisé croit que tout ce qui sera dit pendant la séance hypnotique a un caractère véridique (croyance partagée par certains professionnels et une grande partie du public) alors tout est en place pour qu'il y ait fabulation et création de pseudo-souvenirs.

Comme les lignes directrices établies dans *Clark* ne visent que la séance d'hypnose proprement dite, il peut aussi être très difficile de déterminer s'il y a eu suggestion au cours de conversations avec les policiers ou à d'autres occasions. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481 (C.A.), il se peut qu'un exemplaire du *Toronto Sun* se soit trouvé sur la banquette arrière de la voiture du policier qui a conduit le témoin au bureau de l'hypnotologue. À la une de cette édition figurait une grande photo de l'accusé et le journal le qualifiait de principal suspect du meurtre. Pendant la séance d'hypnose, le témoin a décrit l'accusé. Cette cause démontre que les risques de contamination ne commencent pas avec la séance d'hypnose et qu'il est, par conséquent, difficile de déterminer si la preuve est réellement fiable.

En outre, ainsi que M. Pollock l'a déclaré au procès, il n'est pas sûr que les lignes directrices établies dans *Clark* protègent la mémoire des influences extérieures. M. Matheson a semblé convenir que l'objectif visé dans *Clark* pouvait être inaccessible, déclarant que [TRADUCTION] « concrètement, dans notre travail, on ne peut pas éviter complètement toute contamination. On ne peut pas empêcher les contacts possibles avec d'autres témoins, les médias ou les policiers, ni les conversations entre voisins, etc. » (d.a., p. 557).

Enfin, les lignes directrices établies dans *Clark* ne règlent pas les problèmes de la fabulation ou du durcissement de la mémoire, ni le fait que l'hypnose risque de compromettre le droit de contre-interroger, portant ainsi atteinte à un instrument important du processus judiciaire. Les experts semblent reconnaître que ni eux, ni les personnes hypnotisées, ne sont en mesure de faire la distinction entre les souvenirs imaginés et les souvenirs réels. D'où la difficulté de contre-interroger le témoin au procès, puisqu'il est impossible de contester la

veracity of his or her memory, except insofar as a post-hypnosis memory is inconsistent with a pre-hypnosis statement.

Of course, other independent evidence may assist jurors in determining whether evidence derived from hypnosis is reliable or not; for example, facts related while under hypnosis can be corroborated by other evidence or may be consistent with evidence given before the hypnosis session. However, if evidence whose reliability cannot really be tested is admitted and relied upon simply because it is consistent with other admissible evidence, the danger is that a web of consistent but unreliable evidence will lead to a (potentially wrongful) conviction. As a result, given our current understanding of hypnosis, the admission of post-hypnosis memories may render the right of cross-examination illusory, thereby undermining a key aspect of the adversarial process.

In sum, it is evident, based on the scientific evidence on record, that post-hypnosis testimony does not satisfy the test for admissibility set out in *J.-L.J.* While hypnosis has been the subject of extensive study and peer review, much of the literature is inconclusive or highly contradictory regarding the reliability of the science in the judicial context. Unless a litigant reverses the presumption on the basis of the factors set out in *J.-L.J.*, post-hypnosis testimony should not be admitted in evidence.

(d) *Limited Use of Testimony Given by a Witness Who Has Undergone Hypnosis*

Some novel scientific techniques, such as polygraph examinations, that are inadmissible for evidentiary purposes may nevertheless continue to be useful for the investigation of offences. For example, while concerns about oath helping, character evidence and delay may prevent the use of polygraph results in court, these concerns do not preclude police officers from administering polygraph

véracité de ses souvenirs, sauf dans la mesure où les souvenirs posthypnotiques sont incompatibles avec une déclaration qu'il aurait faite antérieurement.

Il va de soi que les jurés peuvent s'appuyer sur une autre preuve indépendante afin de déterminer si le témoignage résultant de l'hypnose est fiable ou non; par exemple, les faits relatés sous hypnose peuvent être corroborés par une autre preuve ou concorder avec une déposition faite préalablement à l'hypnose. Toutefois, si l'on admet et prend en considération un témoignage, dont la fiabilité ne peut pas vraiment être vérifiée, simplement parce qu'il est compatible avec une autre preuve admissible, on risque d'obtenir un tissu de preuves compatibles, mais peu fiables, qui mènera à une déclaration de culpabilité (potentiellement injustifiée). Par conséquent, vu notre compréhension actuelle de l'hypnose, l'admission de souvenirs posthypnotiques peut rendre illusoire le droit de contre-interroger et porter ainsi atteinte à un aspect essentiel du processus contradictoire.

Bref, à la lumière de la preuve scientifique versée au dossier, il est évident que les témoignages posthypnotiques ne satisfont pas au critère d'admissibilité établi dans *J.-L.J.* Bien que l'hypnose ait fait l'objet d'un grand nombre d'études et de commentaires par des pairs, beaucoup de ces documents sont non concluants ou très contradictoires quant à la fiabilité de cette science dans le contexte judiciaire. Tant qu'une partie n'a pas réfuté la présomption selon les facteurs énumérés dans *J.-L.J.*, le témoignage posthypnotique ne doit pas être admis en preuve.

d) *L'utilisation limitée de la déposition d'un témoin qui a été soumis à l'hypnose*

Certaines méthodes scientifiques nouvelles inadmissibles pour l'établissement de la preuve — notamment les tests polygraphiques — peuvent néanmoins toujours être utiles à l'enquête sur une infraction. À titre d'exemple, si les préoccupations relatives au témoignage justificatif, à la preuve de moralité et aux retards justifient de ne pas admettre la présentation des résultats d'un test polygraphique

60

61

62

tests as an investigative tool: *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398.

63 The inadmissibility of post-hypnosis testimony does not mean that hypnosis may not be used for other purposes. However, investigators must be conscious of the potential consequences of hypnotizing a witness.

64 A trial judge may have to rule on a request to allow a witness to testify on topics in respect of which questions were *not* asked during the hypnosis session. The judge must then balance the risks inherent in the use of hypnosis against the search for truth. Although this testimony may be tainted by post-hypnosis memories and although the cross-examination of the witness may be impaired, the judge may be satisfied that the detrimental effects are outweighed by the probative value of the testimony. In such a case, the trial judge may consider it appropriate to allow evidence on topics that were not touched on during the hypnosis session to be put to the jury. However, if the judge considers that the evidence is so important that it has to be put to the jurors despite its potential shortcomings, those shortcomings have to be mentioned. The judge must then give proper instructions to the jury concerning the effect of hypnosis on the weight of the testimony. The rationale for requiring specific instructions even though a topic was not touched on in the session is that the impact of hypnosis on testimony is not limited to post-hypnosis recollection and that testimony on the topic in question is accordingly likely to affect the jury's assessment of the witness's testimony.

65 Where evidence on topics covered during the hypnosis session is concerned, however, the trial judge should not admit it even if the witness did not change his or her testimony while under hypnosis. In my view, it would be inconsistent with the inadmissibility rule to allow those parts of the testimony, since they are tainted by the inherent shortcomings of the technique of hypnosis. Moreover, it would seem risky to take it for granted that the testimony

devant les tribunaux, elles n'empêchent pas les policiers d'administrer ce test pour faire progresser l'enquête : *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398.

Malgré l'inadmissibilité en preuve des témoignages posthypnotiques, l'hypnose peut être utilisée dans d'autres contextes. Les enquêteurs doivent toutefois être conscients des conséquences possibles du fait de soumettre un témoin à une séance d'hypnose.

Le juge du procès peut être appelé à décider si un témoin doit être autorisé à témoigner sur des sujets sur lesquels il *n'a pas* été questionné pendant la séance d'hypnose. Il doit alors trouver un équilibre entre les risques inhérents à l'utilisation de l'hypnose et la recherche de la vérité. En dépit des possibilités de contamination d'un tel témoignage par les souvenirs posthypnotiques et d'entrave au contre-interrogatoire, le juge peut être convaincu que la valeur probante de ce témoignage l'emporte sur ses effets préjudiciables. Dans ce cas, le juge du procès peut juger bon de permettre au jury de recevoir le témoignage sur les sujets qui n'ont pas été abordés au cours de la séance d'hypnose. Cependant, si le juge du procès estime que la preuve est importante au point de la soumettre aux jurés malgré ses faiblesses potentielles, ces faiblesses doivent être soulignées. Le juge doit donc donner au jury des directives appropriées concernant l'effet de l'hypnose sur le poids à accorder au témoignage. Des directives spécifiques sont nécessaires, même si un sujet n'a pas été abordé lors de la séance d'hypnose, parce que l'incidence de l'hypnose sur le témoignage ne se limite pas aux souvenirs posthypnotiques et le témoignage sur le sujet en cause risque donc d'influencer l'appréciation de la déposition du témoin par le jury.

Le juge du procès ne doit cependant pas admettre la preuve portant sur des sujets abordés pendant la séance d'hypnose, même si le témoin ne modifie pas son témoignage sous hypnose. Il serait, selon moi, incompatible avec la règle d'inadmissibilité d'admettre ces parties du témoignage puisqu'elles sont marquées par les faiblesses inhérentes à la technique de l'hypnose. De plus, il me paraît risqué de tenir pour acquis que le témoignage au procès sera

at trial will be limited to pre-hypnosis memories. Indeed, the possibility that examination or cross-examination at trial will prompt answers more detailed than the recorded pre-hypnosis memories should not be underestimated. For example, let us assume that an accident victim tells police that, although she is not sure, she thinks it was a red car that hit her late at night. In an attempt to attain greater certainty, the police arrange for the victim to undergo hypnosis, and while hypnotized, she confirms that the car was red. At trial, a lawyer explores the matter further and she adds the make, model and year of the vehicle. It would in such a case be impossible to know whether the additional details were related to pre- or post-hypnosis recollection, and therefore whether they were accurate or inaccurate. Thus, in addition to concerns about memory hardening and the impairment of cross-examination, there is also the possibility that a witness will recall additional details whose accuracy is suspect.

The overriding problem is that testimony on topics covered in a hypnosis session will be tainted. It will not cease to be tainted merely because it is consistent with a pre-hypnosis statement. Indeed, as Professor Shaw states (at p. 76), “Determining the extent of the witness’s prehypnotic recollection as well as the extent to which memory hardening has occurred may be difficult to ascertain with precision.” Given the present understanding of memory, the risk of triers of fact being exposed to inadmissible statements appears to me to be too high to consider sidestepping the rule.

(e) *Conclusion on Hypnosis*

The admission of Ms. Haghnegahdar’s post-hypnosis testimony constitutes an error of law. A further complication in this case needs to be mentioned. As a result of the agreement entered into by the parties, defence counsel did not cross-examine Ms. Haghnegahdar about her pre-hypnosis statements and the jury was not informed that the witness had undergone hypnosis. I do not doubt that this agreement came about because defence counsel wished

limité aux souvenirs préhypnotiques. On ne devrait en effet pas sous-estimer la possibilité que l’interrogatoire principal ou le contre-interrogatoire fassent surgir des réponses qui vont au-delà des souvenirs préhypnotiques enregistrés. Supposons par exemple que la victime d’un accident dise aux policiers, avant d’être soumise à l’hypnose, qu’elle pense, sans en être sûre, que l’automobile qui l’a frappée tard le soir était rouge. Pour plus de certitude, les policiers organisent une séance d’hypnose au cours de laquelle la victime confirme qu’il s’agissait d’une automobile rouge. Au procès, l’avocat approfondit la question et elle précise la marque, le modèle et l’année du véhicule. Il sera impossible de déterminer si ces détails additionnels sont liés à ses souvenirs préhypnotiques ou posthypnotiques et, par conséquent, s’ils sont exacts ou inexacts. Outre les problèmes de durcissement de la mémoire et d’atteinte au droit de contre-interroger, il est possible que le témoin se rappelle des détails additionnels dont l’exactitude est douteuse.

Le problème fondamental tient au fait que le témoignage sur les sujets abordés au cours d’une séance d’hypnose sont contaminés. Ils ne sont pas moins contaminés du simple fait qu’ils concordent avec les souvenirs préhypnotiques. En fait, comme l’affirme le professeur Shaw, à la p. 76 : [TRADUCTION] « Il peut être difficile de déterminer avec précision où s’arrêtent les souvenirs préhypnotiques d’un témoin et dans quelle mesure il y a eu durcissement de la mémoire. » Compte tenu de l’état des connaissances sur la mémoire, j’estime que le risque que le juge des faits soit exposé à des déclarations inadmissibles me semble trop grand pour envisager d’outrepasser la règle de l’inadmissibilité.

e) *Conclusion sur l’hypnose*

L’admission du témoignage posthypnotique de M^{me} Haghnegahdar constitue une erreur de droit. Une autre complication mérite d’être soulignée en l’espèce. À la suite de l’entente intervenue entre les parties, l’avocat de la défense n’a pas contre-interrogé M^{me} Haghnegahdar sur les déclarations qu’elle avait faites avant la séance d’hypnose et le jury n’a pas été informé du fait qu’elle avait été soumise à l’hypnose. Je ne doute pas que cette entente

to minimize the risk that the jury would give undue weight to the witness's testimony if it was informed that she had undergone hypnosis. However, the fact remains that the jury was left without the proper evidentiary basis on which to assess the accuracy of the witness's testimony. The prejudice caused by the absence of cross-examination was exacerbated by Crown counsel's closing remarks:

Gity Haghnegahdar also testified that she saw the accused that same afternoon. Gity was certain that it was Wednesday, October 14, 1992, not some other Wednesday, and she was one hundred percent sure that it was the accused. Mr. Lynch was unable to shake her on that in cross-examination. She knew what week it was, she knew what day it was, she knew what time it was.

Gity was sure of her evidence on these issues, and let's not forget she was interviewed that very week by the police, so the events were still fresh in her mind. It is not a case of someone who is interviewed months afterwards and asked to try to recall events. She is interviewed that very week. [Emphasis added.]

Since Crown counsel knew both that Ms. Haghnegahdar had in fact changed her statement regarding the day she saw the appellant and that defence counsel was effectively prevented from cross-examining Ms. Haghnegahdar on the inconsistency between her pre- and post-hypnosis memories, it was unseemly for Crown counsel to characterize Ms. Haghnegahdar's testimony as being unshaken.

68 Other grounds have also been raised by the appellant, but only one of them must be considered in the present appeal: the admission of what is characterized as "similar fact" evidence.

B. *Similar Fact Evidence*

(1) Summary of Facts on the Issue of Similar Fact Evidence

69 At trial, Ms. Haghnegahdar testified that she had heard someone banging on the victim's apartment

découle du désir de l'avocat de la défense de réduire au minimum le risque que le jury accorde un trop grand poids au témoignage de M^{me} Haghnegahdar si on lui révélait qu'elle a été soumise à l'hypnose. Il demeure toutefois que le jury ne disposait pas de la preuve voulue pour évaluer l'exactitude de son témoignage. Le préjudice causé par l'absence de contre-interrogatoire a été amplifié par les observations finales de l'avocat de la poursuite :

[TRADUCTION] Gity Haghnegahdar a aussi déclaré qu'elle avait vu l'accusé au cours du même après-midi. Gity était certaine que c'était le mercredi 14 octobre 1992, non pas un autre mercredi, et elle était sûre à cent pour cent qu'il s'agissait de l'accusé. M. Lynch n'a pas réussi à l'ébranler à ce sujet en contre-interrogatoire. Elle savait quelle semaine c'était, quel jour c'était et à quelle heure c'était.

Gity était sûre de son témoignage sur ces questions, et n'oublions pas qu'elle a été interrogée au cours de la même semaine par les policiers, les événements étaient donc encore frais à sa mémoire. Il ne s'agit pas d'une personne qui est interrogée après des mois et à qui on demande d'essayer de se rappeler des événements. Elle a été interrogée au cours de cette même semaine. [Je souligne.]

L'avocat de la poursuite, qui savait que M^{me} Haghnegahdar avait en fait modifié sa déclaration concernant le jour où elle avait vu l'appellant, et que l'avocat de la défense ne pouvait pas la contre-interroger sur les contradictions entre ses souvenirs antérieurs et postérieurs à la séance d'hypnose, n'a pas agi correctement en affirmant que le témoignage de M^{me} Haghnegahdar était inébranlable.

L'appellant a fait valoir d'autres moyens, mais l'examen d'un seul suffira : l'admission de la prétendue preuve de « faits similaires ».

B. *Preuve de faits similaires*

(1) Résumé des faits concernant la preuve de faits similaires

Au procès, M^{me} Haghnegahdar a témoigné avoir entendu quelqu'un frapper à grands coups à la porte

door the night of the murder. Given the timing, this person was likely the murderer. In support of its theory that the person who banged on the door was Mr. Trochym, the Crown was permitted to call Darlene Oliphant, a former girlfriend of the appellant's, to testify. Ms. Oliphant testified that when she had asked the accused to move out of her apartment at the end of a seven-year relationship, he had done so, but had returned late that night, or early the next morning, and banged at her door, yelling profanities.

(2) Decisions of the Courts Below on the Similar Fact Evidence Issue

On the admissibility of Darlene Oliphant's testimony that the accused had banged on her door after she had broken off their relationship, the trial judge ruled that this "similar fact" evidence should be admitted because the probative value was high and outweighed any prejudicial effect. While the rest of Ms. Oliphant's evidence of the prior relationship was not sufficiently relevant to the issue before the court, the trial judge concluded that the evidence that the accused had banged on the door was circumstantially relevant to the issue of identity because it showed "a pattern of violent behaviour engaged in by the accused when rejected by a girlfriend following a serious relationship" (Court of Appeal reasons, at para. 44).

On appeal, the Ontario Court of Appeal rejected the appellant's challenge to the admission of Darlene Oliphant's testimony and upheld the trial judge's finding that the probative value of this "similar fact" evidence outweighed its prejudicial effect. MacPherson J.A. held that this decision was entitled to considerable deference and that, although the trial judge did not have the benefit of this Court's decisions in *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, and *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, "the trial judge's reasoning is faithful to those decisions and his conclusion is well within their parameters"

de l'appartement de la victime la nuit du meurtre. Vu le moment où cet incident est survenu, il s'agissait probablement du meurtrier. Pour étayer sa thèse voulant que la personne qui a frappé à la porte soit M. Trochym, le ministère public a été autorisé à citer comme témoin une ancienne petite amie de l'appelant, Darlene Oliphant. M^{me} Oliphant a déclaré que, le jour où elle a demandé à l'accusé de quitter son appartement au terme d'une relation qui a duré sept ans, l'accusé est parti, mais il est revenu en fin de soirée ou le lendemain matin pour frapper à grands coups à sa porte en jurant à tue-tête.

(2) Décisions des juridictions inférieures sur la preuve de faits similaires

En ce qui concerne la recevabilité du témoignage de Darlene Oliphant portant que l'accusé avait frappé à sa porte à grands coups après qu'elle eut mis un terme à leur relation, le juge du procès a conclu qu'il fallait admettre cette preuve de « faits similaires » parce que sa valeur probante était grande et l'emportait sur ses effets préjudiciales. Estimant que le reste du témoignage de M^{me} Oliphant au sujet de sa relation antérieure ne présentait pas assez d'intérêt pour la question dont la cour était saisie, le juge du procès a quand même conclu que la preuve que l'accusé avait cogné à grands coups à la porte était pertinent d'un point de vue circonstanciel quant à la question de l'identité parce qu'il démontrait [TRADUCTION] « une tendance, chez l'accusé, à manifester un comportement violent lorsqu'il est rejeté par une petite amie avec qui il a eu une relation sérieuse » (motifs de la Cour d'appel, par. 44).

En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la demande de l'appelant qui contestait l'admission du témoignage de Darlene Oliphant et a confirmé la conclusion du juge de première instance voulant que la valeur probante de cette preuve de « faits similaires » l'emporte sur ses effets préjudiciales. Le juge MacPherson a conclu que cette décision devait bénéficier d'un haut degré de déférence et que, même si le juge du procès ne disposait pas des arrêts de notre Cour dans *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, et *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, [TRADUCTION] « le raisonnement

70

71

(para. 47). Finally, MacPherson J.A. expressed the view that, although Crown counsel had strayed to some extent in his closing address from the limited purpose for which the evidence had been admitted, the trial judge had corrected these transgressions by reinforcing, in his “clear and accurate charge”, the use to which the evidence could be put: to establish the identity of the person who had knocked on the door, but *not* to draw the inference that the appellant was a person of bad character and thus more likely to have committed the murder (para. 48).

(3) Analysis on the Similar Fact Evidence Issue

72 In *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 735, it was established that where the Crown seeks to adduce evidence of a morally repugnant act committed by an accused, the probative value of the evidence must be high enough to outweigh its potential prejudicial effect. Cory J. stated the following in *Arp*, at para. 48:

[W]here similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will the evidence have sufficient probative value to be admitted. [Emphasis added.]

Moreover, the balance between probative value and prejudicial effect can be assessed only “in light of the purpose for which the evidence is proffered” (*Handy*, at para. 69 (emphasis deleted)).

73 In the present case, the purpose of the evidence was to establish the identity of the person who had knocked on Ms. Hunter’s door late at night. Identifying the appellant as the person who had done so was of pivotal importance to establishing that he was the murderer.

74 The admission of Ms. Oliphant’s evidence is highly problematic given the generic quality of the acts. In *Handy*, Binnie J. (at para. 82) identified a number of factors that have been held to

du juge du procès est fidèle à ces décisions et sa conclusion n’outrepasse en rien leur portée » : par. 47. Enfin, le juge MacPherson a estimé qu’en prononçant sa plaidoirie finale, l’avocat du ministère public s’était quelque peu éloigné de la fin restreinte pour laquelle la preuve avait été autorisée, mais que le juge du procès avait corrigé cette irrégularité en réitérant dans son « exposé clair et précis » quelle utilisation pouvait être faite de cette preuve : elle pouvait servir à établir l’identité de la personne qui avait frappé à la porte, mais *non* à conclure que l’appelant était une personne de mauvaise moralité et qu’il était donc plus susceptible d’avoir commis le meurtre (par. 48).

(3) Analyse de la preuve de faits similaires

Dans *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, p. 735, il a été établi que lorsque le ministère public cherche à présenter la preuve d’un acte moralement répugnant commis par l’accusé, la valeur probante de cette preuve doit être assez grande pour l’emporter sur son effet préjudiciable. Comme l’a statué le juge Cory dans *Arp*, par. 48 :

[L]orsqu’une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l’improbabilité objective d’une coïncidence a été établie. Ce n’est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante pour être admissible. [Je souligne.]

En outre, l’appréciation de la valeur probante par rapport à l’effet préjudiciable ne peut se faire « qu’en fonction de la fin à laquelle [la preuve] est produite » (*Handy*, par. 69 (soulignement omis)).

En l’espèce, la preuve a été produite afin d’établir l’identité de la personne qui avait frappé à la porte de M^{me} Hunter très tard le soir. Il était fondamental de démontrer que cette personne était l’appelant pour établir qu’il était le meurtrier.

L’admission du témoignage de M^{me} Oliphant est très problématique étant donné la nature générale des actes en cause. Dans *Handy* (par. 82), le juge Binnie a énuméré plusieurs facteurs considérés

connect facts to similar circumstances, including:

- (1) the extent to which the other acts are similar in detail to the charged conduct;
- (2) the number of occurrences of the similar acts;
- (3) the circumstances surrounding or relating to the similar acts; and
- (4) any distinctive feature(s) unifying the incidents.

Although *Handy* was decided after the trial in the case at bar, MacPherson J.A. concluded that the trial judge's reasoning was faithful to *Handy* and that his conclusions were well within its parameters. With respect, I disagree.

The trial judge stated that the evidence “is admissible to show a pattern of emotional involvement which, when followed by rejection, turns to violence. Or, to put it another way, specifically it is evidence that the Oliphant relationship can show a pattern of violent behaviour engaged in by the accused when rejected by a girlfriend following a serious relationship” (Court of Appeal reasons, at para. 44 (emphasis added)). With respect, it would be rare for a single incident to evidence a “pattern”. A pattern is observed only if it is assumed that it was in fact the appellant who banged on the deceased's door the night of the murder. Moreover, banging on a door cannot be characterized as “distinct” or “unique” conduct that is somehow identifiable with a particular accused. The fact that the accused had in the past knocked on an ex-girlfriend's door can hardly be said to support the inference that he was the person who knocked on the door in this instance. On the identity issue, this evidence had little, if any, probative value.

Not only did this evidence lack probative value, but it was also highly prejudicial, particularly in

comme reliant les faits à des circonstances similaires, notamment :

- (1) la mesure dans laquelle les autres actes ressemblent dans leurs moindres détails à la conduite reprochée;
- (2) la fréquence des actes similaires;
- (3) les circonstances entourant les actes similaires ou s'y rapportant;
- (4) tout trait distinctif commun aux épisodes.

Bien que l'arrêt *Handy* ait été prononcé après la tenue du procès en l'espèce, le juge MacPherson a conclu que le raisonnement suivi par le juge du procès était fidèle à *Handy* et que ses conclusions n'en outrepassaient en rien la portée. Je ne suis pas d'accord.

Le juge du procès a affirmé que la preuve [TRADUCTION] « est admissible afin de montrer une tendance à s'engager émotionnellement qui, lorsque cet engagement est suivi d'un rejet, tourne à la violence. Autrement dit, il s'agit surtout d'une preuve que la relation avec M^{me} Oliphant peut démontrer une tendance, chez l'accusé, à manifester un comportement violent lorsqu'il est rejeté par une petite amie avec qui il a eu une relation sérieuse » (motifs de la Cour d'appel, par. 44 (je souligne)). En toute déférence, j'estime qu'il est rare qu'un incident isolé dénote une « tendance ». On ne constate cette tendance que si l'on présume que c'est effectivement l'appelant qui a frappé à grands coups à la porte de la défunte la nuit du meurtre. En outre, frapper à grands coups à une porte ne saurait être qualifié de comportement « distinct » ou « unique » qui peut être associé d'une certaine manière à un accusé donné. Le fait que l'accusé ait déjà frappé à grands coups à la porte d'une ancienne petite amie pourrait difficilement étayer l'inférence qu'il est celui qui a frappé à la porte en l'espèce. En ce qui concerne la question de l'identification, cette preuve n'a qu'une très faible, sinon aucune valeur probante.

En plus d'être dénuée de valeur probante, cette preuve était très préjudiciable, surtout en regard

light of how it was used by the Crown. Crown counsel referred to Darlene Oliphant's evidence in his closing statement. Noting that Ms. Oliphant, unlike the deceased, was "wise and chose not to open her door and let the accused in" when he banged on her door, Crown counsel made the following comment:

So we will never know exactly what would have happened to Darlene had she let the accused in and had she been alone at the time.

But I respectfully submit that the accused's angry comment to Darlene through the door that "you will never have anyone else," would seem to demonstrate that any encounter she might have had with the accused would not have been a peaceful one, as he was not handling the rejection at all well.

This comment strayed far from the purpose for which Ms. Oliphant's evidence had been introduced. The Crown's speculation regarding the possible outcome had Ms. Oliphant opened the door to Mr. Trochym was both highly prejudicial to the appellant and of doubtful relevance to his prosecution for the murder of Donna Hunter. The Crown's comment cannot be said to go to identifying the accused as the person who had knocked on the door.

77

The trial judge did not alleviate the prejudice. He instructed the jury that the similar facts showed "a pattern of violent behaviour engaged in by the accused when rejected by a girlfriend following a serious relationship" (Court of Appeal reasons, at para. 44 (emphasis added)). There was no evidence that the accused had committed violent acts against Ms. Oliphant. Adducing the evidence to show that the accused engages in violent behaviour is likely to have caused prejudice to the accused, since it went not to identifying him as the person who had knocked on the door, but to establishing that he is a "bad person", and would have caused the jury to be less critical of the evidence.

de la façon dont le ministère public l'a fait valoir. L'avocat du ministère public s'est reporté au témoignage de Darlene Oliphant dans ses observations finales. Soulignant que M^{me} Oliphant, contrairement à la victime, avait eu [TRADUCTION] « la sagesse de décider de ne pas ouvrir à l'accusé pour le laisser entrer » lorsqu'il avait frappé à sa porte à grands coups, le ministère public a fait les remarques suivantes :

[TRADUCTION] Nous ne saurons donc jamais exactement ce qu'il serait advenu de Darlene si elle avait laissé l'accusé entrer et si elle avait été seule à ce moment.

Je soutiens toutefois, en toute déférence, que les paroles qu'il a adressées rageusement à Darlene à travers la porte, soit « tu n'auras jamais personne d'autre », tendent à démontrer que leur rencontre ne se serait pas déroulée pacifiquement, car il n'acceptait vraiment pas d'être rejeté.

Ces remarques s'écartent de façon marquée de l'objectif dans lequel le témoignage de M^{me} Oliphant a été présenté au procès. Les suppositions du ministère public sur ce qui serait arrivé si M^{me} Oliphant avait ouvert la porte à M. Trochym étaient à la fois très préjudiciables à l'appelant et d'une pertinence douteuse quant à l'accusation portée contre lui pour le meurtre de Donna Hunter. On ne saurait dire que l'observation du ministère public visait à identifier l'accusé comme la personne qui avait frappé à la porte.

Le juge du procès n'a pas atténué ce préjudice. Dans ses directives au jury, il a affirmé que les faits similaires démontraient [TRADUCTION] « une tendance, chez l'accusé, à manifester un comportement violent lorsqu'il est rejeté par une petite amie avec qui il a eu une relation sérieuse » (motifs de la Cour d'appel, par. 44 (je souligne)). Rien n'indiquait que l'accusé avait été violent envers M^{me} Oliphant. La présentation de ce témoignage, dans le but de démontrer que l'accusé a un comportement violent, est susceptible de lui avoir causé préjudice puisqu'il ne servait pas à l'identifier comme la personne qui avait frappé à la porte, mais à le présenter comme une « mauvaise personne », ce qui amènerait le jury à ne pas faire preuve d'un sens critique aussi aigu dans son appréciation de la preuve.

In my view, the evidence of the appellant's alleged reaction to the prior breakup does not meet the objective test of "improbability of coincidence". The fact that the appellant had, on one previous occasion, banged on a girlfriend's door after their relationship ended is not sufficiently probative to outweigh the potential prejudicial effect of admitting that evidence for the purpose of identifying him as the killer. It was therefore an error of law to admit this evidence.

C. *Other Grounds of Appeal*

On appeal, the appellant raised a number of other concerns. These included adverse inferences the Crown sought to adduce from the appellant's post-offence conduct, the treatment of the "alibi", the manner in which Crown counsel cross-examined the appellant, and comments made by Crown counsel in his closing comments to the jury. In view of my finding that the admission of the post-hypnosis testimony and similar fact evidence constituted serious errors of law, it is not necessary to address these concerns other than by recalling Rand J.'s warning in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

Crown counsel are expected to present, fully and diligently, all the material facts that have evidentiary value, as well as all the proper inferences

J'estime que la preuve relative à la réaction alléguée de l'appellant à sa rupture antérieure ne respecte pas le critère objectif de l'« improbabilité d'une coïncidence ». Le fait que l'appellant ait, à une seule autre occasion, frappé à grands coups à la porte d'une petite amie après la fin de leur relation n'a pas une valeur probante suffisante pour l'emporter sur l'effet préjudiciable que pourrait avoir l'admission de cette preuve en vue d'établir qu'il était le tueur. C'était donc une erreur de droit que d'admettre cette preuve.

C. *Les autres moyens d'appel*

En appel, l'appellant a soulevé plusieurs autres questions concernant notamment les conclusions défavorables que le ministère public aurait voulu voir tirées de son comportement après l'infraction, le traitement de son « alibi », la manière dont l'avocat du ministère public l'a contre-interrogé et les observations faites par l'avocat de la poursuite dans sa plaidoirie finale à l'intention du jury. Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'admission du témoignage posthypnotique et de la preuve de faits similaires constituait de graves erreurs de droit, il n'est pas nécessaire d'analyser ces autres moyens, si ce n'est pour rappeler la remarque formulée par le juge Rand dans *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 23-24 :

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce qu'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

On s'attend de l'avocat de la poursuite qu'il présente avec diligence tous les faits substantiels qui ont une valeur probante, ainsi que toutes les inférences qui

that may reasonably be drawn from those facts. However, it is not the Crown's function "to persuade a jury to convict other than by reason": *R. v. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200 (Man. C.A.), at para. 59. Rhetorical techniques that distort the fact-finding process, and misleading and highly prejudicial statements, have no place in a criminal prosecution.

V. Conclusion and Application of the Curative Proviso

80 Pursuant to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, an appellate court may dismiss an appeal where, even though the trial court has erred in law, no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. This provision reads as follows:

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

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

. . . .

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

. . . .

(b) may dismiss the appeal where

. . . .

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

81 In *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, at para. 26, Arbour J., writing for the majority,

peuvent raisonnablement être tirées de ces faits. Toutefois, il n'appartient pas au ministère public de [TRADUCTION] « convaincre le jury de prononcer une déclaration de culpabilité sans fondement » : *R. c. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200 (C.A. Man.), par. 59. Les techniques rhétoriques qui faussent le processus de recherche des faits et les déclarations trompeuses et hautement préjudiciables n'ont pas leur place dans une poursuite pénale.

V. Conclusion et application de la disposition réparatrice

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* permet à la cour d'appel de rejeter l'appel dans le cas où, même si le juge du procès a commis une erreur de droit, aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. Voici ce que prévoit cette disposition :

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

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

. . . .

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

. . . .

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

. . . .

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

Dans *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86, par. 26, la juge Arbour, s'exprimant au nom de

stated that “[t]here are essentially two classes of errors which have been identified by reviewing courts and which have led to a proper application of the proviso. The first category is that of so-called ‘harmless errors’, or errors of a minor nature having no impact on the verdict. The second category encompasses serious errors which would justify a new trial, but for the fact that the evidence adduced was seen as so overwhelming that the reviewing court concludes that there was no substantial wrong or miscarriage of justice.” With respect to serious errors, Arbour J. (at para. 31) cited Sopinka J. in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 916, in support of the proposition that the proviso is applicable only if “the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction.”

The instant case is one that falls squarely within the second category of serious errors that will justify a new trial unless the properly adduced evidence is so overwhelming that a conviction is inevitable, or would invariably result. This standard should not be equated with the ordinary standard in a criminal trial of proof beyond a reasonable doubt. The application of the proviso to serious errors reflects a higher standard appropriate to appellate review. The standard applied by an appellate court, namely that the evidence against an accused is so overwhelming that conviction is inevitable or would invariably result, is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case “beyond a reasonable doubt” at trial. This higher standard reflects the fact that it is difficult for an appellate court, in particular when considering a jury trial, since no detailed findings of fact will have been made, to consider retroactively the effect that, for example, excluding certain evidence could reasonably have had on the outcome.

la majorité, a expliqué que « [l]es cours d’appel ont relevé essentiellement deux catégories d’erreurs qui enclenchent, à bon droit, l’application de la disposition réparatrice. La première catégorie est celle des erreurs dites “erreurs inoffensives”, ou des erreurs négligeables qui n’ont aucune incidence sur le verdict. La seconde catégorie englobe de graves erreurs qui justifieraient la tenue d’un nouveau procès, si ce n’était que la cour d’appel juge la preuve présentée accablante au point de conclure qu’aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s’est produit. » En ce qui concerne les erreurs graves, la juge Arbour cite, au par. 31, le juge Sopinka dans *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 916, pour préciser que la disposition réparatrice s’applique uniquement si « la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l’accusé d’un procès régulier puisque cette privation est minime lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité. »

L’affaire qui nous est soumise appartient nettement à la seconde catégorie, soit celle des erreurs graves qui justifieront la tenue d’un nouveau procès, à moins que la preuve produite soit à ce point accablante qu’une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée. Cette norme ne doit pas être assimilée à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable qui s’applique ordinairement dans un procès criminel. L’application de la disposition réparatrice aux erreurs graves répond à une norme plus rigoureuse, appropriée à une procédure d’appel. La norme que la juridiction d’appel doit utiliser, savoir déterminer si la preuve contre un accusé est à ce point accablante qu’une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée, est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations « hors de tout doute raisonnable » lors du procès. Cette norme plus élevée tient compte du fait qu’il est difficile pour une juridiction d’appel, surtout dans le cas d’un procès avec jury où elle ne dispose pas de conclusions détaillées sur les faits, de déterminer rétroactivement quel effet, par exemple, l’exclusion de certains éléments de preuve aurait raisonnablement pu avoir sur l’issue du procès.

83 In the case at bar, I have found that the evidence used to convict the accused of second degree murder included two important items that should never have been put before the jury. The question of the application of the curative proviso is one that is easily answered in the negative. This is not a case where I can conclude that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the errors not been made. The post-hypnosis evidence, considered critical by the Crown and characterized as significant by the judge, has to be excluded. The similar fact evidence must also be excluded. Once those two pieces of evidence are withdrawn, it cannot be said that the remaining evidence “is so overwhelming that [the] trier of fact would inevitably convict”.

84 I would therefore allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

85 CHARRON J. — I agree with my colleague, Deschamps J., about the disposition of this appeal for the reasons she gives, except for the limits she places on the use of the testimony of a witness who has undergone hypnosis, as explained in para. 64 of her reasons.

86 First, my colleague would admit in evidence only those parts of the testimony that were not subject to questions during the hypnosis session and only when the trial judge is satisfied that any detrimental effects resulting from the hypnosis are overcome by the probative value of the testimony. Second, my colleague would make it mandatory in all such cases that special instructions be given to the jury concerning the effect of hypnosis on the weight of the testimony.

87 I agree that those parts of the testimony of a witness who has undergone hypnosis that were *not* the subject-matter of the hypnosis can be admitted. For example, if a complainant, who alleges that she was sexually assaulted by an assailant she cannot

En l’espèce, la preuve à partir de laquelle l’accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré comportait deux éléments importants qui, à mon avis, n’auraient jamais dû être soumis au jury. On arrive donc aisément à la conclusion que la disposition réparatrice ne peut être appliquée. Il ne s’agit pas d’un cas qui permet de conclure à l’absence de possibilité raisonnable que le verdict eut été différent sans les erreurs qui ont été commises. Le témoignage posthypnotique, que le ministère public considérait crucial et que le juge a qualifié d’important, doit être exclu. La preuve de faits similaires doit aussi être exclue. Une fois ces deux éléments de preuve supprimés, on ne saurait affirmer que la preuve restante est « à ce point accablante » qu’il faille conclure « que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité ».

Je suis donc d’avis d’accueillir l’appel, d’annuler la déclaration de culpabilité et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CHARRON — Je suis d’accord avec ma collègue, la juge Deschamps, quant à l’issue du pourvoi et je souscris à ses motifs, sauf en ce qui concerne les limites qu’elle impose, au par. 64, au témoignage d’une personne qui a été soumise à l’hypnose.

Premièrement, ma collègue est d’avis que seules les parties du témoignage sur lesquelles le sujet n’a pas été questionné au cours de la séance d’hypnose soient admises en preuve, et ce à condition que le juge du procès soit convaincu que la valeur probante du témoignage l’emporte sur les effets préjudiciables de l’hypnose. Deuxièmement, ma collègue estime que le jury doit obligatoirement, en pareil cas, recevoir des directives spécifiques concernant l’effet de l’hypnose sur le poids à accorder au témoignage.

Je suis d’accord pour dire que les parties de la déposition d’un témoin soumis à l’hypnose qui portent sur des questions qui *n’ont pas* été abordées lors de la séance d’hypnose peuvent être admises en preuve. Par exemple, lorsqu’une plaignante qui

identify, is questioned under hypnosis about the identity of her assailant, her testimony about the assault should be admissible in the usual way. In my view, there is no good reason to exclude her testimony about the assault. Hence, in such cases, it would not be necessary for the proponent of the evidence to show that the detrimental effects of the hypnosis are overcome by the probative value of the testimony.

In addition, it is my view that the trial judge should have the discretion to admit post-hypnosis testimony when the proposed testimony is shown, usually by means of a pre-hypnosis statement made by the witness, to be entirely based on the witness's pre-hypnosis memories. To take my previous example, if the complainant gave a pre-hypnosis statement describing her assailant as a white, heavy-set man and she still maintains that memory following the hypnosis, it should be open to the trial judge to admit the testimony about the identity of the assailant if the trial judge is satisfied that any detrimental effect resulting from the hypnosis is overcome by the probative value of the evidence. I appreciate that there may nonetheless be lingering detrimental effects flowing from the hypnosis, such as memory hardening, as described by my colleague. However, it is my view that proof of the consistent pre-hypnosis statement can constitute sufficient rehabilitation of the witness to warrant admission of the testimony. In my respectful view, the approach adopted by my colleague overshoots the underlying purpose for excluding post-hypnotic memories.

Finally, in all cases where the testimony of a witness who has undergone hypnosis is admitted in accordance with these reasons, I would leave it to the discretion of the trial judge to determine in the circumstances of the particular case whether expert evidence is necessary to explain those effects and whether any special instruction is called for to assist the jury in its assessment of the evidence.

allègue avoir été victime d'une agression sexuelle, mais ne peut identifier son agresseur, est interrogée sous hypnose sur l'identité de celui-ci, son témoignage concernant l'agression même devrait être admissible selon les règles habituelles. À mon avis, aucun motif valable ne justifie l'exclusion de son témoignage sur l'agression. Par conséquent, en pareil cas, cette preuve devrait pouvoir être présentée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que sa valeur probante l'emporte sur les effets préjudiciales de l'hypnose.

De plus, selon moi, le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'admettre la déposition posthypnotique d'un témoin lorsqu'il est établi — habituellement par une déclaration faite par le témoin avant la séance d'hypnose — qu'elle repose entièrement sur ses souvenirs pré-hypnotiques. Pour reprendre l'exemple de la plaignante mentionnée précédemment, si elle a décrit son agresseur comme un homme blanc, costaud, avant la séance d'hypnose et qu'elle en garde le même souvenir après la séance d'hypnose, le juge du procès devrait pouvoir admettre son témoignage sur l'identité de l'agresseur s'il est convaincu que la valeur probante de ce témoignage l'emporte sur tout effet préjudiciable résultant de l'hypnose. Je reconnais que certains effets préjudiciables de l'hypnose peuvent quand même subsister, tel le durcissement de la mémoire, comme le décrit ma collègue. Je suis toutefois d'avis que la preuve d'une déclaration compatible antérieure à la séance d'hypnose peut rétablir suffisamment la crédibilité du témoin pour justifier l'admission de son témoignage. J'estime, en toute déférence, que la solution adoptée par ma collègue dépasse l'objectif visé par l'exclusion des souvenirs posthypnotiques.

Enfin, dans tous les cas où le témoignage d'une personne qui a été soumise à l'hypnose est admis en preuve conformément aux présents motifs, je suis d'avis qu'il devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider, compte tenu des circonstances propres à l'espèce, s'il est nécessaire d'entendre les explications d'un expert sur les effets de l'hypnose et s'il y a lieu de donner des instructions spéciales au jury pour l'aider à apprécier la preuve.

90 In other respects, I agree with my colleague.

The reasons of Bastarache, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

91 BASTARACHE J. (dissenting) — Stephen Trochym was convicted, after a 14-week trial, by judge and jury, for the second degree murder of Donna Hunter. The Crown led a strong case against the accused, calling over 40 witnesses. The appellant contests the admission of several pieces of evidence and alleges Crown improprieties in the conduct of its case. Except for the similar fact evidence of Darlene Oliphant, I find no error on the part of the trial judge for admitting the evidence in issue, nor do I find the Crown's conduct to have been problematic. I do not find the admission of post-hypnosis testimony to have been problematic in this case. Most importantly, I conclude that the evidence against Mr. Trochym was so overwhelming as to permit the application of the curative proviso. In this respect, I find it necessary to set out the facts in far more detail than does my colleague Justice Deschamps.

1. Facts

92 Donna Hunter's body was found in her apartment around 11:00 p.m. on October 16, 1992. A concerned friend, who had tried to reach Ms. Hunter several times by phone in the preceding days only to realize her phone was off the hook, contacted Ms. Hunter's superintendent. He suggested that she call the police, who immediately came to the scene. The door to the apartment was found unlocked and Ms. Hunter's body was found in a seated position on the floor, her back against her couch and head slumped upon the couch cushion. Her nightgown was positioned in such a way to reveal her breasts and underwear. She had been stabbed repeatedly in the throat with a knife, severing her jugular. There were numerous other wounds on her body as well. It was clear from the

Sur tous les autres points, je souscris aux motifs de ma collègue.

Version française des motifs des juges Bastarache, Abella et Rothstein rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — À l'issue d'un procès de 14 semaines devant un juge et un jury, Stephen Trochym a été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de Donna Hunter. Le ministère public a présenté une preuve solide contre l'accusé, faisant entendre plus de 40 témoins. L'appelant conteste l'admission de plusieurs éléments de preuve et allègue que le ministère public a commis des irrégularités dans la conduite de l'affaire. J'estime que le juge du procès n'a commis aucune erreur en admettant les éléments de preuve en litige, à l'exception de la preuve de faits similaires offerte par Darlene Oliphant, et je ne vois non plus rien d'irrégulier dans la conduite du ministère public. Je suis d'avis que l'admission du témoignage posthypnotique ne posait pas problème en l'espèce. Mais surtout, je conclus que la preuve présentée contre M. Trochym était à ce point accablante qu'elle permet l'application de la disposition réparatrice. À cet égard, je crois nécessaire d'exposer les faits de façon beaucoup plus détaillée que ne l'a fait ma collègue, la juge Deschamps.

1. Les faits

On a découvert le corps de Donna Hunter dans son appartement vers 23 h le 16 octobre 1992. Une amie de M^{me} Hunter avait essayé de la joindre par téléphone à maintes reprises les jours précédents avant de se rendre compte que son téléphone était décroché. Inquiète, elle a communiqué avec le gérant de l'immeuble qui lui a conseillé d'appeler la police. Des policiers se sont immédiatement rendus sur place. À leur arrivée, la porte de l'appartement n'était pas fermée à clef et M^{me} Hunter était morte. Ils l'ont trouvée assise par terre, adossée contre le canapé, la tête affaissée sur un coussin. Sa chemise de nuit était placée de façon à dévoiler sa poitrine et ses sous-vêtements. Elle avait reçu plusieurs coups de couteau à la gorge et ses veines jugulaires avaient été sectionnées. Son corps portait de

state of decomposition of the body that Ms. Hunter had been dead for some time.

Police investigators placed the time of the murder between 1:00 a.m. and 5:20 a.m. on Wednesday, October 14, 1992. They also concluded that the body had been moved some 8 to 12 hours after the murder. Given the small amount of blood found on the floor by the body, and the great amount found soaked into the cushions of the couch, forensics concluded that Ms. Hunter was killed on the couch facing downwards. The lividity on the body (discolouration of skin where blood pools on account of the pull of gravity post-mortem) was also consistent with her body having been laying face down on the couch for the first 8 to 12 hours following death, rather than in a seating position on the floor. The crime scene also appeared to be rearranged. The couch cushions, and other items, had been moved to hide dried blood stains. Police were sure that it was only the murderer who would have moved the body and rearranged the scene.

It did not appear that a stranger could have committed the murder. There was no sign of a break-in. No money or other valuables were stolen from Ms. Hunter's apartment. Aside from the arranging of Ms. Hunter's nightgown, there was no evidence of sexual assault. Police believed that the killer intentionally tried to make it look as if the murder had been sexually motivated. Ms. Hunter's friends testified that she had been a very security-conscious person and would not have opened her door to a stranger in the middle of the night. As well, a stranger would not have a motive to rearrange the scene or make the murder look sexually motivated. Nor would a stranger take the risk of staying at the scene for several hours or later returning to the scene in order to do so.

Gity Haghnegahdar, Ms. Hunter's neighbour, who was up late studying, testified to hearing someone banging on Ms. Hunter's apartment door between 1:00 a.m. and 2:00 a.m. of Wednesday,

nombreuses autres blessures. L'état de décomposition du corps indiquait clairement que M^{me} Hunter était décédée depuis un certain temps.

Les policiers enquêteurs ont estimé que le meurtre avait été commis entre 1 h et 5 h 20 le mercredi 14 octobre 1992. Ils ont également conclu que le corps avait été déplacé environ huit à douze heures après le meurtre. Étant donné la faible quantité de sang sur le sol, à proximité du corps, et la grande quantité de sang dont étaient imbibés les coussins du canapé, les experts judiciaires ont conclu que M^{me} Hunter avait été tuée à plat ventre sur le canapé. La lividité du corps (changement de couleur de la peau là où le sang s'accumule sous l'effet de la gravité après le décès) tendait aussi à indiquer que, pendant les huit à douze heures qui avaient suivi le décès, la victime était restée étendue sur le ventre sur le canapé et non en position assise sur le plancher. La scène du crime paraissait aussi avoir été réarrangée. Les coussins du canapé et d'autres objets avaient été déplacés pour cacher des taches de sang séché. Les policiers étaient convaincus que seul le meurtrier pouvait avoir déplacé le corps et réarrangé la scène.

Le meurtre ne pouvait apparemment pas avoir été commis par un étranger. Il n'y avait aucune trace d'introduction par effraction. On n'avait volé ni argent ni objet de valeur dans l'appartement de M^{me} Hunter. Hormis la disposition de la chemise de nuit de la victime, rien n'indiquait qu'il y avait eu agression sexuelle. Selon la police, le meurtrier avait intentionnellement essayé de faire croire à un meurtre à caractère sexuel. Des amis de M^{me} Hunter ont témoigné qu'elle était très prudente et qu'elle n'aurait pas ouvert la porte à un étranger au milieu de la nuit. De plus, un étranger n'aurait eu aucune raison de réarranger la scène ou de faire croire à un meurtre à caractère sexuel et n'aurait pas non plus pris le risque de rester plusieurs heures sur le lieu du crime ou d'y retourner plus tard pour réarranger la scène.

Gity Haghnegahdar, une voisine de M^{me} Hunter qui avait étudié tard ce soir-là, a témoigné avoir entendu quelqu'un frapper à grands coups à la porte de l'appartement de M^{me} Hunter entre 1 h et 2 h le

93

94

95

October 14. (I note that Ms. Haghnegahdar's memories on this point were not subject to hypnosis.) She described hearing someone banging very hard on the door and a man asking to be let in and Donna Hunter yelling at him that she would not open the door. This went on for about 5 to 10 minutes, until Ms. Haghnegahdar heard the door open, a conversation take place, the pair enter the apartment and close the door behind them. From this evidence, the estimated time of her death, and the evidence supporting that the murderer was not a stranger, police deduced that the person banging was someone Ms. Hunter knew and that this person was the killer.

96 The Crown's investigation revealed that no one Ms. Hunter knew had a motive to kill her, except for the appellant. His motive was her attempt to break up with him on the evening of October 13, 1992. Mr. Trochym and Ms. Hunter met at a bar on December 31, 1991 and began dating soon after. In April 1992, Mr. Trochym moved into Ms. Hunter's apartment. There was a lot of evidence adduced at trial to show that Mr. Trochym had very strong feelings for Ms. Hunter right up until her murder. For example, he gave her love notes and cards, an "eternity" ring, which symbolizes life-long commitment, and had expressed his intention to marry Ms. Hunter to a co-worker. This was contradictory to Mr. Trochym's evidence that their relationship had petered out by the spring of 1992 and that their relationship was more like one of roommates that occasionally had sex.

97 There were also many witnesses, including Ms. Hunter's friends and the employees and patrons of the bars the couple frequented, who testified that Mr. Trochym was both possessive and controlling of Ms. Hunter and got extremely jealous when she spoke with other men. A few witnesses testified to seeing Mr. Trochym become physically and verbally abusive with Ms. Hunter.

98 Most importantly in this respect, there was evidence of Ms. Hunter's friends attesting to her

mercredi 14 octobre. (Je souligne que les souvenirs de M^{me} Haghnegahdar sur ce point n'ont pas été évoqués lors de la séance d'hypnose.) Elle a décrit avoir entendu quelqu'un cogner violemment à la porte, un homme exiger qu'on le laisse entrer et Donna Hunter lui crier qu'elle ne lui ouvrirait pas. Cela s'est poursuivi pendant 5 à 10 minutes, jusqu'à ce que M^{me} Haghnegahdar entende la porte s'ouvrir, une conversation avoir lieu et les deux personnes entrer dans l'appartement et refermer la porte. À partir de ce témoignage, de l'heure estimée du décès et des éléments de preuve étayant la thèse que le meurtrier n'était pas un étranger, la police a déduit que M^{me} Hunter connaissait la personne qui avait frappé à sa porte et que cette personne était le meurtrier.

L'enquête du ministère public a révélé que, parmi toutes les personnes que M^{me} Hunter connaissait, seul l'appelant avait un mobile pour la tuer : la victime avait essayé de mettre fin à leur relation le soir du 13 octobre 1992. M. Trochym et M^{me} Hunter s'étaient rencontrés dans un bar le 31 décembre 1991 et avaient commencé à se fréquenter peu après. En avril 1992, M. Trochym avait emménagé chez M^{me} Hunter. De nombreux éléments de preuve présentés au procès démontrent que l'appelant éprouvait des sentiments intenses pour M^{me} Hunter, et ce jusqu'au moment du meurtre. Par exemple, il lui avait écrit des mots et des cartes d'amour, il lui avait offert une bague de « fidélité », symbole d'un engagement éternel, et il avait manifesté à un collègue de travail son intention de l'épouser. Ces faits contredisent son témoignage selon lequel, au printemps 1992, leur relation s'était dégradée et s'apparentait depuis davantage à une relation de colocataires ayant occasionnellement des relations sexuelles.

De nombreux autres témoins, dont des amis de M^{me} Hunter et des employés et clients des bars que fréquentait le couple, ont déclaré que M. Trochym avait une attitude possessive et contrôlante envers M^{me} Hunter et qu'il était très jaloux quand elle parlait à d'autres hommes. Quelques témoins ont relaté avoir vu M. Trochym user de violence physique et verbale à l'endroit de M^{me} Hunter.

Les éléments de preuve les plus importants à cet égard sont les témoignages des amis de M^{me} Hunter

growing resolve to end the relationship during the fall of 1992. Specifically, there was evidence that she had decided to break up with him the evening of October 13, 1992. The testimony of bar patrons and employees who saw Mr. Trochym and Ms. Hunter together that evening, first at *Bert & Ernie's* bar, then later at *Shakey's* bar, support that she was attempting to ignore him and that Mr. Trochym was not receptive to this. For example, a bar patron at *Bert & Ernie's* testified to seeing Mr. Trochym trying to “suck up” to Ms. Hunter, trying to put his arm around her and kiss her, and Ms. Hunter pulling away and telling him to go away. This witness, as well as the bar manager and the doorman, testified to seeing Ms. Hunter run out of the bar at one point on the evening of October 13, and Mr. Trochym going after her, bringing her back in after an argument outside, Mr. Trochym then trying to be “lovey dovey” and Ms. Hunter not buying it. Later at *Shakey's* bar, Mr. Trochym was seen arguing with Ms. Hunter and one of her friends and at one point grabbing her by the arms and pulling her aside. This evidence contradicted Mr. Trochym's testimony that the reason Ms. Hunter was upset that evening related to money and problems with her children.

The Crown was able to show that not only did Mr. Trochym have a motive to kill Ms. Hunter, he also had the opportunity to do so. At some point, Mr. Trochym left *Shakey's* without Ms. Hunter and returned to *Bert & Ernie's* where he was refused service. The bartender at *Bert & Ernie's* testified that this was around 12:30 a.m. The distance of the drive between *Bert & Ernie's* bar and Ms. Hunter's apartment would have placed him at the apartment around 1:00 a.m. His arrival would have been concurrent with the time Ms. Haghnegahdar testified to hearing the banging on Ms. Hunter's door. The Crown's theory was that, in a rage and locked out, Mr. Trochym banged on the door, convinced Ms. Hunter to let him in, and then killed her.

Mr. Trochym's version of events was that after being refused service at the bar, he returned back

selon lesquels sa détermination à mettre un terme à la relation s'était raffermie au cours de l'automne 1992. Plus précisément, la preuve indique qu'elle avait décidé de rompre avec M. Trochym le soir du 13 octobre 1992. Selon le témoignage de clients et d'employés des bars qui l'ont vue avec M. Trochym ce soir-là, d'abord au bar *Bert & Ernie's* puis au bar *Shakey's*, elle avait essayé de ne pas lui accorder d'attention, mais cette attitude n'avait pas eu l'effet voulu sur lui. Par exemple, un client du bar *Bert & Ernie's* a déclaré avoir vu M. Trochym tenter d'« amadouer » M^{me} Hunter en essayant de l'enlacer et de l'embrasser, et M^{me} Hunter le repousser et lui dire de s'en aller. Ce témoin ainsi que le gérant et le portier du bar ont affirmé avoir vu, à un certain moment dans la soirée du 13 octobre, M^{me} Hunter quitter précipitamment le bar et M. Trochym la poursuivre, la ramener à l'intérieur après s'être querellé avec elle dehors, M. Trochym essayant alors d'adopter une attitude « douceuse » mais M^{me} Hunter refusant de se laisser attendrir. Plus tard, au bar *Shakey's*, on a vu M. Trochym se disputer avec M^{me} Hunter et quelqu'un de ses amis puis, à un moment donné, la prendre par le bras et la tirer de côté. Ce témoignage contredit celui de M. Trochym qui a déclaré que M^{me} Hunter était de mauvaise humeur ce soir-là pour des questions d'argent et des problèmes concernant ses enfants.

Le ministère public a pu démontrer non seulement que M. Trochym avait un mobile pour tuer M^{me} Hunter, mais aussi qu'il a eu la possibilité de le faire. M. Trochym a quitté le bar *Shakey's* sans M^{me} Hunter et est retourné chez *Bert & Ernie's* où on a refusé de le servir. Au dire du barman de *Bert & Ernie's*, il était alors environ minuit trente. S'il s'était rendu en voiture du bar *Bert & Ernie's* à l'appartement de M^{me} Hunter, il y serait arrivé vers 1 h du matin. Son arrivée aurait coïncidé avec l'heure à laquelle M^{me} Haghnegahdar a déclaré avoir entendu frapper à grands coups à la porte de M^{me} Hunter. La théorie du ministère public était que M. Trochym, en colère et devant la porte fermée à clé, a cogné violemment chez M^{me} Hunter, l'a convaincue de le laisser entrer et l'a tuée.

Selon la version des faits de M. Trochym, après qu'on eut refusé de le servir au bar, il est retourné

to the apartment shortly after 11:30 p.m. and Ms. Hunter came home 10 to 15 minutes later. They argued over money, and having wanted to separate from her for many months, Mr. Trochym decided to move back to his parent's house permanently. He took a taxi back to his parents' house, as he had locked the keys to the underground parking lot in his car. He arrived there around 12:30 a.m., went to sleep, woke up at 5:30 a.m. the next morning and arrived at work, travelling via subway, at about 7:20 a.m. However, Mr. Trochym's father did not recall seeing his son at the house that morning. Contrary to his claim that he arrived at work on time that day, two of Mr. Trochym's co-workers testified to him being two hours late. As well, contrary to Mr. Trochym's claim that he left his car in the apartment parking garage, the security guard at Canada Post testified to seeing Mr. Trochym's car in its designated parking space that day when he arrived at 11:00 a.m.

101 In addition to this evidence surrounding the time of the actual murder, the Crown produced extensive evidence of Mr. Trochym's conduct in the days following the murder that firmly supported that he murdered Donna Hunter.

102 Most importantly, there was the sighting of Mr. Trochym at the apartment building, and specifically the sighting of him coming out of her apartment at a time when forensics determined she would have already been dead, but before her body was discovered by authorities. Whether one accepts the pre-hypnotically refreshed memories of Ms. Haghnegahdar seeing Mr. Trochym around 3:00 p.m. on Thursday or her hypnotically refreshed memories of seeing him around 3:00 p.m. on Wednesday, her eye-witness sighting of him places him at the crime scene at a time when he would have known Ms. Hunter's murdered body was inside the apartment. The Crown argued that this is when Mr. Trochym returned to the apartment to move the body to make the murder look sexually motivated.

à l'appartement, peu après 23 h 30, et M^{me} Hunter est arrivée 10 à 15 minutes plus tard. Ils se sont querellés sur des questions d'argent et, comme il voulait déjà se séparer d'elle depuis de nombreux mois, M. Trochym a décidé de retourner vivre définitivement chez ses parents. Il a pris un taxi pour s'y rendre, car il avait laissé les clés du garage souterrain dans sa voiture. Il est arrivé à destination vers minuit trente, est allé se coucher, s'est réveillé vers 5 h 30 et a pris le métro pour se rendre au travail, où il est arrivé vers 7 h 20. Le père de M. Trochym ne se rappelle toutefois pas avoir vu son fils à la maison ce matin-là. Alors que M. Trochym a prétendu être arrivé à l'heure au travail, trois de ses collègues l'ont contredit, déclarant qu'il était arrivé deux heures en retard ce matin-là. De plus, M. Trochym a affirmé avoir laissé sa voiture dans le garage de l'appartement. Or, le gardien de sécurité de Postes Canada a déclaré au contraire avoir vu la voiture de M. Trochym dans l'espace de stationnement qui lui était assigné lorsqu'il est arrivé, à 11 h ce jour-là.

En plus de la preuve concernant l'heure où le meurtre aurait été commis, le ministère public a produit une preuve très étoffée du comportement de M. Trochym au cours des jours suivant le meurtre, qui indiquait fortement qu'il avait tué Donna Hunter.

Plus important encore, on a vu M. Trochym dans l'immeuble d'habitation de la victime et, plus précisément, on l'a vu sortir de l'appartement à un moment où elle était déjà morte, de l'avis des médecins légistes, mais son corps n'avait pas encore été découvert par les autorités. Que l'on retienne les souvenirs préhypnotiques de M^{me} Haghnegahdar, selon lesquels elle aurait vu M. Trochym vers 15 h le jeudi, ou ses souvenirs ravivés par hypnose, selon lesquels elle l'aurait vu à la même heure le mercredi, ce témoin oculaire l'a vu sur les lieux du crime à un moment où il aurait dû savoir que M^{me} Hunter avait été tuée puisque son cadavre se trouvait dans l'appartement. Le ministère public a soutenu que M. Trochym était retourné à l'appartement à ce moment-là pour déplacer le corps et réarranger la scène afin de laisser croire à un meurtre à caractère sexuel.

There was the evidence of Gordon Raymer, Ms. Hunter's building superintendent, and Phyllis Humenick, the superintendent's babysitter. Both placed Mr. Trochym, wearing a dark hip-length coat and dark pants, at the apartment building, looking to be let into the parking garage, between 1:55 p.m. and 2:30 p.m. on Wednesday. This corroborated Ms. Haghnegahdar's evidence of seeing Mr. Trochym on the Wednesday. Second, Ms. Humenick's and Mr. Raymer's evidence contradicted Mr. Trochym's evidence that he had been at work all afternoon and had only gone to the apartment building after work that day.

The Crown adduced evidence that despite his claim to being at work all afternoon on Wednesday, October 14, and having computer records showing him logged on to Canada Post computers that afternoon, there would have been an opportunity for him to sneak out of his work area, unnoticed by co-workers. There was also evidence from Mr. Trochym's supervisor that it was possible that someone else could have logged into the computer network using Mr. Trochym's password. This supervisor recounted one documented incident in March 1993 when someone else logged onto Mr. Trochym's computer station using his password. As well, no witness could confirm his absence or presence at work that afternoon. There was, however, evidence from a Canada Post security guard that he had seen Mr. Trochym hanging around after his shift ended at 4:00 p.m., which was unusual for him, and acting as if trying to be noticed by others.

The Crown argued that Mr. Trochym planned to "find" the body, under the pretense of going to the apartment for his belongings a few days after the murder. He went to the apartment on the afternoon of Saturday, October 17, wearing clothes unsuitable for moving furniture (dress pants and a tie) and accompanied by his old and ailing father, who would not have been strong enough to carry anything. He was met by a police officer guarding the door and was not permitted entry. He did not inquire into what was going on or Ms. Hunter's

Le gérant de l'immeuble où habitait M^{me} Hunter, Gordon Raymer, et la gardienne d'enfants de ce dernier, Phyllis Humenick, ont témoigné. Tous deux ont déclaré avoir vu M. Trochym, vêtu d'une veste foncée qui lui arrivait à la hanche et de pantalons foncés, qui cherchait à entrer dans le garage de l'immeuble entre 13 h 55 et 14 h 30 le mercredi. Ces témoignages corroborent celui de M^{me} Haghnegahdar selon lequel elle a vu M. Trochym mercredi. Ils contredisent par ailleurs celui de M. Trochym qui a raconté être resté au travail tout l'après-midi et ne s'être rendu à l'immeuble d'habitation qu'après son travail ce jour-là.

Bien que l'appelant ait affirmé avoir travaillé tout l'après-midi du mercredi 14 octobre et ait présenté des relevés établissant qu'il était branché au réseau informatique de Postes Canada cet après-midi-là, le ministère public a démontré qu'il aurait pu quitter son poste en douce, à l'insu de ses compagnons de travail. Selon le témoignage du supérieur de M. Trochym, il était également possible qu'une autre personne se soit branchée au réseau informatique en utilisant le mot de passe de M. Trochym. Ce supérieur a relaté que cela s'était déjà produit une fois, en mars 1993. Lors de cet incident documenté, une personne autre que M. Trochym s'était branchée au réseau en utilisant l'ordinateur et le mot de passe de M. Trochym. De plus, aucun témoin n'a pu confirmer son absence ou sa présence au travail cet après-midi-là. Un gardien de sécurité de Postes Canada a cependant déclaré avoir vu M. Trochym traîner après la fin de sa période de travail qui se terminait à 16 h. Cela était inhabituel et, au dire de ce témoin, l'appelant agissait comme s'il cherchait à se faire remarquer.

Le ministère public a fait valoir que M. Trochym planifiait en fait « trouver » le corps en utilisant comme prétexte d'aller chercher ses effets personnels à l'appartement quelques jours après le meurtre. L'appelant s'est rendu à l'appartement le samedi 17 octobre, en après-midi, vêtu de façon inappropriée pour déménager des meubles (pantalons de ville et cravate) et accompagné de son père âgé et de santé fragile, qui n'aurait pas eu la force de transporter quoi que ce soit. Il est tombé sur un policier qui gardait la porte et qui ne lui a pas permis d'entrer. Il

103

104

105

well-being. When left a message later that day by the same police officer, who wanted to provide him with further information, Mr. Trochym did not return the call.

106 There was also the evidence of Detectives Clarke and McCulla, who interviewed Mr. Trochym on Sunday, October 18. During this interview Mr. Trochym was asked about his relationship with Ms. Hunter, his whereabouts around the time of her murder, and how he had come to discover that she had been murdered. On this last question, Mr. Trochym indicated that after returning from a restaurant on Saturday evening with his brothers, Michelle McKinnon, the girlfriend of one of Mr. Trochym's brothers, after hearing rumours about Ms. Hunter's death, phoned the police for information. Mr. Trochym recounted that after getting off the phone, she turned to Mr. Trochym and his brothers and made a horizontal motion across her neck as if to indicate that Ms. Hunter's throat had been cut. Ms. McKinnon testified at trial that she had only been informed of Donna's death by police, not that she was murdered or had her throat cut, and she denied ever making such a gesture across her neck. The police corroborated her account by testifying that they did not release any information about the means of Ms. Hunter's death to the public. This demonstrated that Mr. Trochym knew of Ms. Hunter's means of death before anyone else could have.

107 The Crown also relied on the police interview of October 18, 1992, to argue that Mr. Trochym deliberately omitted relevant information from his statement (such as returning to *Bert & Ernie's* bar and being refused service on the evening of October 13), downplayed his feelings for Ms. Hunter and lied about aspects of their relationship.

108 The Crown also argued that the excuses Mr. Trochym gave to the police as the reason for not attending a second interview (that he had "darts and haircut" commitments) constituted proof that

n'a pas demandé ce qui se passait, ni si M^{me} Hunter se portait bien. Plus tard ce jour-là, ce même policier lui a laissé un message lui disant qu'il voulait lui donner plus d'informations, mais M. Trochym n'a pas retourné son appel.

Les détectives Clarke et McCulla qui ont interrogé M. Trochym le dimanche 18 octobre ont eux aussi fait une déposition. Ils lui ont posé des questions au sujet de sa relation avec M^{me} Hunter, de ses allées et venues vers l'heure du meurtre et de la façon dont il avait découvert qu'elle avait été assassinée. À cette dernière question, M. Trochym a répondu qu'en revenant du restaurant le samedi soir avec ses frères, Michelle McKinnon, la petite amie d'un de ses frères, avait téléphoné à la police pour se renseigner après avoir entendu des rumeurs concernant le décès de M^{me} Hunter. Il a raconté qu'elle s'était tournée vers lui et ses frères après avoir raccroché le téléphone et qu'elle avait fait un geste de la main, d'un côté à l'autre de son cou, comme pour indiquer que M^{me} Hunter s'était fait trancher la gorge. Au procès, M^{me} McKinnon a déclaré que la police lui avait uniquement dit que Donna était décédée, sans préciser qu'elle avait été assassinée ou qu'on lui avait tranché la gorge, et elle a nié avoir fait le geste décrit par l'appelant. La police a corroboré son récit en déclarant qu'elle n'avait divulgué au public aucune information concernant la cause du décès de M^{me} Hunter. Cela démontre que M. Trochym connaissait déjà cette cause avant que quiconque puisse savoir comment la victime était morte.

Le ministère public s'est également appuyé sur l'interrogatoire conduit par la police le 18 octobre 1992 pour soutenir que M. Trochym avait délibérément omis de donner des renseignements pertinents dans sa déclaration (par exemple, qu'il était retourné chez *Bert & Ernie's* dans la soirée du 13 octobre et qu'on avait refusé de le servir), qu'il avait minimisé ses sentiments à l'égard de M^{me} Hunter et menti sur certains aspects de leur relation.

Le ministère public a aussi fait valoir que les excuses données à la police pour ne pas se présenter à un deuxième entretien (un match de darts et un rendez-vous chez le coiffeur) démontraient que

Mr. Trochym's earlier unsolicited commitment to helping their investigation was only made in order to avoid suspicion. Further, there was evidence adduced regarding the appellant's failure to attend Ms. Hunter's visitations, funeral or benefit dinner, his failure to contact her friends or family to express his condolences, his failure to tell any of his co-workers about Ms. Hunter's death or request bereavement leave. The admission of this evidence was challenged on appeal as problematic. The majority finds it unnecessary to comment on this evidence; I will deal with these issues and conclude that such evidence properly met the standards for admission of post-offence conduct set out in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72.

Finally, there was the evidence of Darlene Oliphant, a former girlfriend of Mr. Trochym, who testified that after breaking up with him, Mr. Trochym came to her apartment in the early morning hours and banged on her door and windows. I will discuss this evidence further in the body of my analysis.

2. Judicial History

The rulings of the trial judge and the Court of Appeal ((2004), 71 O.R. (3d) 611) are summarized in my colleague's reasons. Any disagreement with her characterization of the judgments below is noted in the body of my analysis.

3. Analysis

A general principle of criminal evidence law is that a just result in criminal trials is best achieved when the decision maker has all relevant and probative information before him or her: see *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at pp. 454-55. When weighing probative value against prejudicial effect, this must be kept in mind. It must be recalled that "prejudicial effect" is the likelihood that the jury, even if properly instructed, will use the evidence for an improper purpose; it is not created merely by

c'est uniquement dans le but d'écarter les soupçons que M. Trochym avait offert spontanément aux policiers de les aider dans leur enquête. Des éléments de preuve ont aussi été présentés pour démontrer que l'appelant n'a pas effectué de visite mortuaire à l'occasion du décès de M^{me} Hunter, qu'il n'a assisté ni à ses funérailles ni au souper-bénéfice, qu'il n'a communiqué ni avec les amis ni avec la famille de la défunte pour leur offrir ses condoléances, qu'il n'a parlé du décès de M^{me} Hunter à aucun de ses compagnons de travail et qu'il n'a pas demandé de congé de deuil. L'admission de cette preuve a été contestée en appel. Les juges de la majorité ne croient pas nécessaire de la commenter. Je traiterai de ces questions, pour conclure que ces éléments de preuve répondent aux critères d'admissibilité en preuve du comportement postérieur à l'infraction énoncés dans *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72.

Il y a enfin le témoignage de Darlene Oliphant, ancienne petite amie de M. Trochym, qui a déclaré que M. Trochym s'était rendu à son appartement aux petites heures du matin, après leur rupture, et qu'il avait frappé à grands coups à sa porte et à ses fenêtres. Je traiterai de ce témoignage plus loin dans mon analyse.

2. Historique des procédures judiciaires

Ma collègue a résumé dans ses motifs les décisions du juge du procès et de la Cour d'appel ((2004), 71 O.R. (3d) 611). Je note dans mon analyse les points sur lesquels je ne suis pas d'accord avec elle concernant les jugements des juridictions inférieures.

3. Analyse

Selon un principe général du droit de la preuve en matière criminelle, la meilleure garantie d'un résultat juste est que le juge des faits dispose de toutes les informations pertinentes et probantes : voir *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, p. 454-455. Il ne faut pas l'oublier lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur probante d'un élément de preuve par rapport à son effet préjudiciable. Rappelons qu'on entend, par « effet préjudiciable », la probabilité que le jury, même après avoir reçu des directives

109

110

111

evidence that is unfavourable to a party's case: H. Stewart, *Evidence: A Canadian Casebook* (2002), at p. 128.

112 Second, it must be recalled that our criminal justice system is an adversarial one. It is parties, not the trial judge, who hold the primary obligation of objecting to prejudicial evidence or conduct: see *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, at para. 68, *per* LeBel J. Certainly, the trial judge has an important gate-keeping function, but we cannot superimpose the role of defence counsel onto the trial judge.

113 Third, the trial judge's exercise of discretion in whether to admit evidence, to intervene, or permit certain conduct by the parties, deserves deference by appellate courts unless substantial wrong can be demonstrated: see *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25.

114 Fourth, and finally, appellate courts must have faith in the intelligence and common sense of juries and in the ability of trial judges to properly charge juries: see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 697, and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 996, *per* Lamer C.J.

3.1 *Hypnotically Refreshed Evidence*

115 My concerns with the approach to hypnotically refreshed evidence that Deschamps J. advocates relate not only to her views on the admissibility of such evidence, but on the implications her decision will have on the admissibility of scientific evidence in future cases. In my view, the precedent set by permitting the appellant to succeed on this ground without his having adduced a sufficient evidentiary foundation for this challenge is, to say the least, troubling.

116 It is important for the purpose of the legal analysis to follow, that I first set out in detail the facts

appropriées, fasse mauvais usage de la preuve; une simple preuve défavorable à une partie ne crée pas en soi d'effet préjudiciable : H. Stewart, *Evidence : A Canadian Casebook* (2002), p. 128.

Deuxièmement, on doit se rappeler que notre système de justice pénale est de type contradictoire. Ce sont les parties, et non le juge du procès, qui ont l'obligation première de s'opposer aux éléments de preuve ou aux conduites préjudiciables : voir *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, par. 68, le juge LeBel. Le juge exerce certes une importante fonction de gardien, mais on ne peut superposer le rôle de l'avocat de la défense à celui du juge du procès.

Troisièmement, à moins qu'il ne soit établi qu'une erreur importante a été commise, les juridictions d'appel doivent faire preuve de déférence à l'égard de la décision discrétionnaire du juge du procès de recevoir un élément de preuve, d'intervenir ou d'autoriser une partie à agir d'une façon particulière : voir *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25.

Enfin, quatrièmement, les juridictions d'appel doivent faire confiance à l'intelligence et au bon sens des jurés ainsi qu'à la capacité du juge du procès de leur donner des directives appropriées : voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 697, et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 996, le juge en chef Lamer.

3.1 *Témoignages fondés sur des souvenirs ravivés par hypnose*

Si l'opinion exprimée par la juge Deschamps quant à l'admissibilité en preuve des souvenirs ravivés par hypnose me préoccupe, je m'inquiète aussi des répercussions de ses motifs sur l'admissibilité de la preuve scientifique. Retenir ce moyen pour donner gain de cause à l'appelant, sans qu'il ait présenté de preuve suffisante à cet égard, crée à mon avis un précédent pour le moins troublant.

Pour les besoins de l'analyse juridique qui suit, il est important que je détaille d'abord les faits relatifs

surrounding Ms. Haghnegahdar's hypnosis and the *voir dire* held to admit her hypnotically refreshed memories.

3.1.1 Facts of the Hypnosis and *Voir Dire*

Ms. Haghnegahdar was first interviewed by Constable Pike on October 17, 1992, the day following the discovery of Ms. Hunter's body. She told him, among other things, that she had seen Mr. Trochym come out of Ms. Hunter's apartment on Thursday, October 15, 1992, at 3:00 p.m. as she was getting home from school. At this time, the police were conducting routine interviews of all Ms. Hunter's neighbours to determine whether any of them had any relevant information that would assist the investigation.

The next afternoon, Detectives Clarke and McCulla did a follow-up interview with Ms. Haghnegahdar. The meeting was audio-taped and heard at the *voir dire*. During the meeting, she expressed confusion over whether she saw the appellant leaving the apartment on Wednesday or Thursday. At this early point in the investigation, the police had not conclusively placed the time of death in the early morning hours of Wednesday, October 14, as most of the evidence that led to this conclusion had yet to be investigated. Nor did they know there were other witnesses placing Mr. Trochym at the apartment building on the afternoon of Wednesday, October 14. Mr. Raymer, the building superintendent, and his babysitter, Ms. Humenick, gave statements to seeing Mr. Trochym on the Wednesday only *after* this second interview with Ms. Haghnegahdar.

Only after receiving these statements from Mr. Raymer and Ms. Humenick did the police contemplate Ms. Haghnegahdar undergoing hypnosis in order to clear up the day of the sighting. The session was arranged for November 8, to be carried out by Dr. Matheson. In arranging the session, police made sure to convey as little information as possible about the investigation to either Dr. Matheson or Ms. Haghnegahdar, so to avoid any potential influence leading up to the session.

à la séance d'hypnose à laquelle M^{me} Haghnegahdar a été soumise et à la tenue du voir-dire sur l'admission de ses souvenirs ravivés par hypnose.

3.1.1 Faits relatifs à la séance d'hypnose et au voir-dire

M^{me} Haghnegahdar a été interrogée pour la première fois par l'agent de police Pike le 17 octobre 1992, soit le lendemain de la découverte du corps de M^{me} Hunter. Elle lui a notamment dit qu'elle avait vu M. Trochym sortir de l'appartement de M^{me} Hunter le jeudi 15 octobre 1992, à 15 h, en revenant de ses cours. La police effectuait alors des interrogatoires de routine auprès de tous les voisins de M^{me} Hunter pour vérifier s'ils détenaient des renseignements pertinents qui les aideraient dans leur enquête.

L'après-midi suivant, les détectives Clarke et McCulla ont eu un entretien complémentaire avec M^{me} Haghnegahdar. La rencontre a été enregistrée sur bande sonore et entendue au voir-dire. Lors de cette rencontre, elle ne pouvait pas dire avec certitude si elle avait vu l'appelant quitter l'appartement le mercredi ou le jeudi. À ce stade précoce de l'enquête, les policiers n'avaient pas encore déterminé définitivement que le décès était survenu très tôt le mercredi 14 octobre, étant donné que la plupart des éléments de preuve ayant mené à cette conclusion n'avaient pas encore été analysés. Ils ne savaient pas non plus que d'autres témoins attesteraient la présence de M. Trochym dans l'immeuble l'après-midi du mercredi 14 octobre. M. Raymer, le gérant de l'immeuble, et sa gardienne d'enfants, M^{me} Humenick, n'ont déclaré avoir vu M. Trochym le mercredi qu'*après* ce deuxième entretien avec M^{me} Haghnegahdar.

Ce n'est qu'après avoir reçu ces déclarations de M. Raymer et de M^{me} Humenick que la police a pensé à soumettre M^{me} Haghnegahdar à une séance d'hypnose pour clarifier la question du jour où elle avait vu M. Trochym. La date de la séance a été fixée au 8 novembre et M. Matheson a été choisi pour la diriger. En organisant la séance, la police s'est assurée de révéler le moins d'information possible à M. Matheson et à M^{me} Haghnegahdar, pour éviter d'en influencer le déroulement.

117

118

119

120

On the day of the session, Ms. Haghnegahdar was driven to Dr. Matheson's office by Detective McCulla. The officer testified to being careful not to impart any information concerning the case or making suggestions regarding the information sought from her during their contact. At Dr. Matheson's office, Ms. Haghnegahdar and Dr. Matheson were introduced in the waiting room and then Detective McCulla and Dr. Matheson met privately so that he could be given a brief overview of the case. This conversation was videotaped, and heard at the *voir dire*. Detective McCulla gave Dr. Matheson the basic facts of the case and told him that Ms. Haghnegahdar saw Mr. Trochym leaving the apartment and was confused in her second interview about whether she saw him on Wednesday or Thursday. Detective McCulla told the doctor that the police would like to have the day and time of the sighting cleared up, but did not indicate or suggest to Dr. Matheson which day they would prefer the sighting to have been.

121

Next, Detective McCulla left and the session between Dr. Matheson and Ms. Haghnegahdar began. The entire hypnosis session between Dr. Matheson and Ms. Haghnegahdar was videotaped and heard at the *voir dire*. The hypnosis consisted of Dr. Matheson putting Ms. Haghnegahdar into a very relaxed state. Once in this state, he asked her to describe the event of seeing Mr. Trochym coming out of Ms. Hunter's apartment on her way home from school. At this point, she recalled more details than before, such as the colour of his clothing being "dark" and a "scary" look he gave her. After describing this, Dr. Matheson asked her to describe what happened afterwards, specifically what she did once she arrived at her own apartment and for the rest of the day. Through this she recalled that she had a snack, then took a nap, was woken up by her alarm clock and had wanted to go back to sleep but did not because she was worried she would be late to pick up her daughter who was at piano class until 5:00 p.m. She then described going to pick up her daughter. At one point, Dr. Matheson asked: "Just notice what day is it?", to which Ms. Haghnegahdar responded: "Oh every Wednesday, every Wednesday she has to practice,

Le jour de la séance, le détective McCulla a conduit M^{me} Haghnegahdar au bureau de M. Matheson. L'agent a déclaré avoir pris soin de ne lui divulguer ni suggérer aucune information sur l'affaire et sur les précisions que la police voulait obtenir d'elle pendant la séance. On a présenté M^{me} Haghnegahdar à M. Matheson dans la salle d'attente du bureau de ce dernier, puis le détective McCulla a parlé à M. Matheson seul à seul afin de lui donner un aperçu de l'affaire. Cette conversation a été enregistrée sur bande magnétoscopique et a été écoutée au voir-dire. Le détective McCulla a fait part à M. Matheson des faits principaux et lui a dit que M^{me} Haghnegahdar avait vu M. Trochym quitter l'appartement, mais qu'elle ne pouvait dire avec certitude, lors de son deuxième entretien, si c'était le mercredi ou le jeudi. Le détective McCulla a dit à l'hypnologue qu'il aimerait qu'on clarifie le jour et l'heure à laquelle M^{me} Haghnegahdar avait vu M. Trochym, mais il ne lui a donné aucune indication lui permettant de savoir quelle réponse il espérait obtenir.

Le détective McCulla est ensuite parti et la séance d'hypnose a commencé. Elle a été entièrement enregistrée sur bande magnétoscopique et écoutée au voir-dire. M. Matheson a d'abord placé M^{me} Haghnegahdar dans un état de grande relaxation. Il lui a ensuite demandé de décrire la scène au cours de laquelle, à son retour de classe, elle avait vu M. Trochym sortir de l'appartement. Plus de détails qu'auparavant lui sont alors revenus à la mémoire. Ainsi, elle a pu dire qu'il portait des vêtements « foncés » et qu'il lui avait jeté un regard « qui faisait peur ». Après qu'elle eut fait cette description, M. Matheson lui a demandé de raconter ce qui s'était passé ensuite, plus précisément ce qu'elle avait fait à son arrivée chez elle et le reste de la journée. C'est ainsi qu'elle s'est rappelé avoir pris une collation, avoir ensuite fait une sieste et avoir été tirée de son sommeil par la sonnerie de son réveil-matin, avoir voulu continuer à dormir mais ne pas l'avoir fait de crainte d'être en retard pour aller chercher sa fille qui terminait son cours de piano à 17 h. Elle est ensuite partie chercher sa fille. À un certain moment, M. Matheson lui a demandé si elle savait quel jour cela s'était produit et M^{me} Haghnegahdar lui a répondu ceci : [TRADUCTION] « Oh tous les

piano practice . . .” (A.R., at p. 4023). It was by associating having to pick up her daughter from piano lessons, which were always on Wednesdays, with seeing Mr. Trochym coming out of the apartment that same day, that Ms. Haghnegahdar was able to determine that she saw him on Wednesday as opposed to Thursday.

In the post-hypnosis interview with Detective McCulla immediately following the session, Ms. Haghnegahdar confirmed that her memory of seeing Mr. Trochym on Wednesday was directly associated with having to pick up her daughter from her piano lesson that day. As well, Ms. Haghnegahdar reiterated those details she recalled in the session concerning his attire when she saw him, “We’ - I - I saw him ah with the dark a dark jacket and dark pants and before I didn’t remember but after I had been hypnotized I remember his jacket was ah zipped up to under his ah cheek”, as well as his “scary eyes”. I note that she did not say during this interview that Mr. Trochym was wearing a leather coat or windbreaker. The interview between Detective McCulla and Ms. Haghnegahdar was videotaped and heard at the *voir dire*.

There was one more interview between the police and Ms. Haghnegahdar that took place on November 10, 1992. The sole purpose of this interview was to show her a picture of the appellant to see if this was the same man she claimed to have seen leaving Ms. Hunter’s around 3:00 p.m. on Wednesday, October 14.

During the *voir dire*, the trial judge heard five days worth of evidence. The Crown called Detectives McCulla and Clarke and Dr. Matheson to testify to their interaction with Ms. Haghnegahdar and each other. The defence called two expert witnesses, Dr. Pollock, a clinical psychologist, working in the therapeutic application of hypnosis, and Dr. Yarmey, an expert on memory.

The defence experts were able to raise a couple of concerns about adherence to the *Clark* guidelines

mercredis, tous les mercredis elle pratique, elle pratique son piano . . . » (d.a., p. 4023). C’est en associant le fait d’avoir eu à aller chercher sa fille après ses cours de piano, qui avaient toujours lieu le mercredi, à celui d’avoir vu M. Trochym sortir de l’appartement ce même jour, que M^{me} Haghnegahdar a pu déterminer qu’elle avait vu l’appelant le mercredi et non le jeudi.

Lorsqu’elle s’est entretenue avec le détective McCulla immédiatement après la séance d’hypnose, M^{me} Haghnegahdar a confirmé que son souvenir d’avoir vu M. Trochym le mercredi était directement associé au fait qu’elle devait aller chercher sa fille à son cours de piano ce jour-là. Elle a en outre réitéré les détails donnés sous hypnose concernant la façon dont l’appelant était habillé lorsqu’elle l’a vu : [TRADUCTION] « Nous - je - je l’ai vu euh avec une veste foncée et des pantalons foncés et avant je ne m’en souvenais pas, mais après avoir été hypnotisée je me suis rappelée que sa veste était euh fermée avec une fermeture éclair qui allait jusque sous sa euh joue ». Elle a aussi reparlé de ses « yeux qui faisaient peur ». Je remarque qu’elle n’a pas dit lors de cet entretien que M. Trochym portait une veste de cuir ou un coupe-vent. Cet entretien a été enregistré sur bande magnétoscopique et écouté au voir-dire.

Les policiers ont eu un dernier entretien avec M^{me} Haghnegahdar, le 10 novembre 1992. Cette rencontre avait pour unique objectif de lui montrer une photographie de l’appelant pour déterminer s’il s’agissait bien de l’homme qu’elle avait vu quitter l’appartement de M^{me} Hunter vers 15 h le mercredi 14 octobre.

L’audition de la preuve devant le juge de première instance lors du voir-dire a duré cinq jours. Le ministère public a appelé à la barre les détectives McCulla et Clarke et M. Matheson pour témoigner sur leurs communications avec M^{me} Haghnegahdar et entre eux. La défense, quant à elle, a appelé deux experts : M. Pollock, psychologue clinicien qui travaille sur les applications thérapeutiques de l’hypnose, et M. Yarmey, expert dans le domaine de la mémoire.

Les experts de la défense ont réussi à soulever quelques problèmes quant au respect des lignes

122

123

124

125

(*R. v. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117 (Alta. Q.B.)), though these were fairly trivial. First, Dr. Pollock noted that the information concerning the case given to Dr. Matheson was not in writing as required by guideline 3, but instead was oral and was video-taped. However, he admitted on cross-examination that they still fulfilled the purpose intended by the guidelines, that is, to monitor and minimize the risk of inadvertently conveying information to the hypnotist. Second, both Dr. Pollock and Dr. Yarmey suggested that Dr. Matheson may have unintentionally assumed that Ms. Haghnegahdar was recovering memory by linking events together when it was possible that she was not, and this may have influenced her. The trial judge found, however, in the context of the session as a whole that Dr. Matheson's assumption did not seem unreasonable or suggestive (see A.R., at pp. 775-79; see also, Ruling re Hypnosis, April 5, 1995, at p. 6).

126 Dr. Pollock also talked about confabulation and the difficulty, even for the hypnotist, of determining which refreshed memories might be real and which might be imagined. The potential for a subject to be overly confident in their new memories and for "memory hardening" to occur were also identified. As well, both Dr. Pollock and Dr. Yarmey raised concerns about the possibility of pre- and post-hypnosis suggestion.

127 On cross-examination, the Crown was able to demonstrate that none of these concerns were live concerns with regards to Ms. Haghnegahdar's evidence. Both defence experts conceded that independent corroboration of hypnotically refreshed memories was one way to assess its reliability. Dr. Pollock also clarified this for the trial judge:

THE COURT: And one of the mechanisms whereby a recovered memory can be evaluated is by making that memory referable to other known facts?

directrices établies dans *Clark (R. c. Clark)* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117 (B.R. Alb.), mais ces écarts étaient assez anodins. Premièrement, M. Pollock a fait remarquer que l'information sur l'affaire avait été transmise oralement à M. Matheson et enregistrée sur bande magnétoscopique, plutôt que de lui être remise par écrit comme l'exige la directive numéro 3. Il a toutefois admis au contre-interrogatoire que l'objectif des lignes directrices, à savoir contrôler et réduire le plus possible le risque que des renseignements soient transmis à l'hypnologue par inadvertance, avait quand même été atteint. Deuxièmement, tant M. Pollock que M. Yarmey ont laissé entendre que M. Matheson aurait pu, sans le vouloir, supposer que M^{me} Haghnegahdar recouvrait la mémoire en faisant des liens entre des événements, alors que ce n'était peut-être pas le cas, et que cela pouvait l'avoir influencée. Eu égard à l'ensemble de la séance, le juge du procès a cependant conclu que la supposition de M. Matheson ne semblait ni déraisonnable ni suggestive (voir d.a., p. 775-779; voir également la décision concernant l'hypnose, 5 avril 1995, p. 6).

M. Pollock a également parlé de la fabulation et de la difficulté, même pour l'hypnologue, de déterminer quels souvenirs ravivés peuvent être réels et lesquels ont été imaginés. La possibilité d'une confiance excessive du sujet à l'égard de ses nouveaux souvenirs et d'un « durcissement de la mémoire » a également été évoquée. En outre, tant M. Pollock que M. Yarmey ont soulevé la possibilité qu'il y ait eu suggestion avant et après la séance d'hypnose.

Au contre-interrogatoire, le ministère public a réussi à démontrer qu'aucune de ces questions ne se posait réellement dans le cas du témoignage de M^{me} Haghnegahdar. Les deux experts de la défense ont reconnu qu'une corroboration indépendante des souvenirs ravivés par hypnose était un moyen d'évaluer la fiabilité. M. Pollock l'a aussi expliqué au juge du procès :

[TRADUCTION]

LA COUR : Et l'un des mécanismes à l'aide duquel on peut évaluer un souvenir ravivé est de le rattacher à d'autres faits avérés?

WITNESS: Yes, that's true. If there is external, independent corroboration of the recollection.

THE COURT: So one should approach memories that have been "recovered" through hypnosis with some measure of scepticism, and one should look for other evidence capable of confirming the reliability of those recovered memories?

WITNESS: Yes, very definitely. . . .

(A.R., at pp. 735-36)

Both experts were aware that the hypnotically refreshed memories of Ms. Haghnegahdar seeing Mr. Trochym at the apartment building on Wednesday afternoon wearing dark clothing were corroborated by the evidence of Mr. Raymer and Ms. Humenick.

As well, Dr. Pollock admitted on cross-examination that evidence of the subject being able to exercise critical judgment during the hypnosis session and in the post-hypnosis interview were reliable indicators that suggestion and confabulation were not occurring. The Crown went through great portions of the transcript of the hypnosis session with Dr. Pollock, pointing out multiple places where Dr. Matheson would ask Ms. Haghnegahdar a question and she would answer "No" or "I don't know". From this process the Crown was able to draw admissions from Dr. Pollock that Ms. Haghnegahdar was not guessing, not trying to fill in gaps, nor being compliant or confabulating. The Crown employed a similar cross-examination technique on Dr. Yarmey, who also agreed that Ms. Haghnegahdar was not being compliant, nor confabulating to please Dr. Matheson and was trying to do her best to recall. The Crown was also able to demonstrate that Ms. Haghnegahdar was not filling in gaps or open to suggestion when answering questions to which she did not know the answer during the post-hypnosis interview with Detective McCulla.

The Crown also demonstrated on cross-examination that Ms. Haghnegahdar was able to distinguish

TÉMOIN : Oui, c'est vrai. Si le souvenir est corroboré par un élément externe, indépendant.

LA COUR : Alors on devrait faire montre d'un certain scepticisme face aux souvenirs « ravivés » au moyen de l'hypnose et on devrait chercher à en confirmer la fiabilité au moyen d'autres éléments de preuve?

TÉMOIN : Oui, certainement. . .

(D.A., p. 735-736)

Les deux experts savaient que les témoignages de M. Raymer et M^{me} Humenick corroboraient les souvenirs ravivés par hypnose de M^{me} Haghnegahdar selon lesquels elle avait vu M. Trochym, vêtu de vêtements foncés, dans l'immeuble d'habitation le mercredi après-midi.

De plus, M. Pollock a admis en contre-interrogatoire que le fait que le sujet soit capable d'exercer un jugement critique pendant la séance d'hypnose et à l'entrevue posthypnotique indique de façon fiable qu'il n'y a eu ni suggestion ni fabulation. Le ministère public a passé en revue avec M. Pollock de grandes portions de la transcription de la séance d'hypnose, lui soulignant de multiples passages où M. Matheson avait posé une question à M^{me} Haghnegahdar et où celle-ci lui avait répondu soit [TRADUCTION] « non » soit « je ne sais pas ». C'est ainsi que le ministère public a réussi à faire admettre à M. Pollock que M^{me} Haghnegahdar ne faisait pas de suppositions, n'essayait ni d'inventer des réponses ni de donner la réponse recherchée et ne fabulait pas. Le ministère public a employé une technique de contre-interrogatoire semblable à l'endroit de M. Yarmey, qui a lui aussi convenu que M^{me} Haghnegahdar n'avait pas tendance à acquiescer sans discernement et ne fabulait pas pour contenter M. Matheson et qu'elle essayait de faire de son mieux pour se rappeler les événements. Le ministère public a aussi réussi à démontrer que, lorsque le détective McCulla lui a posé des questions auxquelles elle ne connaissait pas la réponse lors de l'entrevue posthypnotique, M^{me} Haghnegahdar n'inventait pas de réponse et n'était pas réceptive à la suggestion.

Le ministère public a aussi démontré, en contre-interrogatoire, que M^{me} Haghnegahdar était

between pre- and post-hypnosis memories, a factor that Dr. Pollock admitted was an important one to look at when assessing the reliability of memories that have been hypnotically refreshed. Dr. Yarmey made a similar admission in cross-examination, as well. Dr. Yarmey, the memory expert, also agreed that the linking or association of memories in a context is an indication of greater reliability of recovered memories.

130 The only potential external tainting of Ms. Haghnegahdar's evidence raised by the experts was the suggestion made by Detectives Clarke and McCulla in their October 18 interview. Dr. Pollock opined that Detective Clarke's questions, "Are there any possibilities that it was Wednesday? Is there any possibility it was Wednesday? Right now – can you remember what you did on Wednesday?" might have suggested to Ms. Haghnegahdar that Wednesday was somehow important to the police. In cross-examination, Crown counsel tested Dr. Pollock's opinion by suggesting that, when the entire passage surrounding this line of questioning is read as a whole, it is clear that Detective Clarke was only trying to clarify the day and that, in fact, it was Ms. Haghnegahdar who first raised the possibility that the sighting may have been on Wednesday. The trial judge agreed that, taken in context, the questions were not leading or suggestive.

3.1.2 Hypnosis Is Not "Novel Science"

131 Characterizing hypnosis as "novel science" by applying *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600, 2000 SCC 51, my colleague finds that hypnotically refreshed memories are, at least for now, presumptively inadmissible (para. 61).

132 This ignores the fact that the technique has been used in Canada for almost 30 years, and has been employed in Canadian criminal investigations to assist in memory retrieval of both Crown and defence witnesses for a similar amount of

capable de faire la distinction entre ses souvenirs préhypnotiques et posthypnotiques, facteur dont M. Pollock a lui-même admis l'importance pour l'évaluation de la fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose. M. Yarmey l'a lui aussi reconnu lors de son contre-interrogatoire. Expert en mémoire, ce dernier a aussi convenu que le fait de relier ou d'associer des souvenirs dans un contexte est le gage d'une fiabilité accrue des souvenirs ravivés.

Les experts n'ont soulevé qu'un seul facteur externe susceptible d'avoir eu une influence sur le témoignage de M^{me} Haghnegahdar, à savoir une suggestion faite par les détectives Clarke et McCulla lors de l'entretien du 18 octobre. Selon M. Pollock, les questions suivantes posées par le détective Clarke pourraient avoir donné à entendre à M^{me} Haghnegahdar que le mercredi avait une importance quelconque pour la police : [TRADUCTION] « Existe-t-il une possibilité que cela ait été mercredi? Est-ce possible que cela ait été mercredi? Maintenant – pouvez-vous vous rappeler ce que vous avez fait mercredi? » En contre-interrogatoire, l'avocat du ministère public a attaqué l'opinion de M. Pollock en avançant qu'il est clair, si on lit en totalité le passage d'où ces questions sont tirées, que le détective essayait simplement de clarifier le jour en cause et que c'était en fait M^{me} Haghnegahdar qui avait été la première à évoquer la possibilité qu'elle ait vu M. Trochym le mercredi. Le juge du procès a reconnu que les questions, replacées dans leur contexte, n'étaient ni tendancieuses ni suggestives.

3.1.2 L'hypnose n'est pas une « science nouvelle »

Après avoir qualifié l'hypnose de « science nouvelle » en appliquant l'arrêt *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51, ma collègue conclut que les souvenirs ravivés par hypnose sont, du moins actuellement, présumés inadmissibles (par. 61).

Ce raisonnement fait abstraction du fait que cette technique est utilisée au Canada depuis presque 30 ans et qu'elle est utilisée depuis aussi longtemps dans les enquêtes criminelles au Canada pour aider tant les témoins de la poursuite que ceux de

time. The earliest Canadian cases where this technique is reported are *R. v. Pitt*, [1968] 3 C.C.C. 342 (B.C.S.C.), and *R. v. K.*, [1979] 5 W.W.R. 105 (Man. Prov. Ct.). Many more cases emerged in the 1980s and 1990s. As well, as early as 1979, this Court specifically acknowledged the use of forensic hypnosis by police forces and by defence counsel: see *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, at pp. 433-34, *per* Beetz J. These cases stand for the proposition that hypnosis is in no way a novel science.

A scientific technique or knowledge will be considered “novel” in two situations: when it is new, or when the application of recognized scientific knowledge or technique is new (see *J.-L.J.*, at para. 35). In *J.-L.J.*, the expert in issue was characterized as a “pioneer in Canada” in trying to use a generally recognized therapeutic tool, penile plethysmograph, as a forensic tool in order to determine common traits or characteristics of sexual deviants (para. 35). This is what made the science in that case “novel”. Hypnosis is not new science, nor is its use in forensic investigation new.

Deschamps J. maintains that the use of hypnosis in criminal investigation is not frozen in time and subject to judicial scrutiny when questioned. I agree. The question is how this process is to be undertaken and what is its object. One important question is the determination of the basis for the new query. As always, context is important. It is important to note, with regard to this, that very few Canadian courts have admitted hypnosis evidence without a *voir dire* as to its admissibility. This is contrary to some U.S. states that have adopted a *per se* admissibility rule (i.e., admission without a *voir dire*): see *State v. Brown*, 337 N.W.2d 138 (N.D. 1983); *State v. Jorgensen*, 492 P.2d 312 (Or. Ct. App. 1971); *State v. Glebock*, 616 S.W.2d 897 (Tenn. Crim. App. 1981); and *Prime v. State*, 767 P.2d 149 (Wyo. 1989). This illustrates the difficulty in applying foreign precedents without paying attention to differences in approaches. In Canada,

la défense à se rafraîchir la mémoire. Les premières décisions canadiennes faisant état de l'emploi de cette technique sont *R. c. Pitt*, [1968] 3 C.C.C. 342 (C.S.C.-B.), et *R. c. K.*, [1979] 5 W.W.R. 105 (C. prov. Man.). De nombreuses autres décisions ont suivi dans les années 80 et 90. De plus, dès 1979, notre Cour a expressément reconnu l'utilisation de l'hypnose en criminalistique par les forces policières et par les avocats de la défense : voir *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, p. 433-434, le juge Beetz. Ces décisions appuient la position selon laquelle l'hypnose n'est absolument pas une science nouvelle.

Une technique ou connaissance scientifique sera considérée « nouvelle » dans deux cas : quand elle est nouvelle ou quand, bien qu'elle soit déjà reconnue, son application est nouvelle (voir *J.-L.J.*, par. 35). Dans l'arrêt *J.-L.J.*, l'expert en cause a été considéré comme ayant fait œuvre de « pionnier au Canada » en essayant d'utiliser un outil thérapeutique généralement reconnu, la pléthysmographie pénienne, comme outil criminalistique pour déterminer des traits ou caractéristiques communes aux déviants sexuels (par. 35). C'est pourquoi, dans cette affaire, on pouvait parler de science « nouvelle ». Or, ni l'hypnose ni son utilisation en criminalistique ne sont nouvelles.

La juge Deschamps soutient que l'utilisation de l'hypnose dans les enquêtes criminelles n'est pas figée à jamais et qu'elle est susceptible d'examen judiciaire lorsqu'elle est remise en question. Je suis d'accord. La question est de savoir comment cet examen doit être effectué et quel en est l'objet. Il est important de déterminer sur quelle base doit se faire la nouvelle enquête. Comme toujours, le contexte est important. À cet égard, il faut mentionner que très peu de tribunaux canadiens ont admis des témoignages posthypnotiques sans tenir un *voir-dire* relativement à leur admissibilité. La façon de procéder au Canada est donc contraire à celle de certains États américains qui ont adopté la règle de l'admissibilité automatique (c.-à-d. l'admission sans *voir-dire*) : voir *State c. Brown*, 337 N.W.2d 138 (N.D. 1983); *State c. Jorgensen*, 492 P.2d 312 (Or. Ct. App. 1971); *State c. Glebock*, 616 S.W.2d 897 (Tenn. Crim. App. 1981); et *Prime c. State*,

133

134

the trend has always been to hold a *voir dire* examining the entire factual context surrounding the hypnosis evidence, with experts called to discuss the science of hypnosis and give their opinion as to whether the evidence in issue is sufficiently reliable to be admitted. See, for example: *R. v. Zubot* (1981), 47 A.R. 389 (Q.B.); *Clark*; *R. v. Hart*, [1990] O.J. No. 2678 (QL) (H.C.J.); *R. v. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL) (Gen. Div.); *R. v. Gauld*, [1994] O.J. No. 1477 (QL) (Gen. Div.); *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1 (Que. C.A.), at p. 22; *R. v. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL) (S.C.); *R. v. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175 (C.A.), aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. B. (A.)* (2004), 27 C.R. (6th) 283 (C.Q.); and *R. v. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481 (C.A.). I fail to see how this is not “judicial assessment” of forensic hypnosis evidence. Clearly, the use of hypnosis evidence has been put to judicial scrutiny.

3.1.3 *J.-L.J. Does Not Apply in This Case*

135

Aside from one of the earliest cases on the subject (*R. v. K.*), none of the Canadian cases that have considered hypnotically refreshed evidence have countenanced a rule of categorical exclusion. As well, other common law jurisdictions like the United Kingdom, New Zealand and Australia have found hypnosis evidence admissible and have not opted for categorical exclusion. While a number of American states have opted to exclude such evidence, this is quite recent and does not represent a unanimous or even dominant approach. It is also important to consider the context in which American law operates, as discussed later.

136

While the use of forensic hypnosis has not been assessed under the framework set out in *J.-L.J.*, this does not mean that evidence derived from this technique has been admitted into trials without sufficient scrutiny into its reliability. Compliance with

767 P.2d 149 (Wyo. 1989). Cela illustre la difficulté d'appliquer des précédents étrangers sans tenir compte des différences dans la façon de procéder. Au Canada, la tendance a toujours été de tenir un *voir-dire* où l'ensemble du contexte factuel relatif aux dépositions des témoins soumis à l'hypnose est examiné avec l'aide d'experts appelés à expliquer la science de l'hypnose et à donner leur opinion quant à savoir si le témoignage en cause est suffisamment fiable pour être admis. Voir, p. ex. : *R. c. Zubot* (1981), 47 A.R. 389 (B.R.); *Clark*; *R. c. Hart*, [1990] O.J. No. 2678 (QL) (H.C.J.); *R. c. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL) (Div. gén.); *R. c. Gauld*, [1994] O.J. No. 1477 (QL) (Div. gén.); *R. c. Taillefer*, [1995] A.Q. n° 496 (QL) (C.A.), par. 61; *R. c. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL) (C.S.); *R. c. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175 (C.A.), conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. B. (A.)* (2004), 27 C.R. (6th) 283 (C.Q.); et *R. c. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481 (C.A.). Je ne vois pas comment on peut refuser de reconnaître qu'il s'agit là d'une « évaluation judiciaire » de la preuve recueillie par l'utilisation de l'hypnose en criminalistique. Il ne fait aucun doute qu'une telle preuve a été examinée par les tribunaux.

3.1.3 *L'arrêt J.-L.J. ne s'applique pas en l'espèce*

Hormis l'une des premières décisions sur le sujet (*R. c. K.*), aucun jugement canadien touchant les souvenirs ravivés par hypnose n'a préconisé la règle de l'exclusion catégorique. D'autres ressorts de common law, comme le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, ont aussi conclu que la preuve résultant de l'hypnose est admissible et n'ont pas opté pour son exclusion catégorique. Bien que certains États américains aient décidé d'exclure ce type de preuve, ils ne l'ont fait que tout récemment et ce choix ne représente ni un consensus, ni une tendance dominante. Il faut aussi tenir compte du contexte propre au droit américain, comme je l'ai déjà mentionné.

Si l'utilisation de l'hypnose en criminalistique n'a pas été évaluée selon le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *J.-L.J.*, la preuve obtenue à l'aide de cette technique n'a pas pour autant été admise en preuve sans que sa fiabilité ait été soumise à un

the *Clark* guidelines has been seen as an important, though not the exclusive, condition of admissibility. The standard of proof on the *voir dire*, as well as the onus of proof, was correctly set out by Corbett J. in *Sanchez-Flores*, at para. 26:

I am treating this application as one where the Crown must establish on a balance of probabilities that the witness's hypnotically-aided memory has achieved an acceptable level of reliability by considering the *R. v. Clark* safeguards. Implicit in this approach is that there should be some evidence to establish that the subject has in fact been hypnotized, and that the subject's memory has been retrieved through hypnosis. The *R. v. Clark* criteria themselves only address the manner of hypnosis and to these safeguards must be added the requirement that investigating officers and others involved with the subject should not intentionally or inadvertently provide the subject with information.

The trial judge in the case at bar relied on *Sanchez-Flores* as an authority on the standard of reliability that hypnotically refreshed memories should meet (see Ruling re Hypnosis, A.R., at pp. 24-27). He saw his role as ensuring that Ms. Haghnegahdar's hypnotically enhanced memories met an *acceptable level of reliability*, and not simply assuring that the *Clark* guidelines were followed, as my colleague suggests:

. . . It seems to me I have to determine whether, having regard to all of the circumstances surrounding the contact with Gity Haghnegahdar there is any reason, any risk, any serious risk that her recollection has been contaminated in the sense that suggestions have been put to her and have assisted her recollection that make her evidence so manifestly unreliable that it is of no probative value, or very little probative value.

[A]s I see it, what I want to find out is whether or not there is evidence here that taints the reliability of this evidence in the sense, did somebody put words in her mouth, did she hear things which make it likely she is simply responding to what others told her about times and dates, or did she simply begin to recall more things after the hypnosis session.

examen suffisant. Le respect des lignes directrices établies dans *Clark* a été considéré comme une condition d'admissibilité importante, mais non exclusive. Dans la décision *Sanchez-Flores*, par. 26, le juge Corbett a correctement décrit la norme de preuve ainsi que le fardeau de la preuve applicables lors du voir-dire :

[TRADUCTION] Je considère la présente demande comme un cas dans lequel le ministère public doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que le niveau de fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose du témoin est acceptable en regard des facteurs énoncés dans *R. c. Clark*. On reconnaît ainsi implicitement que certains éléments de preuve devraient établir que le sujet a effectivement été hypnotisé et qu'il a recouvré ses souvenirs grâce à l'hypnose. Les critères établis dans *Clark* ne concernent que le déroulement de la séance d'hypnose et il faut y ajouter la condition que les enquêteurs et les autres personnes qui ont été en contact avec le sujet ne lui aient pas fourni de renseignements, intentionnellement ou par inadvertance.

En l'espèce, le juge du procès a invoqué l'arrêt *Sanchez-Flores* comme source de la norme de fiabilité applicable aux souvenirs ravivés par hypnose (voir la décision concernant l'hypnose, d.a., p. 24-27). Son rôle consistait selon lui à s'assurer que le *niveau de fiabilité* des souvenirs ravivés par hypnose de M^{me} Haghnegahdar était *acceptable*, et non à veiller simplement au respect des lignes directrices énoncées dans *Clark*, comme le suggère ma collègue :

[TRADUCTION] . . . Selon moi, je dois déterminer si, compte tenu des circonstances entourant le contact avec Gity Haghnegahdar, il existe une raison, un risque, un risque sérieux que ses souvenirs aient été contaminés, en ce sens que des suggestions lui ont été faites et l'ont aidée à recouvrer la mémoire, rendant manifestement son témoignage à ce point peu fiable que sa valeur probante soit nulle, ou très faible.

[À] mon avis, je dois déterminer, en l'espèce, si des éléments de preuve compromettent la fiabilité de ce témoignage, c'est-à-dire, est-ce que quelqu'un lui a dicté une réponse, a-t-elle entendu quelque chose qui rende vraisemblable qu'elle répète simplement ce que d'autres lui ont dit concernant l'heure et la date, ou plus de détails lui sont-ils simplement revenus à la mémoire après la séance d'hypnose?

If it is true, as the evidence suggests, it was the latter, then to me the evidence *prima facie* would be admissible subject to weight. [Emphasis added.]

(A.R., at pp. 549-51; see also, A.R., at p. 744, where he reiterates that his inquiry is into whether the evidence is “too unreliable to be heard”).

Thus, even at the time of the trial, well before *J.-L.J.*, the common law required that the trial judge be satisfied that the evidence sought to be admitted was sufficiently reliable to be put to the jury. After hearing five days worth of evidence and argument during the *voir dire*, the trial judge so concluded. There was no burden on the Crown at the time to “revers[e] the presumption” of inadmissibility for hypnotically refreshed memories, as my colleague suggests at para. 61 of her reasons. There was no such presumption forming part of our law at the time of trial.

138

The test for assessing the reliability of scientific evidence set out in *J.-L.J.* is not “new law” requiring that scientific methods, previously accepted as legitimate by our courts, must now be resubmitted for scrutiny under the *J.-L.J.* test. Many earlier cases cautioned for scrutiny of evidence based on new scientific methods and set out factors upon which trial judges may rely upon when assessing the reliability of such evidence: see *R. v. Medvedew* (1978), 43 C.C.C. (2d) 434 (Man. C.A.), at pp. 447-48, *per* O’Sullivan J.A., dissenting; *R. v. Nielsen* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.), at pp. 68-69; *R. v. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 353; *R. v. Johnston* (1992), 69 C.C.C. (3d) 395 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 415; *R. v. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97 (B.C.C.A.); *R. v. J.E.T.*, [1994] O.J. No. 3067 (QL) (Gen. Div.), at para. 75; and *R. v. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.), at p. 394. Thus, neither *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, nor *J.-L.J.* introduced the concept of probing scientific evidence. In fact, it was specifically rejected in *Terceira* (Ont. C.A.), that *Mohan* introduced a new standard for the assessment of novel science: “the rules laid down by Sopinka J. in *R. v. Mohan*, *supra*, do not signify

Si cette dernière hypothèse est la bonne, comme semble l’indiquer la preuve, j’estime que ce témoignage serait à première vue admissible sous réserve du poids à lui accorder. [Je souligne.]

(D.A., p. 549-551; voir aussi à la p. 744, où il réitère que la question à élucider est celle de savoir si le témoignage est [TRADUCTION] « trop peu fiable pour être entendu ».)

Ainsi, même au moment du procès, bien avant l’arrêt *J.-L.J.*, la common law exigeait que le juge du procès soit convaincu que la preuve proposée est suffisamment fiable pour être soumise au jury. Après cinq jours consacrés à l’audition de la preuve et des plaidoiries lors du voir-dire, le juge du procès a conclu que c’était le cas. Le ministère public n’avait pas à ce moment-là l’obligation de « réfut[er] la présomption » d’inadmissibilité des souvenirs posthypnotiques comme le suggère ma collègue au par. 61 de ses motifs. Au moment du procès, une telle présomption n’existait pas dans notre droit.

Le test établi dans *J.-L.J.* pour évaluer la fiabilité d’une preuve scientifique ne constitue pas une règle de « droit nouveau » qui exigerait que les méthodes scientifiques, considérées antérieurement comme légitimes par les tribunaux, soient maintenant réexaminées conformément à l’arrêt *J.-L.J.* De nombreuses décisions antérieures ont recommandé d’examiner avec soin la preuve reposant sur des méthodes scientifiques nouvelles et ont énoncé des facteurs sur lesquels le juge du procès peut s’appuyer pour évaluer la fiabilité de tels éléments de preuve : voir *R. c. Medvedew* (1978), 43 C.C.C. (2d) 434 (C.A. Man.), p. 447-448, le juge O’Sullivan, dissident; *R. c. Nielsen* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.), p. 68-69; *R. c. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 353; *R. c. Johnston* (1992), 69 C.C.C. (3d) 395 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 415; *R. c. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97 (C.A.C.-B.); *R. c. J.E.T.*, [1994] O.J. No. 3067 (QL) (Div. gén.), par. 75; et *R. c. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.), p. 394. Ainsi, ni l’arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, ni l’arrêt *J.-L.J.* n’ont instauré le concept de l’examen attentif d’une preuve scientifique. En fait, l’arrêt *Terceira* (C.A. Ont.) a expressément rejeté la

a departure from the common law rules relating to the admission of opinion evidence in a criminal trial, nor do they purport to do so” (p. 185).

The point of both *Mohan* and *J.-L.J.* was to emphasize the need for courts to give special scrutiny to novel science or the new application of a recognized science, through a case-by-case evaluation, in light of the changing nature of our scientific knowledge (see *J.-L.J.*, at para. 34). See also S. C. Hill et al., *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 12-34:

Although the suggestion has been made that opinion testimony involving a novel field of expertise requires “a higher threshold of reliability” than attaches to other expert opinion testimony, this is not the prescription of *Mohan*. Closer scrutiny means a more searching investigation or examination than normal into the reliability and validity of the science but not raising the bar of reliability to a higher standard than the admission entry point for non-novel science. [Emphasis added.]

J.-L.J. was not intended, as my colleague appears to suggest, to set down a rigid formula where the results must be proved beyond a reasonable doubt before scientific evidence can be admitted. The factors from *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), adopted in *J.-L.J.* were designed to be flexible and non-exclusive. As noted above, similar factors to assist courts in assessing the reliability of scientific evidence have existed at common law long before *J.-L.J.* was decided. Well-established scientific methods accepted by our courts do not need to be systematically reassessed under *J.-L.J.* While my colleague suggests that not all previously accepted scientific techniques will have to be reassessed under *J.-L.J.*, her guidance that science which is “so well established” (at para. 31) need not be reassessed is so vague that it opens the door to most if not all previously accepted techniques being

thèse suivant laquelle l’arrêt *Mohan* avait instauré une nouvelle norme d’évaluation des sciences nouvelles : [TRADUCTION] « les règles établies par le juge Sopinka dans *R. c. Mohan*, précité, n’ont ni pour effet ni pour objet de modifier les règles de la common law en ce qui concerne l’admission des témoignages d’opinion dans les procès criminels » (p. 185).

Tant *Mohan* que *J.-L.J.* visaient à rappeler la nécessité que les tribunaux accordent une attention particulière aux sciences nouvelles ou aux nouvelles applications d’une science reconnue en les évaluant au cas par cas, compte tenu de la nature changeante des connaissances scientifiques (voir *J.-L.J.*, par. 34). Voir aussi S. C. Hill et autres, *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 12-34 :

[TRADUCTION] Bien qu’on ait laissé entendre que les témoignages d’opinion mettant en cause un nouveau domaine d’expertise requièrent « un seuil de fiabilité supérieur » que celui normalement requis des autres témoignages d’opinion, ce n’est pas ce que prescrit l’arrêt *Mohan*. Par examen plus poussé, on entend un examen plus approfondi de la fiabilité et de la validité de la science que celui qui est normalement effectué, mais le seuil de fiabilité requis n’est pas supérieur au seuil d’admissibilité d’une science qui n’est pas nouvelle. [Je souligne.]

Contrairement à la proposition que ma collègue semble avancer, l’arrêt *J.-L.J.* n’avait pas pour objectif d’énoncer une formule rigide dont le résultat doit être établi hors de tout doute raisonnable pour permettre l’admission d’un élément de preuve scientifique. Les facteurs énumérés dans *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), repris dans *J.-L.J.*, se voulaient flexibles et non exclusifs. Comme nous l’avons vu, bien avant que l’arrêt *J.-L.J.* ne soit rendu, la common law avait recours à des facteurs semblables pour aider les tribunaux à évaluer la fiabilité de la preuve scientifique. Les méthodes scientifiques bien établies et acceptées par nos tribunaux ne doivent pas être réévaluées systématiquement en conformité avec l’arrêt *J.-L.J.* Bien que ma collègue avance que les techniques scientifiques reconnues antérieurement ne devront pas toutes être réévaluées conformément à l’arrêt *J.-L.J.*, son indication selon laquelle il ne

subject to challenge under *J.-L.J.*, without establishing a serious basis for the inquiry.

140

A further concern I have about Deschamps J.'s approach to *J.-L.J.* is that although she states that the standard it requires is "sufficient reliability" (para. 33), her reasoning really reflects a standard of total consensus by members of the scientific community. She acknowledges that hypnosis has been the subject of significant study and peer review, as well as testing, yet, because there is not unanimity in the scientific community on the reliability of hypnotically refreshed memories, she would find this evidence inadmissible. In my view, this standard is more akin to the "general acceptance" test that this Court specifically rejected in *Mohan* in favour of the *Daubert* "reliable foundation" test, as stated in *J.-L.J.*, at para. 33:

Mohan kept the door open to novel science, rejecting the "general acceptance" test formulated in the United States in *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), and moving in parallel with its replacement, the "reliable foundation" test more recently laid down by the U.S. Supreme Court in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

In the test set out in *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), demonstrating "general acceptance" of a theory or technique within a scientific community was *the* requirement to be met, while under the *Daubert* test adopted in *J.-L.J.*, "general acceptance" is weighed as only one of several factors to be considered. The problem with the mandatory "general acceptance" standard in *Frye* has been summarized as follows:

The test does not specify what proportion of experts constitute general acceptance. Courts have never required

sera pas nécessaire de réévaluer une science « tellement bien établie » (par. 31) est tellement vague qu'elle permet de contester, selon l'arrêt *J.-L.J.*, la plupart, sinon la totalité des techniques auparavant reconnues sans qu'un motif sérieux de procéder à cette enquête ne soit établi.

Un autre aspect de l'interprétation de l'arrêt *J.-L.J.* proposée par la juge Deschamps m'inquiète. Bien qu'elle précise que la norme applicable est celle d'une preuve « suffisamment fiable » (par. 33), son raisonnement mène en fait à celle d'un consensus absolu parmi les membres de la communauté scientifique. Elle reconnaît que l'hypnose a fait l'objet d'études, de contrôles et de vérifications appréciables par des pairs. Néanmoins, vu l'absence d'unanimité dans la communauté scientifique sur la fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose, elle conclut que ce type de preuve est inadmissible. À mon avis, cette norme s'apparente davantage au critère de [TRADUCTION] « l'acceptation générale » que notre Cour a expressément rejeté dans l'arrêt *Mohan*, privilégiant le critère du [TRADUCTION] « fondement fiable » de l'arrêt *Daubert*, comme elle le précise dans *J.-L.J.*, par. 33 :

L'arrêt *Mohan* a laissé la porte ouverte aux nouvelles théories ou techniques scientifiques, rejeté le critère de [TRADUCTION] « l'acceptation générale » formulé aux États-Unis dans *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), et s'est engagé dans la même direction que le critère qui l'a remplacé, à savoir celui du [TRADUCTION] « fondement fiable » qui a été établi plus récemment par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

Selon le critère énoncé dans *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), la norme à respecter était la démonstration de « l'acceptation générale » de la théorie ou technique au sein de la communauté scientifique, alors que selon le critère établi dans *Daubert*, et retenu dans *J.-L.J.*, « l'acceptation générale » n'était que l'un des facteurs à prendre en compte. Le problème que pose la norme de « l'acceptation générale » impérative adoptée dans *Frye* a été résumé comme suit :

[TRADUCTION] Ce critère ne précise pas quelle proportion d'experts correspond à l'acceptation générale. Les

unanimity, and anything less than full consensus in science can quickly resemble substantial disagreement. In fact, the most rigorous fields with the healthiest scientific discourse might fail the *Frye* test with the greatest frequency.

(D. L. Faigman et al., *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony* (2005), vol. 1, at p. 9)

As this passage demonstrates, total unanimity is impossible to obtain and therefore completely unrealistic to expect. I fear that the high standard of reliability my colleague champions will result in the exclusion of far too much relevant and probative evidence.

Finally, I add that in order to come to the conclusion that hypnosis evidence does not meet the criteria of general acceptance, my colleague relies almost exclusively on the position of experts discussed in American cases. This is not a sufficient evidentiary foundation upon which to arrive at such a conclusion. However, this was the sole evidence the appellant advanced before this Court in support of his argument that it should adopt a general exclusionary rule towards hypnosis evidence. Ironically, I note that even in the U.S. case the appellant relies upon most, *State v. Moore*, 852 A.2d 1073 (2004), the New Jersey Supreme Court determined that the record was inadequate to reconsider its position on hypnotically refreshed memories and remanded the matter to the trial court for rehearing.

In effect, Deschamps J. is acceding to the appellant's invitation to take judicial notice of what some experts have testified to in these American cases. In *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at paras. 48-49, this Court specifically rejected the possibility of courts ever taking judicial notice of expert evidence:

Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond

tribunaux n'ont jamais exigé l'unanimité, et tout ce qui ne fait pas consensus absolu en science peut rapidement prendre la forme d'un désaccord profond. En fait, les domaines les plus rigoureux ayant les discours scientifiques les plus sains pourraient très souvent ne pas satisfaire au critère formulé dans *Frye*.

(D. L. Faigman et autres, *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony* (2005), vol. 1, p. 9)

Comme le démontre cet extrait, il est impossible d'obtenir l'unanimité complète, de sorte qu'il serait irréaliste de s'y attendre. Je crains que la norme élevée de fiabilité défendue par ma collègue ne se traduise par l'exclusion de beaucoup trop d'éléments de preuve pertinents et probants.

Enfin, j'ajouterai que, pour arriver à la conclusion que la preuve issue de l'hypnose ne satisfait pas au critère de l'acceptation générale, ma collègue s'appuie presque exclusivement sur les opinions d'experts examinées dans la jurisprudence américaine. Cette preuve n'est pas suffisante pour fonder une telle conclusion. Il s'agit toutefois de la seule preuve produite par l'appelant devant notre Cour à l'appui de son argument selon lequel elle devrait statuer que la preuve obtenue à l'aide de l'hypnose doit généralement être exclue. Ironiquement, je constate que, même dans la décision américaine sur laquelle s'appuie le plus l'appelant, *State c. Moore*, 852 A.2d 1073 (2004), la Cour suprême du New Jersey a conclu que le dossier n'était pas suffisant pour qu'elle revoie sa position sur les souvenirs ravivés par hypnose et elle a renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour la tenue d'une audition en bonne et due forme.

En fait, la juge Deschamps acquiesce à la demande de l'appelant, qui a invité la Cour à prendre connaissance d'office du témoignage de certains experts devant les tribunaux américains. Or, dans *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 48-49, la Cour a expressément exclu la possibilité que les tribunaux puissent prendre connaissance d'office de la preuve d'expert :

La connaissance d'office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à

141

142

reasonable dispute. Facts judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy: *R. v. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (Ont. C.A.); J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1055.

The scientific and statistical nature of much of the information relied upon by the appellant further complicates this case. Expert evidence is by definition neither notorious nor capable of immediate and accurate demonstration. This is why it must be proved through an expert whose qualifications are accepted by the court and who is available for cross-examination. . . . [Emphasis added.]

143

It is especially problematic for courts to rely on expert evidence heard in other cases. This ignores the danger that experts are often chosen to support the position of the party presenting them. T. M. Bubela comments on the phenomenon of partisan experts in “Expert Evidence: The Ethical Responsibility of the Legal Profession” (2003-2004), 41 *Alta. L. Rev.* 853, at p. 854:

There are many problems for the administration of justice associated with the selection of experts and the use of expert testimony by opposing counsel in an adversarial setting. The problems may be grouped into two categories: substantive issues of justice and fairness, and procedural issues related to cost and efficiency. In the former category, the main concern is that a potential litigant will search far and wide for an expert prepared to express an opinion consonant with the case contended for by the client’s lawyers. Trials thus become a “battle of the experts” with a technically untrained judge selecting between competing theories.

controverse ou qui sont à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d’office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d’application de la connaissance d’office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d’office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable : *R. c. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.); J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 1055.

La nature scientifique et technique d’une large part des renseignements invoqués par l’appelant complique encore plus la présente affaire. La preuve d’expert n’est par définition ni notoire ni susceptible de démonstration immédiate et fidèle. C’est la raison pour laquelle elle doit être prouvée par un expert dont les compétences sont reconnues par le tribunal et qui peut être contre-interrogé. . . . [Je souligne.]

Le fait qu’un tribunal s’appuie sur des témoignages d’expert entendus dans d’autres causes est particulièrement problématique. Le tribunal fait alors fi du danger inhérent au fait que les experts sont souvent choisis pour défendre la position de la partie qui les appelle à témoigner. T. M. Bubela a fait les commentaires qui suivent sur le phénomène de la partisanerie des experts dans « Expert Evidence : The Ethical Responsibility of the Legal Profession » (2003-2004), 41 *Alta. L. Rev.* 853, p. 854 :

[TRADUCTION] De nombreux problèmes d’administration de la justice sont liés au choix des experts et à l’utilisation des témoignages d’expert par les avocats des parties opposées dans le contexte d’un débat contradictoire. Ces problèmes peuvent être classés en deux catégories : d’une part, les questions de fond relatives à la justice et à l’équité et, d’autre part, les questions de procédure liées aux coûts et à l’efficacité. En ce qui concerne la première catégorie, le principal problème tient au fait qu’un éventuel plaideur fera des recherches très poussées pour dénicher un expert disposé à exprimer une opinion qui concorde avec la thèse que feront valoir ses avocats. Les procès deviennent ainsi des « batailles d’experts » qui se déroulent devant un juge qui n’a pas les connaissances techniques nécessaires pour départager les théories opposées.

While the risk of expert partisanship exists in every case, it becomes even more pronounced when this evidence is introduced through external cases, where the expert's comments originate in a different factual context (see, on this point, *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43, at paras. 13-14, *per* McLachlin C.J.), and where the parties to the current proceeding do not have an opportunity to test this evidence through leading contrary evidence or through cross-examination. I would reiterate here my comments on the use of extrinsic evidence in *R. v. Sappier*, [2006] 2 S.C.R. 686, 2006 SCC 54, at para. 71: "I would agree that it is generally wise not to incorporate evidence submitted in other cases without disclosing it to the parties and allowing them the possibility of challenging it or presenting contrary evidence."

Deschamps J. would allow this ground of the appeal without a proper evidentiary foundation, thereby depriving the Crown of the right to present contrary evidence or to cross-examine the experts who maintain such a position.

3.1.4 The Long-Standing Admissibility Rule for Hypnotically Refreshed Memories

For the near 30 years that Canadian courts have considered hypnosis evidence, the admissibility rules applied to such evidence have been those applied to refreshed memories: the evidence is admissible, with potential frailties created by the means of refreshing the memory going to weight. We find an articulation of this choice of approach in *Clark*, at pp. 122-23:

In principle there would appear to be nothing to distinguish hypnotically-refreshed testimony from testimony refreshed by other means. Witnesses daily appear in our courts and give testimony after having reviewed, prior to testifying, reports or notes which were made at the time of their original observations. Indeed, we go so far as to permit witnesses to refer to such notes during the actual process of testifying, where we are satisfied that the notes were made sufficiently contemporaneous with the witness's original observation. As

Certes, le risque de partisanerie d'un expert est toujours présent, mais il est accru lorsque la preuve présentée provient en fait d'autres causes, dans lesquelles l'avis de l'expert repose sur des données factuelles différentes (voir sur ce point *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43, par. 13-14, la juge en chef McLachlin), et que les parties à la nouvelle instance n'ont pas la possibilité de mettre son témoignage à l'épreuve en présentant une preuve contraire ou en le contre-interrogeant. Je répéterai ici les remarques que j'ai formulées sur l'utilisation d'une preuve extrinsèque dans *R. c. Sappier*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 71 : « Je conviens qu'il est généralement prudent de ne pas incorporer des éléments de preuve présentés dans d'autres causes sans les avoir communiqués aux parties et leur avoir permis de les contester ou de présenter des preuves contraires. »

La juge Deschamps est d'avis de faire droit à ce moyen, sans preuve suffisante pour l'étayer, privant ainsi le ministère public du droit de présenter une preuve contraire ou de contre-interroger les experts qui ont exprimé l'avis en cause.

3.1.4 La règle établie depuis longtemps de l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose

Les tribunaux canadiens, qui se prononcent sur la preuve découlant de l'hypnose depuis presque 30 ans, appliquent à cette preuve les règles d'admissibilité utilisées dans le cas des souvenirs ravivés : la preuve est admissible, mais ses éventuelles faiblesses liées au moyen utilisé par le témoin pour se rafraîchir la mémoire auront une incidence sur le poids qu'on lui accordera. Cette façon de procéder a été décrite dans *Clark*, aux p. 122-123 :

[TRADUCTION] En principe, rien ne semble distinguer les souvenirs ravivés par hypnose des souvenirs ravivés par d'autres moyens. Tous les jours, des témoins se présentent devant nos tribunaux et font une déposition après avoir relu des rapports ou des notes rédigés au moment des faits dont ils ont eu connaissance. En fait, on va jusqu'à leur permettre de consulter de telles notes pendant leur déposition, lorsqu'on est convaincu que ces notes ont été prises assez promptement après les faits. Comme dans le cas de l'hypnose, il existe toujours

144

145

in the case of hypnosis, there is always a danger that a witness's testimony may have been tainted by information supplied by another individual. An over-zealous policeman may allow an eye-witness to review a police report containing a full description of the accused. In the case of such a witness our approach would not be to exclude his evidence; rather, the evidence would be considered unreliable and afforded little weight. . . .

146 To be more precise, the approach to admissibility has been closer to the process for admitting past recollections recorded than present memory refreshed (our courts have not always distinguished between the two — see Stewart, at p. 78). For refreshed memories to be admissible, the stimulus for recovering the memory itself need not be admissible: this was recently reaffirmed in *R. v. Fliss*, [2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16, at para. 45. However, for past recollection recorded evidence to be admissible, conditions are imposed upon the past record used to refresh memory to ensure that it meets certain circumstantial guarantees of reliability: see *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 (Alta. C.A.), at p. 352, *per* Kerans J.A., and *Fliss*, at paras. 63-64. Similarly, Canadian courts have rarely found hypnotically refreshed memories admissible *per se*, but instead have held *voir dire*s to assess whether such evidence is sufficiently reliable. As earlier noted, compliance with the *Clark* guidelines has been seen as an important, though not the exclusive, condition of admissibility.

3.1.5 Insufficient Evidentiary Record to Challenge the Rule

147 I note that the appellant did not challenge the admissibility rule at the time of the trial, but rather tried to show that Ms. Haghnegahdar's evidence was not sufficiently reliable to be admitted by calling experts to testify as to potential problems with adhering to the *Clark* guidelines and other issues, such as pre- and post-hypnotic suggestion, confabulation, etc. It is only before this Court and the Court of Appeal that Mr. Trochym sought to challenge the long-standing admissibility rule. In order

un risque que la déposition du témoin soit influencée par des renseignements reçus d'une autre personne. Un policier trop zélé peut permettre à un témoin oculaire d'examiner un rapport de police contenant la description complète de l'accusé. En pareil cas, on n'exclurait pas le témoignage, mais on le jugerait peu fiable et on lui accorderait peu de poids. . . .

Plus précisément, l'attitude des tribunaux sur la question de l'admissibilité se rapproche davantage de leur démarche à l'égard de l'admission d'un souvenir ancien enregistré qu'à l'égard d'un souvenir contemporain ravivé (ils n'ont pas toujours fait la distinction entre les deux — voir Stewart, p. 78). Pour qu'un souvenir ravivé soit admissible, il n'est pas nécessaire que le stimulus qui a aidé le témoin à recouvrer la mémoire soit lui-même admissible : ce principe a récemment été réaffirmé dans *R. c. Fliss*, [2002] 1 R.C.S. 535, 2002 CSC 16, par. 45. Par contre, dans le cas de l'enregistrement d'un souvenir ancien, l'enregistrement utilisé pour rafraîchir la mémoire du témoin doit répondre à certaines conditions assurant le respect de certaines garanties circonstanciées de fiabilité : voir les arrêts *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 (C.A. Alb.), p. 352, le juge Kerans, et *Fliss*, par. 63-64. De même, les tribunaux canadiens ont rarement conclu à l'admissibilité automatique des souvenirs ravivés par hypnose, mais ont plutôt tenu des voir-dire pour vérifier si cette preuve était suffisamment fiable. Le respect des lignes directrices établies dans *Clark* a été considéré comme une condition d'admissibilité importante, mais non exclusive.

3.1.5 Preuve insuffisante pour contester la règle

Je constate que l'appellant n'a pas contesté la règle de l'admissibilité lors du procès. Il a plutôt essayé de démontrer que le témoignage de M^{me} Haghnegahdar n'était pas suffisamment fiable pour être admis, en appelant des experts qui devaient soulever d'éventuelles dérogations aux lignes directrices établies dans *Clark* et d'autres questions, comme la suggestion préhypnotique et posthypnotique, la fabulation, etc. Ce n'est qu'en cour d'appel et devant notre Cour que M. Trochym

to properly challenge such a rule, however, he was required to present direct expert evidence on why the rule should no longer be accepted, not just some academic commentary supporting this position. No such evidence was presented. I have serious reservations about courts conducting personal research — and forming conclusions on the basis of such research — in areas that require expertise, like the sciences.

The sole evidence the appellant advanced before this Court on the hypnosis issue was a handful of American cases in which the courts have opted for categorical exclusion. This is not a sufficient evidentiary foundation upon which this Court should overturn a long-standing Canadian common law rule.

3.1.6 Concerns Raised Regarding Hypnosis Are Not New Nor Insurmountable

The concerns my colleague raises are not new and have been taken into account by trial judges in virtually every *voir dire* held to determine the admissibility of hypnotically refreshed memories.

A review of Canadian hypnotically refreshed evidence cases reveals that when trial judges consider the admissibility of hypnosis evidence, they hear about the divergent opinions on the use of forensic hypnosis in the scientific community, including concerns regarding the dangers associated with hypnosis, such as suggestibility, confabulation and memory hardening, and they take these into consideration when deciding whether to admit the specific evidence. See, for example: *Clark*, at pp. 120-21; *Sanchez-Flores*, at paras. 24-25; *Gauld*, at paras. 16-23; *Savoy*, at paras. 16-18; and *Baltovich*, at para. 55. At paragraph 60 of *Baltovich*, the Ontario Court of Appeal noted:

The dangers referred to . . . are well documented. As previously mentioned, these dangers have been identified as confabulation, susceptibility to suggestion and

a contesté la validité de cette règle établie depuis longtemps. Pour contester une telle règle en bonne et due forme, il ne pouvait se contenter d'invoquer un texte de doctrine appuyant sa position; il était tenu de présenter une preuve d'expert directe, expliquant pourquoi cette règle ne devrait plus être acceptée. Or, il n'a pas présenté la preuve requise. J'ai de sérieuses réserves concernant les recherches personnelles effectuées par les tribunaux — et les conclusions auxquelles ils parviennent sur le fondement de telles recherches — dans des domaines, comme les sciences, qui requièrent une expertise.

La seule preuve présentée par l'appelant devant notre Cour concernant l'hypnose était constituée de quelques décisions américaines dans lesquelles les tribunaux ont opté pour l'exclusion catégorique. Cette preuve n'est pas suffisante pour que notre Cour écarte une règle de common law établie depuis longtemps au Canada.

3.1.6 Les problèmes relatifs à l'hypnose ne sont ni nouveaux ni insurmontables

Les problèmes mentionnés par ma collègue ne sont pas nouveaux et sont pris en compte par les juges du procès dans pratiquement tous les *voir-dire* sur l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose.

L'examen de la jurisprudence canadienne sur le sujet révèle que les juges du procès, avant de se prononcer sur l'admissibilité d'une preuve issue de l'hypnose dans un cas particulier, entendent et prennent en compte les avis divergents de la communauté scientifique concernant l'utilisation de l'hypnose en criminalistique, et notamment leurs préoccupations concernant les dangers associés à l'hypnose, tels la vulnérabilité à la suggestion, la fabulation et le durcissement de la mémoire. Voir, p. ex. : *Clark*, p. 120-121; *Sanchez-Flores*, par. 24-25; *Gauld*, par. 16-23; *Savoy*, par. 16-18; et *Baltovich*, par. 55. Au paragraphe 60 de cette dernière décision, la Cour d'appel de l'Ontario a fait la remarque suivante :

[TRADUCTION] Les dangers mentionnés [. . .] sont bien documentés. Comme nous l'avons vu, il s'agit de la fabulation, de la vulnérabilité à la suggestion et du

148

149

150

memory hardening. Expert testimony on the *voir dire* alerted the trial judge to those dangers and he considered them in arriving at his decision to admit [the witness's] post-hypnosis evidence.

151 In the case at bar, the trial judge was similarly alerted to these potential dangers by Drs. Pollock and Yarmey. He was empowered to exclude the evidence if he found hypnosis rendered the evidence of Ms. Haghnegahdar insufficiently reliable to go to the jury. However, having found substantial compliance with the *Clark* guidelines, as well as having been shown, through the Crown's cross-examination, that the concerns raised by the defence experts were not live ones with respect to Ms. Haghnegahdar's evidence, the trial judge ruled the evidence admissible.

152 The standard for admissibility applied by the trial judge was sufficient reliability and not reliability beyond a reasonable doubt. McCombs J. was under no illusion that hypnosis would guarantee the truth of Ms. Haghnegahdar's evidence. He recognized that if done properly and without suggestion, hypnotically refreshed memories could only be as reliable as regular memory (A.R., at p. 30). In my view, it would be unreasonable to expect hypnotically refreshed memories to be more reliable than regular memories. My colleague has concerns about the reliability of hypnotically refreshed memories because they are not immune to external sources of suggestion and because there is no guarantee that such memories are likely to be either accurate or inaccurate (para. 55). However, the same is true of all memory. A witness who testifies from ordinary memory a year and a half after seeing a crime, may inadvertently incorporate facts he gleaned from the media or others into their recall. There is no guarantee with respect to the accuracy of such ordinary memories either. Judges know these risks, yet we do not deem such evidence inadmissible. These sorts of potential frailties with memory, whether ordinary or hypnotically refreshed, are those that we have always assumed juries are quite capable of weighing. As mentioned in para. 114, appellate courts must have faith in the intelligence and common

durcissement de la mémoire. Lors du voir-dire, l'expert a mis en garde le juge du procès contre ces dangers et celui-ci en a tenu compte pour rendre sa décision d'admettre le témoignage posthypnotique [du témoin].

De même, en l'espèce, MM. Pollock et Yarmey ont mis en garde le juge du procès contre ces dangers éventuels. Le juge avait le pouvoir d'exclure cette preuve s'il concluait que l'hypnose avait rendu le témoignage de M^{me} Haghnegahdar trop peu fiable pour être soumis au jury. Toutefois, après qu'il eut conclu que les directives énoncées dans *Clark* avaient été respectées pour l'essentiel et que le ministère public lui eut démontré au moyen du contre-interrogatoire que les problèmes soulevés par les experts de la défense ne se posaient pas dans le cas du témoignage de M^{me} Haghnegahdar, le juge du procès a décidé que la preuve était admissible.

La norme d'admissibilité appliquée par le juge du procès était celle de la preuve suffisamment fiable et non celle de la fiabilité hors de tout doute raisonnable. Le juge McCombs était conscient que l'hypnose ne garantissait pas la véracité du témoignage de M^{me} Haghnegahdar. Il a reconnu que si la séance d'hypnose était correctement menée et ne comportait pas d'influences suggestives, les souvenirs ravivés par hypnose pouvaient tout au plus être aussi fiables que les souvenirs ordinaires (d.a., p. 30). À mon avis, il serait déraisonnable de s'attendre à ce que les souvenirs ravivés par hypnose soient plus fiables que les souvenirs ordinaires. Ma collègue s'inquiète de la fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose parce qu'ils ne sont pas à l'abri de sources externes de suggestion et parce que rien ne garantit que ces souvenirs seront probablement exacts ou inexacts (par. 55). Or, ces craintes valent pour tous les souvenirs. Le témoin qui s'appuie sur ses souvenirs ordinaires pour faire une déposition un an et demi après avoir assisté au crime peut y incorporer involontairement des faits qu'il a appris des médias ou d'autres sources. Rien ne garantit non plus la fidélité de ces souvenirs ordinaires. Les juges connaissent ce risque, mais ils ne présument pas pour autant de l'inadmissibilité de tels témoignages. On a toujours tenu pour acquis que les jurés étaient parfaitement capables d'apprécier ces éventuelles faiblesses de la mémoire, peu

sense of juries and in the ability of trial judges to properly charge them.

Furthermore, I note that the one source of potential suggestion my colleague flags in the instant case was raised and considered at the *voir dire*. Looking at the transcript of Ms. Haghnegahdar's second interview with police as a whole, the trial judge did not see any influence exerted by police in their questioning. As well, the assumption that police wanted Ms. Haghnegahdar to choose Wednesday over Thursday at such an early point in their investigation, when neither the time of the murder had been established conclusively, nor had Mr. Raymer and Ms. Humenick given their statements regarding the Wednesday, is not a reasonable one, in my view. The trial judge also doubted the likelihood of influence on this point because the sighting itself, not the day on which it occurred, was what was crucial to police (see Ruling re Hypnosis, A.R., at p. 19).

Finally, the problem my colleague raises with regard to cross-examining a witness whose memory has been refreshed through hypnosis — the impossibility of challenging the veracity of their memory — also arises in the context of a witness whose evidence is presented through past recollections recorded (see *R. v. Holmes* (1989), 99 A.R. 106 (Q.B.)). However, this has not provoked courts to categorically exclude such evidence. Courts have been satisfied by the fact that witnesses can be cross-examined about how their memories were recalled, the circumstances surrounding the recall and prior inconsistent statements (P. M. Perell, "Proof of an Event of which a Witness Has No Memory" (2003), 26 *Advocates' Q.* 95, at pp. 100-101). I see no reason why the situation should be any different for hypnotically refreshed memories.

importe qu'il s'agisse de souvenirs ordinaires ou de souvenirs ravivés par hypnose. Comme je l'ai mentionné au par. 114, les juridictions d'appel doivent faire confiance à l'intelligence et au bon sens des jurés ainsi qu'à la capacité du juge du procès de leur donner des directives appropriées.

En outre, je remarque que l'unique source de suggestion possible dont fait état ma collègue dans la présente affaire a été soulevée et examinée au voir-dire. Après avoir revu l'ensemble de la transcription du deuxième entretien de M^{me} Haghnegahdar avec la police, le juge du procès a conclu que la police n'avait exercé aucune influence au cours de l'interrogatoire. De plus, j'estime qu'il n'est pas raisonnable de tenir pour acquis que la police voulait que M^{me} Haghnegahdar choisisse le mercredi plutôt que le jeudi, à un stade aussi précoce de l'enquête, alors que le moment du meurtre n'avait pas encore été établi de façon concluante et que M. Raymer et M^{me} Humenick n'avaient pas encore fait de déclaration concernant la journée de mercredi. Le juge du procès a également jugé improbable qu'il y ait eu influence à ce stade parce que ce qui était alors crucial pour la police était que M^{me} Haghnegahdar ait vu M. Trochym et non le jour où elle l'avait vu (voir la décision concernant l'hypnose, d.a., p. 19).

Enfin, le problème que ma collègue soulève concernant le contre-interrogatoire d'un témoin dont la mémoire a été ravivée par hypnose — l'impossibilité de mettre à l'épreuve la véracité de ses souvenirs — se pose aussi dans le contexte où un témoin dépose en utilisant un enregistrement de ses souvenirs passés (voir *R. c. Holmes* (1989), 99 A.R. 106 (B.R.)). Cela n'a cependant pas incité les tribunaux à exclure catégoriquement une telle preuve. Les tribunaux ont estimé suffisant que les témoins puissent être contre-interrogés sur la question de savoir comment et dans quelles circonstances ils se sont rappelés les événements, ainsi que sur leurs déclarations antérieures incompatibles (P. M. Perell, « Proof of an Event of which a Witness Has No Memory » (2003), 26 *Advocates' Q.* 95, p. 100-101). Je ne vois pas pourquoi il devrait en être autrement pour les souvenirs ravivés par hypnose.

153

154

3.1.7 Problems With Excluding Testimony on Subjects Covered by Hypnosis

155

Though it may not be necessary to deal here with the constitutionality of prohibiting an accused from testifying freely at his or her own trial, which would be the result of the approach taken by Deschamps J., and constitutes a matter discussed in *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987), by the Supreme Court of the United States, it is obvious that this issue is very serious; the decision to prohibit all testimony that has been the subject of hypnotic enhancement is a matter that cannot be resolved without consideration of the dangers posed. Without even considering the constitutional issue, I am of the view that limiting Ms. Haghnegahdar's right to testify is not a satisfactory solution in this case, because this means that she will be unable to testify at retrial about seeing the accused coming out of Ms. Hunter's apartment at a time when forensics determined Ms. Hunter would have already been dead, but before her body was discovered by authorities. This is highly probative evidence for the Crown's case as it supports the "staging" argument, contradicts the appellant's testimony that he never went back to the apartment and, at the very least, signifies that he knew she had been brutally murdered and yet took no action.

156

The *only* aspect of this testimony that was refreshed through hypnosis was *the day* the sighting occurred. However, as noted by the trial judge (A.R., at pp. 18-19), whether the sighting occurred on the Wednesday or Thursday does not change the significance of the evidence. Therefore, to exclude all of the evidence when only this point was clarified through hypnosis, strikes me as an inflexible and disproportionate solution. The goal of the court process is truth seeking, and a just result is best achieved when all relevant and probative evidence is put before the jury: *L. (D.O.)*, at pp. 454-55.

3.1.7 Problèmes associés à l'exclusion des témoignages sur des sujets abordés lors d'une séance d'hypnose

Bien qu'il ne soit peut-être pas nécessaire de traiter ici de la question de la constitutionnalité de l'interdiction pour un accusé de témoigner librement à son propre procès, à laquelle mène le raisonnement de la juge Deschamps et que la Cour suprême des États-Unis a examinée dans *Rock c. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987), il est évident que cette question est très sérieuse; on ne peut se prononcer sur la décision d'interdire tous les témoignages fondés sur des souvenirs ravivés par hypnose sans examiner les dangers qu'elle comporte. Sans même examiner la question constitutionnelle, j'estime que limiter le droit de M^{me} Haghnegahdar de témoigner ne constitue pas une solution satisfaisante en l'espèce parce qu'il en résulterait qu'elle ne pourrait pas témoigner au nouveau procès pour dire qu'elle a vu l'accusé sortir de l'appartement de M^{me} Hunter à un moment où la victime était déjà morte, de l'avis des médecins légistes, mais son corps n'avait pas encore été découvert par les autorités. Il s'agit d'une preuve d'une très grande valeur probante pour la thèse du ministère public étant donné qu'elle appuie l'argument de la « mise en scène », contredit le témoignage de l'appelant selon lequel il n'est jamais retourné à l'appartement et indique à tout le moins qu'il n'a rien fait après s'être rendu compte que M^{me} Hunter avait été assassinée brutalement.

L'*unique* aspect de ce témoignage qui a été ravivé par hypnose est *le jour* où elle a vu l'accusé. Cependant, comme l'a fait remarquer le juge du procès (d.a., p. 18-19), qu'elle l'ait vu le mercredi ou le jeudi ne change rien à la valeur de son témoignage. Par conséquent, exclure la totalité du témoignage dont seul cet élément a été clarifié au moyen de l'hypnose me paraît être une solution rigide et disproportionnée. Le processus judiciaire a pour but la recherche de la vérité et la meilleure façon d'y parvenir est de soumettre au jury toute la preuve pertinente et probante : *L. (D.O.)*, p. 454-455.

3.1.8 The Agreement Between Counsel Was Proper

I cannot agree that it was inappropriate for the trial judge to permit this agreement. It is argued that the impetus for the agreement between the defence and the Crown not to put the issue of Ms. Haghnegahdar's hypnosis before the jury was a concern by defence counsel that members of the jury might view hypnotically enhanced memories as infallible. As framed, this suggests that defence counsel's concern was that the jury would have heard that Ms. Haghnegahdar's memories had been refreshed by hypnosis and would have *automatically* and *uncritically* accepted these as true.

As I read the record of the discussions between defence and Crown counsel and the trial judge on this issue, there were two concerns motivating the defence to strike this deal, and these were *strictly tactical* and not born out of some fear that the jury would uncritically accept the hypnosis evidence. The first appears to have been about the time it would take to put such evidence before the jury. Second, and relatedly, was a realization that the hypnosis evidence was quite credible and, if the jury were told that it was hypnosis evidence, they would be even more likely to believe Ms. Haghnegahdar. This can be seen in the following exchange between defence counsel and the trial judge:

THE COURT: I concluded, after viewing it all, that it was credible evidence and should be heard by the jury. The jury may disagree with me, but, frankly, if you want my own opinion of how the jury will react to it, it's my opinion that it's only going to strengthen the Crown's case if they hear all about the hypnosis.

[DEFENCE]: Well, quite frankly, you know, sir, that was part of my consideration when considering the matter from our end. . . .

(A.R., at p. 1464)

3.1.8 L'entente entre les avocats était acceptable

Je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle la décision du juge du procès de permettre cette entente était irrégulière. Selon les arguments qui nous ont été soumis, la défense et le ministère public auraient convenu de ne pas mentionner au jury que M^{me} Haghnegahdar avait été soumise à l'hypnose parce que l'avocat de la défense craignait que les membres du jury considèrent les souvenirs ravivés par hypnose comme infallibles. Ainsi formulé, cet argument semble indiquer que l'avocat de la défense craignait en fait que les jurés, après avoir appris que les souvenirs de M^{me} Haghnegahdar avaient été ravivés par hypnose, croient *automatiquement* à leur véracité, *sans exercer leur sens critique*.

À la lecture des discussions entre les avocats de la défense et du ministère public et le juge du procès sur ce point, je suis d'avis que deux préoccupations ont motivé l'avocat de la défense à conclure cette entente et que celles-ci étaient de nature *purement tactique* et ne provenaient aucunement d'une quelconque crainte que le jury accepte le témoignage issu de l'hypnose sans faire preuve du moindre esprit critique. Premièrement, il se souciait apparemment du temps que demanderait la présentation d'une telle preuve au jury. Deuxièmement, dans le même ordre d'idées, il se rendait bien compte que le témoignage découlant de l'hypnose était très crédible et qu'il était encore plus probable que les jurés croient M^{me} Haghnegahdar si on leur révélait qu'elle avait été hypnotisée. L'échange suivant entre l'avocat de la défense et le juge du procès l'illustre bien :

[TRADUCTION]

LA COUR : J'ai conclu, après avoir tout considéré, qu'il s'agissait d'un témoignage crédible et que le jury devrait l'entendre. Le jury peut ne pas être d'accord avec moi, mais, franchement, si vous voulez savoir quelle sera, selon moi, la réaction des jurés, je pense que cette preuve ne va que renforcer la thèse du ministère public s'ils entendent tout ce qui concerne l'hypnose.

[DÉFENSE]: Bon, en toute franchise, vous savez, Monsieur, c'est une des choses que je prenais en considération en examinant l'affaire de notre point de vue. . . .

(D.A., p. 1464)

157

158

In the face of this admission by defence counsel that it would be more beneficial to its case to withhold all of the expert evidence about hypnosis from the jury rather than having the jury hear and critically assess it, the argument that this agreement may have caused significant prejudice to the accused, and even jeopardized his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is gratuitously expedient. Courts should not readily permit an appellant to reverse tactical decisions on appeal: see *Terceira* (Ont. C.A.), at pp. 207-8.

159

Furthermore, there was precedent presented to the trial judge of similar agreements having been reached in other criminal cases. In fact, defence counsel informed the trial judge that he had formed a similar agreement with Crown in a previous case. Thus, at the time counsel proposed this agreement, there was nothing in the law to suggest to the trial judge that such an agreement was inappropriate. Generally, I am of the view that juries should be informed of efforts to enhance memory, as they are quite capable of assessing this evidence and giving it proper weight. However, there is no absolute rule on this point, and agreements between counsel should be respected where no prejudice is shown to have been caused to a party.

3.1.9 Conclusion on Hypnotically Refreshed Evidence

160

Perhaps a better evidentiary foundation in a future case may demonstrate that it is time for Canadian courts to reconsider the long-standing admissibility rule for hypnotically refreshed memories. That decision cannot be made in this case. For now, I would simply caution our courts not to encourage the practice of forensic hypnosis until better evidence is available regarding its value. However, I have not been persuaded at this point, on this record, that a complete exclusion of such evidence in all cases is appropriate, as this could deprive the trier of fact from hearing relevant, probative, and even

Vu cette admission de l'avocat de la défense qu'il serait plus bénéfique pour sa cause de priver le jury de l'ensemble de la preuve d'expert concernant l'hypnose plutôt que de lui soumettre cette preuve et de le laisser l'apprécier en exerçant son sens critique, soutenir que cette entente peut avoir causé un préjudice important à l'accusé et même avoir porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* relève d'un opportunisme gratuit. Les tribunaux ne doivent pas permettre aisément aux appelants de revenir sur leurs décisions stratégiques au stade de l'appel : voir *Terceira* (C.A. Ont.), p. 207-208.

De plus, on a porté à l'attention du juge du procès, à titre de précédents, d'autres affaires criminelles dans lesquelles des ententes semblables avaient été conclues. En fait, l'avocat de la défense a informé le juge du procès qu'il avait déjà conclu une entente semblable avec le ministère public dans une autre affaire. Ainsi, au moment où les avocats lui ont proposé cette entente, le juge du procès n'avait aucun motif juridique de croire à son irrégularité. En règle générale, j'estime que les jurés doivent être informés des efforts déployés pour raviver la mémoire d'un témoin, car ils sont tout à fait capables d'apprécier cette preuve et de lui accorder le poids approprié. Cependant, il n'existe pas de règle absolue à cet égard et les ententes conclues entre les avocats devraient être respectées en l'absence de preuve démontrant qu'elles ont causé un préjudice à une partie.

3.1.9 Conclusion sur les témoignages ravivés par hypnose

Il est possible que, dans une affaire ultérieure, une preuve plus solide démontre que le temps est venu pour les tribunaux canadiens de réexaminer la règle établie depuis longtemps de l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose. La présente affaire ne permet toutefois pas un tel réexamen. Pour l'instant, je me contenterais de conseiller à nos cours de ne pas encourager la pratique de l'hypnose en criminalistique tant que sa valeur n'aura pas été établie de façon plus certaine. Cependant, au vu du dossier, je ne suis pas encore convaincu qu'il convienne d'exclure complètement ce type de

sometimes critical evidence, to either the Crown's or defence's case in some instances. In my view, the admissibility of such evidence should always be made on a case-by-case basis. Here, the evidence was highly relevant to the Crown's case and shown to be quite credible. In my view, the trial judge made no legal error in admitting it.

3.2 *Post-Offence Conduct*

Post-offence conduct is one type of circumstantial evidence. It is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence: *White*, at para. 21. It can take various forms: what the accused said to others or the police; what the accused did not say to others or the police; what the accused did; what the accused did not do; and how the accused seemed to others (i.e., demeanor evidence). It can also be used for various purposes: to support inferences of consciousness of guilt or even to support inferences of innocence (see *R. v. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516 (C.A.)); to connect the accused to the scene of the crime or to a piece of physical evidence; or to undermine the credibility of the accused in general (*White*, at para. 26).

When used to support inferences of consciousness of guilt, no special rules of admissibility apply apart from the rules that apply to all evidence generally. The evidence is admissible as long as its probative value outweighs its prejudicial effect; there is no special exclusionary rule applicable: *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226 (Ont. C.A.). There is no separate burden of proof for such evidence: *White* and *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109, at para. 23.

This Court has recognized, however, that evidence of post-offence conduct introduced to support an inference of consciousness of guilt can be highly ambiguous and susceptible to jury error: *White*, at para. 22. The danger exists that a jury may erroneously leap from such evidence to a

preuve dans tous les cas, puisque pareille exclusion risque de priver le juge des faits d'éléments de preuve pertinents, concluants et parfois même cruciaux pour le ministère public ou pour la défense dans certains cas. À mon avis, l'admissibilité d'une telle preuve devrait toujours être évaluée au cas par cas. En l'espèce, le témoignage était hautement pertinent pour la thèse du ministère public et on a démontré qu'il était très crédible. Je suis d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en l'admettant.

3.2 *Le comportement postérieur à l'infraction*

Le comportement postérieur à l'infraction est un type de preuve circonstancielle. Cette preuve ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle : *White*, par. 21. Elle peut revêtir diverses formes : ce que l'accusé a dit à d'autres personnes ou à la police; ce qu'il n'a pas dit à d'autres personnes ou à la police; ce qu'il a fait; ce qu'il n'a pas fait; l'impression qu'il a donnée à d'autres personnes (c.-à-d. son comportement). On peut aussi l'utiliser à des fins diverses : pour appuyer des conclusions de conscience coupable ou même pour étayer des inférences d'innocence (voir *R. c. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516 (C.A.)); pour relier l'accusé aux lieux du crime ou à un élément de preuve matérielle ou pour miner sa crédibilité en général : *White*, par. 26.

Outre les règles générales applicables à tout élément de preuve, aucune règle d'admissibilité particulière ne régit la preuve visant à démontrer la conscience coupable. Un élément de preuve est admissible si sa valeur probante l'emporte sur ses effets préjudiciables; aucune règle d'exclusion particulière n'est applicable : *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226 (C.A. Ont.). Il n'existe pas de fardeau de preuve distinct en ce qui concerne une telle preuve : *White* et *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109, par. 23.

Notre Cour a toutefois reconnu que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction présentée à l'appui d'une inférence de conscience coupable crée une grande ambiguïté et est susceptible d'induire le jury en erreur : *White*, par. 22. Il existe un risque qu'une telle preuve amène le jury à

161

162

163

conclusion of guilt: *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129. The solution to this potential problem chosen by this Court has been to require the trial judge to properly instruct the jury as to the use of this evidence: *White*, at para. 23. The choice of this solution is grounded in respect for the role of the jury in criminal trials:

As a general rule, it will be for the jury to decide, on the basis of the evidence as a whole, whether the post-offence conduct of the accused is related to the crime before them rather than to some other culpable act. It is also within the province of the jury to consider how much weight, if any, such evidence should be accorded in the final determination of guilt or innocence. For the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of the jury's exclusive fact-finding role. [Emphasis added.]

(*White*, at para. 27)

164

That said, there has been growing concern with respect to the use of demeanor evidence to support inferences of consciousness of guilt because of the highly subjective nature of such evidence: see *R. v. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71 (Ont. C.A.); *R. v. Bennett* (2003), 179 C.C.C. (3d) 244 (Ont. C.A.); and *R. v. Stark* (2004), 190 C.C.C. (3d) 496 (Ont. C.A.). A higher level of intervention on the part of the trial judge may be called for, given the potential for this sort of evidence to be quite prejudicial. However, I would avoid making a general pronouncement about the admissibility of this type of evidence. A case-by-case assessment of such evidence, considering relevance and weighing probative value against the prejudicial effect, is the proper approach. In the case at bar, while there was some evidence led regarding the appellant's unemotional demeanor when speaking about Ms. Hunter's murder to police and her friends, the vast majority of the post-offence conduct presented at trial was not demeanor evidence, and its admission did not impact trial fairness.

165

I turn now to consider the specific post-offence evidence challenged in this case.

commettre une erreur en concluant directement à la culpabilité : *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129. Pour remédier à ce problème éventuel, notre Cour a exigé que le juge du procès donne des directives appropriées au jury concernant l'utilisation de cette preuve : *White*, par. 23. Le choix de cette solution se fonde sur le souci de respecter le rôle du jury dans les procès criminels :

En règle générale, il appartient au jury de déterminer, eu égard à l'ensemble de la preuve, si le comportement de l'accusé après l'infraction est lié au crime qui lui est reproché, plutôt qu'à un autre acte coupable. Il est également du ressort du jury de déterminer le poids qu'il convient d'accorder à cette preuve aux fins de rendre ultimement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. Dans la plupart des cas, le juge du procès qui s'immisce dans ce processus usurpe le rôle de juge des faits exclusivement dévolu au jury. [Je souligne.]

(*White*, par. 27)

Cela dit, l'utilisation de la preuve du comportement du témoin pour étayer une conclusion de conscience coupable soulève une inquiétude grandissante en raison de la nature très subjective de ce type de preuve : voir *R. c. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71 (C.A. Ont.); *R. c. Bennett* (2003), 179 C.C.C. (3d) 244 (C.A. Ont.); et *R. c. Stark* (2004), 190 C.C.C. (3d) 496 (C.A. Ont.). Les juges du procès pourraient être appelés à intervenir davantage, car cette preuve peut être très préjudiciable. J'éviterai toutefois de me prononcer de façon générale sur l'admissibilité de ce type de preuve. L'approche correcte consiste à examiner chaque cas en tenant compte de la pertinence de la preuve et en soupesant sa valeur probante par rapport à son effet préjudiciable. En l'espèce, malgré la présentation de certains éléments de preuve concernant l'absence d'émotion de la part de l'appelant lorsqu'il a parlé du meurtre de M^{me} Hunter avec les amis de celle-ci et la police, la majeure partie des éléments de preuve produits concernant les agissements de l'appelant après l'infraction ne constituaient pas une preuve de comportement et leur admission n'a pas eu d'incidence sur l'équité du procès.

J'examinerai maintenant les éléments de preuve contestés qui concernent le comportement de l'appelant après l'infraction.

3.2.1 Mr. Trochym's Failure To Attend the Funeral, etc.

I find that this evidence was properly admissible and that the Crown was entitled to argue that it demonstrated a consciousness of guilt on Mr. Trochym's part. I find that the trial judge's instructions to the jury regarding this evidence was sufficient to deal with its potential prejudicial effect. After saying "It is for you to determine what, if any, inference you wish to draw from those facts", the trial judge goes on to say:

Remember, you have been given an explanation of them by Mr. Trochym. Even if you do not accept it, you must consider whether the evidence is proof of guilt or anxiety out of the realization he was a suspect or they thought he was guilty because he is the boyfriend, and that's the reason he did what he did. It is for you to determine the weight to be given to that evidence.

(A.R., at p. 3740)

Clearly, this imparts a sufficient warning that this evidence should be approached with caution and that other inferences, aside from consciousness of guilt, can be drawn from this conduct. I agree with MacPherson J.A. in the Court of Appeal below that the trial judge's charge regarding this evidence was "careful, balanced and fair" (para. 27).

3.2.2 The "Darts and Haircut" Comment

A few days following his first interview with police, when phoned by Detective Clarke for a second meeting, Mr. Trochym declined two proposed meeting times because the first one would interfere with his darts league game and the second one with a haircut appointment. The Crown sought to use this statement to contradict Mr. Trochym's earlier statement to police that he was anxious to help them in their investigation. From this, the Crown advanced the argument that Mr. Trochym only made the earlier statement in order to cast

3.2.1 L'absence de M. Trochym aux funérailles, etc.

J'estime que cette preuve était à juste titre admissible et que le ministère public pouvait soutenir qu'elle démontrait une conscience coupable de la part de M. Trochym. À mon avis, les directives que le juge du procès a données au jury à propos de cette preuve étaient suffisantes pour parer à ses éventuels effets préjudiciables. Après lui avoir dit [TRADUCTION] « [c]'est à vous de déterminer quelle inférence, le cas échéant, vous souhaitez tirer de ces faits », le juge du procès a ajouté :

[TRADUCTION] Souvenez-vous, M. Trochym vous a fourni une explication à leur égard. Même si vous ne l'acceptez pas, vous devez vous demander si cette preuve démontre sa culpabilité ou son anxiété en se rendant compte qu'il était un suspect ou qu'ils pensaient qu'il était coupable parce qu'il était le petit ami de la victime et c'est ce qui explique son comportement. C'est à vous de déterminer le poids à accorder à cette preuve.

(D.A., p. 3740)

De toute évidence, ces directives constituent une mise en garde suffisante quant à la prudence avec laquelle il faut envisager cette preuve et indiquent que des conclusions autres que celle de la conscience coupable peuvent être tirées de ce comportement. Je suis d'accord avec le juge MacPherson de la Cour d'appel qui a dit en l'espèce que les directives du juge du procès concernant cette preuve étaient [TRADUCTION] « prudentes, nuancées et justes » (par. 27).

3.2.2 Les commentaires sur les « fléchettes » et le « rendez-vous chez le coiffeur »

Quelques jours après son premier entretien avec la police, M. Trochym a reçu un appel du détective Clarke qui désirait le rencontrer une deuxième fois. L'appelant a refusé deux dates proposées pour la tenue de cette rencontre : la première parce qu'elle entraînait en conflit avec un match de sa ligue de fléchettes et la deuxième avec un rendez-vous chez le coiffeur. Le ministère public a cherché à utiliser ces refus pour contredire la déclaration antérieure de M. Trochym aux policiers selon laquelle il tenait à les aider dans leur enquête. Le ministère public s'en

suspicion away from himself. The defence argued that Mr. Trochym made the darts and haircut comments as a stalling tactic while his brother was trying to arrange an appointment for him with a lawyer. After a *voir dire*, the trial judge permitted the evidence as long as the jury was informed that the comments were made after a member of Mr. Trochym's family was in touch with a lawyer and that the day following the comments, police were informed that he had retained counsel and was exercising the right to silence. However, during his charge, the trial judge instructed the jury not to draw any adverse inference against Mr. Trochym because it may well have been his intention to see a lawyer, and that is a right that every person has.

est servi pour soutenir que l'appelant n'avait fait la première déclaration que pour détourner les soupçons. La défense a fait valoir que M. Trochym avait utilisé l'excuse des fléchettes et du rendez-vous chez le coiffeur pour gagner du temps pendant que son frère essayait de lui obtenir un rendez-vous chez un avocat. Après un voir-dire, le juge du procès a permis la présentation de cette preuve à condition que le jury soit informé que ces commentaires avaient été faits après qu'un membre de la famille de M. Trochym avait communiqué avec un avocat et que, le lendemain, la police avait appris que M. Trochym avait retenu les services d'un avocat et exerçait son droit de garder le silence. Dans son exposé au jury, le juge du procès lui a toutefois donné comme directive de ne pas tirer de conclusion défavorable à M. Trochym parce qu'il était possible qu'il ait effectivement eu l'intention de consulter un avocat et qu'il s'agit d'un droit reconnu à tous.

168

That a jury may have been inclined to think Mr. Trochym callous, or even a “monster” for making such a comment, as noted by the trial judge, does not render this evidence prejudicial. The real issue with this evidence is whether it should have been excluded in light of the right to silence. This Court has held that drawing inferences of consciousness of guilt from an accused's silence in the face of police questioning is in violation of this right: *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50. In that case, the accused went to a police station and asked that a car be sent to the ranch where he lived, but he refused to explain why a car was necessary or what would be found there. Police found three bodies at the scene. This Court held that no inferences of consciousness of guilt could be drawn from Mr. Turcotte's refusal to explain his request, as he was exercising his right to silence.

Le fait qu'un jury pouvait être enclin à penser que M. Trochym était une personne insensible ou même un « monstre » pour faire un tel commentaire, pour reprendre les termes utilisés par le juge du procès, ne rend pas pour autant cette preuve préjudiciable. La véritable question concernant cette preuve est de savoir si elle aurait dû être exclue compte tenu du droit au silence. Notre Cour a statué que tirer une conclusion de conscience coupable de l'accusé à partir de son refus de répondre aux questions des policiers viole son droit de garder le silence : *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50. Dans cette affaire, l'accusé s'est rendu au poste de police et a demandé qu'une voiture soit envoyée au ranch où il habitait, mais il a refusé d'expliquer pourquoi une voiture était nécessaire ou ce qu'on allait trouver là-bas. Les policiers y ont découvert trois cadavres. Notre Cour a statué qu'on ne pouvait tirer une inférence de conscience coupable du refus de M. Turcotte d'expliquer sa demande puisqu'il exerçait son droit de garder le silence.

169

When discussing a person's right to silence, there is an important distinction to draw between when a person voluntarily chooses to speak to police and when that person chooses not to speak. It is perhaps trite to say, but the right to silence prevents inferences of consciousness of guilt from being drawn

Lorsqu'on analyse le droit d'une personne de garder le silence, il y a une distinction importante à faire entre la personne qui choisit volontairement de parler à la police et la personne qui choisit de ne pas parler. Il s'agit peut-être d'un truisme, mais le droit au silence interdit de tirer une inférence de

from a *person's choice to remain silent*, not inferences of consciousness of guilt from something a person voluntarily says.

I say this while fully aware that the first major cases on the right to silence involved instances where suspects gave confessions and these were found inadmissible: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, and *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. In these cases, detained suspects were tricked into giving confessions by undercover police officers placed in their midst. On this basis, their right to choose to remain silent was illusory. However, absent evidence that the statements were improperly elicited by authorities, an accused's statements may be used against them. Authority for this can be found in the comments of McLachlin J. (as she then was) in *Hebert*, at p. 185, where she states: "in the absence of eliciting behaviour on the part of the police, there is no violation of the accused's right to choose whether or not to speak to the police. If the suspect speaks, it is by his or her own choice, and he or she must be taken to have accepted the risk that the recipient may inform the police" (emphasis added).

In the case at bar, although he later exercised the right to counsel and the right to silence, Mr. Trochym chose to tell the police that he wanted to help them in their investigation and then later chose to tell them that he could not attend a follow-up meeting on account of darts and a haircut. He took the risks in making these comments and they can therefore be used against him. The trial judge made no error of law in admitting this evidence. His charge to the jury to give this evidence no weight was unnecessary, but it was within his discretion to do so.

3.2.3 False Alibi

The Crown is entitled to argue false alibi to infer consciousness of guilt where there is evidence of concoction or fabrication of the alibi adduced

conscience coupable du fait qu'une *personne choisit de garder le silence*, mais n'interdit pas pareille inférence à partir de ce qu'une personne dit volontairement.

Je dis cela en sachant parfaitement que, dans les premières affaires importantes en matière de droit au silence, les suspects avaient fait des aveux qui ont été jugés inadmissibles : *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, et *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Dans ces affaires, des suspects détenus avaient été amenés par la ruse à faire des aveux à des agents doubles de la police qui se trouvaient parmi eux. Dans ce contexte, leur droit de choisir de garder le silence était illusoire. Cependant, en l'absence de preuve que les déclarations ont été obtenues irrégulièrement par les autorités, les déclarations d'un accusé peuvent être utilisées contre lui. Cette affirmation trouve appui dans les commentaires de la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Hebert*, p. 185, où elle a écrit : « en l'absence d'un tel comportement de la part des policiers, il n'y a aucune violation du droit de l'accusé de choisir de parler ou non aux policiers. Si le suspect parle, c'est parce qu'il a choisi de le faire et il faut présumer qu'il a accepté de courir le risque que son interlocuteur puisse informer les policiers » (je souligne).

En l'espèce, M. Trochym, bien qu'il ait exercé plus tard son droit de recourir aux services d'un avocat et son droit de garder le silence, a choisi de dire aux policiers qu'il voulait les aider dans leur enquête, puis il a choisi de leur dire qu'il ne pouvait pas se présenter à un entretien complémentaire en raison d'un match de fléchettes et d'un rendez-vous chez le coiffeur. Il a pris le risque de faire ces déclarations et elles peuvent par conséquent être utilisées contre lui. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en admettant cette preuve. Il n'était pas tenu de donner comme directive au jury de ne pas accorder de poids à cette preuve, mais il avait le pouvoir discrétionnaire de le faire.

3.2.3 Faux alibi

Le ministère public peut utiliser le faux alibi pour tirer une inférence de conscience coupable. Il doit alors présenter une preuve d'invention ou de

170

171

172

independently from evidence adduced to show that the alibi may be disbelieved: *R. v. Hibbert*, [2002] 2 S.C.R. 445, 2002 SCC 39, at paras. 59 and 67.

173

There was evidence produced by the Crown showing that Mr. Trochym would have had the opportunity to sneak out of his work area on the afternoon of Wednesday, October 14, that it was possible that someone else could have logged into the computer network using his password, and that none of his co-workers could definitively recall seeing him at work between 1:00 p.m. and 3:00 p.m. Such evidence might only go so far as to disprove the appellant's alibi. However, the placing of Mr. Trochym at Ms. Hunter's apartment building between 1:00 p.m. and 3:00 p.m. by three eye-witnesses and the testimony of the Canada Post security guard who saw Mr. Trochym hanging around the cafeteria after his shift, was independent evidence to support that he deliberately concocted an alibi in order to conceal his return to the scene of the crime.

174

I agree with MacPherson J.A. that characterizing this evidence as "alibi evidence", as the appellant sought to do, may be a bit of a misnomer for the events being considered are not events that occurred at the time of the murder but, rather, took place more than 12 hours later (p. 623, note 5). MacPherson J.A. nonetheless undertook an "alibi" analysis of this evidence since the trial judge and parties presented it as such. However, even characterizing this as "alibi evidence", it is clear that there was independent evidence of concoction presented for the Crown to make the argument.

175

On the issue of the sufficiency of the trial judge's instructions to the jury on this point, I agree with MacPherson J.A. that his charge was comprehensive and sound in explaining how this evidence was to be used. Further, he expressly advised the jury not to draw inferences based on "speculation or hunches" and, it is important to note, counsel made no objection to the charge. It is not wise for appellate courts to second-guess trial judges on their charges unless there is clearly a major

fabrication de l'alibi, indépendante de la preuve produite pour démontrer la fausseté de l'alibi : *R. c. Hibbert*, [2002] 2 R.C.S. 445, 2002 CSC 39, par. 59 et 67.

Le ministère public a produit des éléments de preuve démontrant que M. Trochym aurait pu quitter son poste en douce l'après-midi du mercredi 14 octobre, qu'une autre personne aurait pu se brancher au réseau informatique en utilisant son mot de passe et qu'aucun de ses compagnons de travail ne se rappelait clairement l'avoir vu au travail entre 13 h et 15 h. L'existence d'une telle preuve aurait tout au plus pu contredire l'alibi de l'appellant. Cependant, le fait que trois témoins oculaires ont vu l'appellant dans l'immeuble d'habitation de M^{me} Hunter entre 13 h et 15 h et que le gardien de sécurité de Postes Canada a vu M. Trochym traîner autour de la cafétéria après son quart de travail constituaient des preuves indépendantes étayant la thèse qu'il a délibérément inventé un alibi pour cacher son retour sur les lieux du crime.

Je suis d'accord avec le juge MacPherson pour dire qu'il n'est peut-être pas tout à fait exact de qualifier cette preuve de « preuve d'alibi », comme l'appellant a voulu le faire, car les événements en cause ne se sont pas produits au moment du meurtre, mais au moins 12 heures plus tard (p. 623, note 5). Le juge MacPherson a néanmoins analysé cette preuve comme si elle visait à établir un « alibi » puisque c'est ainsi que le juge du procès et les parties l'ont présentée. Or, même si on la qualifie de « preuve d'alibi », il est clair que le ministère public a présenté une preuve indépendante d'invention à l'appui de son argumentation.

Quant à savoir si les directives que le juge du procès a données au jury à cet égard étaient suffisantes, je partage l'opinion du juge MacPherson selon laquelle son explication de la façon dont cette preuve devait être utilisée était complète et judicieuse. Le juge du procès a de plus expressément averti le jury de ne pas tirer de conclusions fondées sur [TRADUCTION] « des hypothèses ou des intuitions » et, fait important, l'avocat n'a pas formulé d'objection à l'encontre de l'exposé. Il n'est pas sage

problem with the directions to the jury. This was not the case here.

3.3 *Cross-Examination*

The right to cross-examination is a fundamental truth-seeking element of the criminal trial:

Cross-examination may often be futile and sometimes prove fatal, but it remains nonetheless a faithful friend in the pursuit of justice and an indispensable ally in the search for truth. At times, there will be *no other way* to expose falsehoods, to rectify error, to correct distortion or to elicit vital information that would otherwise remain forever concealed. [Emphasis in original.]

(*R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5, at para. 1)

This Court has gone so far as to find the right to cross-examination constitutionally protected: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 606-8.

While the majority of this Court's jurisprudence on the importance of the right to cross-examination focusses on its importance *vis-à-vis* the defence, its importance to the Crown should not be underestimated:

Crown counsel is entitled, indeed, in some cases expected, to conduct a vigorous cross-examination of an accused. Effective cross-examination of an accused serves the truth-finding function as much as does effective cross-examination of a complainant.

(*R. v. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168 (Ont. C.A.), at p. 176)

The general rules regarding the proper conduct of cross-examinations were discussed by this Court in *Lyttle*, at para. 44:

The right of cross-examination must therefore be jealously protected and broadly construed. But it must not be abused. Counsel are bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation,

que les cours d'appel remettent en question l'exposé du juge du procès à moins que ses directives au jury ne posent clairement un problème important. Ce n'était pas le cas en l'espèce.

3.3 *Le contre-interrogatoire*

Le droit de contre-interroger constitue un élément fondamental de la recherche de la vérité dans un procès criminel :

Bien que le contre-interrogatoire puisse souvent s'avérer futile et parfois se révéler fatal, il demeure néanmoins un ami fidèle dans la poursuite de la justice ainsi qu'un allié indispensable dans la recherche de la vérité. Dans certains cas, il n'existe en effet *aucun autre moyen* de mettre au jour des faussetés, de rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais. [Souligné dans l'original.]

(*R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5, par. 1)

Notre Cour est allée jusqu'à affirmer que le droit de contre-interroger était garanti par la Constitution : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 606-608.

La jurisprudence de notre Cour concernant l'importance du droit de contre-interroger porte majoritairement sur son importance pour la défense, mais on ne devrait pas en sous-estimer l'importance pour le ministère public :

[TRADUCTION] L'avocat du ministère public a le droit de contre-interroger vigoureusement l'accusé; en fait, dans certaines affaires, on s'attend à ce qu'il le fasse. Un contre-interrogatoire efficace de l'accusé sert autant la recherche de la vérité que le contre-interrogatoire efficace d'un plaignant.

(*R. c. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168 (C.A. Ont.), p. 176)

Notre Cour a abordé la question des règles générales applicables à la conduite des contre-interrogatoires dans *Lyttle*, par. 44 :

Le droit de contre-interroger doit donc être protégé jalousement et être interprété généreusement. Il ne doit cependant pas être exercé de manière abusive. Les avocats sont liés par les règles de la pertinence et il leur est

176

177

178

repetitiousness or, more generally, from putting questions whose prejudicial effect outweighs their probative value. See *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.); *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.); *Osolin*, [[1993] 4 S.C.R. 595].

MacPherson J.A. did not find that Crown counsel's tone throughout cross-examination was patronizing, sarcastic, mocking or editorial. He noted that defence counsel only once objected during the cross-examination that the Crown's tone was "argumentative". Overall, he found the Crown cross-examination "detailed and vigorous" (para. 59). I agree.

179

Two separate concerns with the propriety of the Crown's cross-examination were raised in this case. First, with regard to the false alibi evidence, it is argued that the Crown should not put suggestions to the accused in cross-examination unless it has reasonable grounds for believing that the suggestions are true. This is contrary to this Court's position in *Lyttle*, where it was held that all that is needed in order to put a question to a witness on cross-examination is a "good faith basis" (see para. 47). This standard was described as follows:

In this context, a "good faith basis" is a function of the information available to the cross-examiner, his or her belief in its likely accuracy, and the purpose for which it is used. Information falling short of admissible evidence may be put to the witness. In fact, the information may be incomplete or uncertain, provided the cross-examiner does not put suggestions to the witness recklessly or that he or she knows to be false. The cross-examiner may pursue any hypothesis that is honestly advanced on the strength of reasonable inference, experience or intuition. The purpose of the question must be consistent with the lawyer's role as an officer of the court: to suggest what counsel genuinely thinks possible on known facts or reasonable assumptions is in our view permissible; to assert or to imply

interdit de harceler le témoin, de faire des déclarations inexactes, de se répéter inutilement ou, de façon plus générale, de poser des questions dont l'effet préjudiciable excède la valeur probante. Voir *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A. Ont.); *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (C.A. Ont.); *Osolin* [[1993] 4 R.C.S. 595].

Le juge MacPherson n'a pas estimé que le ton de l'avocat du ministère public au contre-interrogatoire était condescendant, sarcastique, moqueur ou tranchant. Il a noté que l'avocat de la défense n'a formulé qu'une seule objection pendant le contre-interrogatoire pour dire que le ton du ministère public était « agressif ». Dans l'ensemble, il a conclu que le contre-interrogatoire du ministère public était [TRADUCTION] « détaillé et vigoureux » (par. 59). Je souscris à sa conclusion.

Deux problèmes distincts quant à la régularité du contre-interrogatoire du ministère public ont été soulevés en l'espèce. Premièrement, en ce qui concerne la preuve relative au faux alibi, on a plaidé que le ministère public ne devrait pas suggérer des réponses à l'accusé lors de son contre-interrogatoire, à moins qu'il n'ait des motifs raisonnables de croire que ces réponses sont vraies. Cette position est contraire à celle exprimée par notre Cour dans *Lyttle*, où elle a statué que la seule exigence à respecter pour qu'une question puisse être posée à un témoin en contre-interrogatoire était la « bonne foi » (voir le par. 47). Cette norme a été décrite comme suit :

Dans ce contexte, la « bonne foi » est fonction des renseignements dont dispose le contre-interrogateur, de l'opinion de celui-ci sur leur probable exactitude et du but de leur utilisation. Des renseignements qui ne constitueraient par ailleurs pas des éléments de preuve admissibles peuvent être présentés aux témoins. En fait, des renseignements peuvent avoir un caractère incomplet ou incertain, pourvu que le contre-interrogateur ne soumette pas au témoin des hypothèses qui soient inconsidérées ou qu'il sait être fausses. Le contre-interrogateur peut soulever toute hypothèse qu'il avance honnêtement sur la foi d'inférences raisonnables, de son expérience ou de son intuition. Le but de la question doit être compatible avec le rôle que joue l'avocat en tant qu'auxiliaire de justice : il est à notre avis permis à

in a manner that is calculated to mislead is in our view improper and prohibited.

(*Lyttle*, at para. 48)

In light of my comments above regarding the presence of independent evidence of concoction, I find that the Crown's cross-examination on this issue to have met this standard.

The second impropriety the Crown's cross-examination pointed to is the compilation of "the list". Crown counsel went through the evidence of many of the Crown witnesses who testified to points that were central to the Crown's case. Mr. Trochym was asked whether he disagreed with their evidence on these points. Crown counsel asked Mr. Trochym to write down the names of the witness he indicated disagreement with. There were 28 names in total on this list. Defence counsel did not object to the making of this list. He only asked that the physical list itself not be made an exhibit. The trial judge permitted the list, on the reassurance that it would not distract Mr. Trochym during the course of his cross-examination.

Like MacPherson J.A., I see nothing wrong with such a tactic. While there is a long line of jurisprudence prohibiting the Crown from asking the accused to attest to the veracity of other witnesses (see, for example: *Markadonis v. The King*, [1935] S.C.R. 657; *R. v. Yakeleya* (1985), 46 C.R. (3d) 282 (Ont. C.A.); *R. (A.J.)*; *R. v. W.J.M.* (1995), 82 O.A.C. 130; and *R. v. Ellard* (2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68), this is quite different from putting a set of facts to an accused and asking him or her to confirm whether they are accurate or not (see S. Akhtar, "Improprieties in Cross-Examination" (2004), 15 C.R. (6th) 236). In *R. v. White* (1999), 132 C.C.C. (3d) 373 (Ont. C.A.), at para. 12, the following exchange occurred between the Crown and the accused:

Q. You say May couldn't have happened, didn't happen, you never showed up drunk in May, you never frightened

l'avocat de suggérer un fait qu'il considère sincèrement possible à la lumière de faits connus ou d'hypothèses raisonnables; il est toutefois inacceptable et interdit selon nous d'énoncer un fait ou de suggérer implicitement son existence dans le but de tromper.

(*Lyttle*, par. 48)

Compte tenu de mes remarques sur l'existence d'une preuve indépendante d'invention, j'estime que le contre-interrogatoire du ministère public sur cette question satisfaisait à cette norme.

La deuxième irrégularité du contre-interrogatoire du ministère public qui a été évoquée est l'établissement de « la liste ». L'avocat du ministère public a passé en revue les dépositions de nombreux témoins à charge qui ont fait des déclarations sur des points cruciaux pour sa preuve. Il a demandé à M. Trochym s'il était en désaccord avec leur témoignage sur ces points. Il l'a prié d'écrire le nom des témoins avec lesquels il était en désaccord. La liste comptait en tout 28 noms. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que cette liste soit dressée. Il a seulement exigé qu'elle ne figure pas comme pièce. Le juge du procès a autorisé l'établissement de la liste après avoir reçu l'assurance qu'elle ne détournerait pas l'attention de M. Trochym lors de son contre-interrogatoire.

À l'instar du juge MacPherson, je ne vois rien de mal dans cette tactique. Il est vrai qu'il existe un long courant jurisprudentiel interdisant au ministère public de demander à l'accusé d'attester que d'autres témoins disent la vérité (voir p. ex. : *Markadonis c. The King*, [1935] R.C.S. 657; *R. c. Yakeleya* (1985), 46 C.R. (3d) 282 (C.A. Ont.); *R. (A.J.)*; *R. c. W.J.M.* (1995), 82 O.A.C. 130; et *R. c. Ellard* (2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68), mais une telle demande est très différente de celle qui consiste à soumettre une série de faits à l'accusé afin qu'il confirme s'ils sont exacts ou non (voir S. Akhtar, « Improprieties in Cross-Examination » (2004), 15 C.R. (6th) 236). Dans *R. c. White* (1999), 132 C.C.C. (3d) 373 (C.A. Ont.), par. 12, le ministère public et l'accusé ont eu l'échange suivant :

[TRADUCTION]

Q. Vous dites que mai n'aurait pas pu se produire, que cela ne s'est pas produit, que vous ne vous êtes pas

180

181

her child, all of that is either a lie or a figment of her imagination in some fashion.

A. That's correct.

The Ontario Court of Appeal said that nothing improper had occurred:

This question was a reference to an event which the complainant said occurred in May, about two months before the alleged assault. According to her, the appellant arrived at her home one evening in a drunken state. He inadvertently frightened her son when he entered the complainant's bedroom. The appellant testified in chief that the event did not happen.

Crown counsel's question was not improper. He did not ask the appellant to explain why some other witness had lied. Rather, the Crown asked the appellant to confirm his position that the May incident had never occurred. There was evidence, independent of the complainant, suggesting that the event had in fact occurred. Crown counsel wanted to pin down the appellant on his position in the hope that the jury would accept the independent evidence and find that the May incident did occur. If they made that finding, they would have to conclude that the appellant had lied to them on that issue. A finding that the appellant lied on that point could undermine his overall credibility. [paras. 13-14]

Mr. Trochym's version of events on examination-in-chief was vastly different from that of several other witnesses on several key issues in the case, such as the nature of his relationship with Ms. Hunter, the events of October 13, his whereabouts on October 14, as well as about the day he was told of her death by a family member. Crown counsel was entitled to confirm Mr. Trochym's position on the events that occurred, and it chose to keep track of the extent of the appellant's disagreement with other witnesses by asking him to keep a list. Mr. Trochym had experienced counsel, who could have objected to the list, but did not, and deference is due to the decision of the trial judge to permit its use.

présenté saoul en mai, que vous n'avez jamais effrayé son enfant, que tout cela est soit un mensonge soit en quelque sorte le fruit de son imagination.

R. C'est exact.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'absence d'irrégularité :

[TRADUCTION] Cette question se rapportait à un événement qui, au dire de la plaignante, se serait produit en mai, environ deux mois avant la date de l'agression alléguée. Selon elle, l'appellant est arrivé chez elle un soir en état d'ébriété. Il a effrayé son fils sans le vouloir en entrant dans la chambre de la plaignante. L'appellant a déclaré, dans son témoignage principal, que cet événement ne s'était pas produit.

La question de l'avocat du ministère public n'était pas irrégulière. Il n'a pas demandé à l'appellant d'expliquer pourquoi certains autres témoins avaient menti. Il lui a plutôt demandé de confirmer sa position selon laquelle l'incident de mai ne s'était jamais produit. Il existait une preuve, indépendante de celle de la plaignante, qui indiquait que l'événement avait en fait eu lieu. L'avocat du ministère public voulait établir fermement la position de l'appellant dans l'espoir que le jury accepte la preuve indépendante et conclue que l'incident de mai avait effectivement eu lieu. S'il parvenait à cette conclusion, le jury devrait conclure que l'appellant lui avait menti sur cette question. Une conclusion que l'appellant avait menti sur ce point pourrait miner sa crédibilité en général. [par. 13-14]

La version des faits donnée par M. Trochym au cours de son interrogatoire principal en l'espèce était très différente de celle offerte par plusieurs autres témoins sur plusieurs questions cruciales, comme la nature de sa relation avec M^{me} Hunter, les événements du 13 octobre, ses déplacements le 14 octobre et ce qui s'est passé le jour où il a appris la mort de la victime par un membre de sa famille. L'avocat du ministère public avait le droit de confirmer la position de M. Trochym sur les faits et il a choisi de mesurer l'ampleur du désaccord entre l'appellant et d'autres témoins en lui demandant de dresser une liste. M. Trochym avait retenu les services d'un avocat chevronné qui aurait pu s'opposer à la liste, mais il ne l'a pas fait et il faut faire preuve de retenue à l'égard de la décision du juge du procès qui en a permis l'utilisation.

3.4 *Closing Submissions*

Crown counsel is entitled to employ logic and rhetoric to present persuasive argument during a jury address. There are, of course, limits to this.

I note, in particular, the limit discussed by this Court in *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, which is the duty of counsel not to play fast and loose with the facts: “Counsel should not advert to any unproven facts and cannot put before the jury as facts to be considered for conviction assertions in relation to which there is no evidence or which come from counsel’s personal observations or experiences” (para. 107). In *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 580, Lamer C.J. described the parties as “locked into” the case presented at trial. In view of this limit, I have difficulty with my colleague’s reproach of the Crown’s submission regarding Ms. Haghnegahdar’s testimony. The facts emphasized in the Crown’s address were those presented at trial. Counsel had agreed not to present the evidence of Ms. Haghnegahdar’s hypnosis at trial. On the witness stand, Ms. Haghnegahdar testified to seeing the witness on Wednesday; her previous confusion was not mentioned. Referring to her evidence in any other fashion than Crown counsel did would have potentially brought up the hypnosis, and not emphasizing this witness’s sighting of the accused, which was crucial evidence to the Crown’s case, would have been poor advocacy.

Other limits on the Crown’s closing submissions include the prohibition of the Crown employing sarcasm, abuse or gross exaggeration to add a desirable rhetorical flourish to a jury address (see R. J. Frater, “The Seven Deadly Prosecutorial Sins” (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 209, at p. 213). MacPherson J.A. identified some exaggeration on the part of the Crown in its submissions, but did not think it affected the jury. I agree. As well, I note that the trial judge had discretion to intervene where he thought Crown counsel had overstepped

3.4 *Plaidoirie finale*

Lorsqu’il s’adresse au jury, l’avocat du ministère public a le droit d’avoir recours à la logique et à la rhétorique pour présenter une argumentation convaincante. Ce droit a bien sûr ses limites.

Soulignons notamment la limite analysée par notre Cour dans *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, c’est-à-dire le devoir de l’avocat de ne pas jouer avec les faits : « Il ne doit faire allusion à aucun fait qui n’a pas été établi et il ne peut présenter comme des faits à prendre en considération en vue de déclarer l’accusé coupable des affirmations pour lesquelles il n’y a pas de preuve ou qui sont fondées sur son observation et son expérience personnelles comme avocat » (par. 107). Pour reprendre les termes du juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 580, les parties sont « limité[es] » à la preuve présentée au procès. Vu cette limite, j’ai de la difficulté à accepter le reproche de ma collègue à l’égard des propos du ministère public sur le témoignage de M^{me} Haghnegahdar. Les faits sur lesquels le ministère public a mis l’accent dans son exposé étaient ceux qui avaient été présentés au procès. Les avocats avaient convenu de s’abstenir de présenter au procès toute preuve concernant l’hypnose de M^{me} Haghnegahdar. À la barre des témoins, celle-ci a déclaré avoir vu le témoin le mercredi; son incertitude antérieure à cet égard n’a pas été mentionnée. Si le ministère public avait présenté autrement ce témoignage, la question de l’hypnose aurait peut-être ressurgi, et s’il n’avait pas rappelé que ce témoin avait vu l’accusé, un élément crucial de sa preuve, il aurait agi en bien piètre plaideur.

Entre autres limites de la plaidoirie finale, mentionnons l’interdiction imposée au ministère public de recourir à des sarcasmes, à des abus de langage ou à des exagérations grossières pour ajouter la touche grandiloquente désirée lors de l’exposé au jury (voir R. J. Frater, « The Seven Deadly Prosecutorial Sins » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 209, p. 213). Le juge MacPherson a relevé quelques exagérations dans les déclarations de l’avocat du ministère public, mais il n’a pas estimé qu’elles avaient eu une incidence sur le jury. Je partage son opinion. Je

182

183

184

its bounds. I emphasize again, absent a substantial wrong, deference should be shown to the trial judge's handling of this case.

3.5 *Similar Fact Evidence*

185 I agree with the majority that the trial judge erred on this point. The evidence of Darlene Oliphant was advanced to support that it was Mr. Trochym banging on Ms. Hunter's door in the early morning hours of Wednesday, October 14. The person banging on the door was likely the murderer. Therefore, this similar fact evidence was adduced on the issue of identity.

186 In *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, this Court held that similar fact evidence adduced on the issue of identity must meet a high degree of similarity between the acts for the evidence to be admitted. Such acts must be "strikingly similar" so as to approximate "a unique trademark" or "signature", or be "distinct and particular": *Arp*, at para. 45, and *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, at paras. 90-91.

187 It would be a stretch, in my view, to characterize Mr. Trochym's emotional reaction following a break up, based on Ms. Oliphant's evidence, as a "signature" or "trademark". There is nothing particularly distinctive about banging or knocking on a door to warrant its characterization as a "trademark". As well, the number of these incidents renders them insufficient to support such a determination.

188 Furthermore, I find that this evidence was not necessary to the Crown's case. A great deal of evidence supporting that Mr. Trochym was the person knocking at Ms. Hunter's door that night was adduced at trial. Whether the Crown can prove its point with less prejudicial evidence is one of the countervailing factors identified by Binnie J. in

signale en outre que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire d'intervenir s'il trouvait que l'avocat du ministère public outrepassait les limites permises. Je réitère qu'en l'absence d'un tort important, il faut faire preuve de retenue à l'égard de la conduite du juge du procès.

3.5 *Preuve de faits similaires*

Je conviens avec la majorité que le juge du procès a commis une erreur à cet égard. Le témoignage de Darlene Oliphant a été présenté pour soutenir que c'était M. Trochym qui avait frappé à grands coups à la porte de M^{me} Hunter le mercredi 14 octobre aux petites heures du matin. La personne qui a frappé à la porte était vraisemblablement le meurtrier. Par conséquent, cette preuve de faits similaires a été présentée relativement à la question de l'identité.

Dans *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, notre Cour a dit qu'une preuve de faits similaires ne saurait être admise dans le but d'établir l'identité que si les actes en cause présentent un degré élevé de similitude. Elle doit révéler une « similitude frappante » entre des faits « particuliers et distincts » au point qu'ils constituent pratiquement une « marque ou signature singulière » : *Arp*, par. 45, et *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, par. 90-91.

À mon avis, il serait exagéré de qualifier la réaction émotionnelle de M. Trochym à la suite d'une rupture de « signature » ou de « marque » sur le fondement du témoignage de M^{me} Oliphant. Le fait de frapper à grands coups ou de cogner à une porte ne comporte pas d'élément suffisamment distinctif pour mériter la qualification de « marque ». De plus, le nombre d'incidents de cette nature est insuffisant pour étayer une telle conclusion.

Par ailleurs, j'estime que le ministère public n'avait pas besoin de cette preuve. On a présenté au procès de nombreux éléments de preuve soutenant la thèse que M. Trochym était la personne qui avait frappé à la porte de M^{me} Hunter cette nuit-là. La question de savoir si le ministère public peut prouver ce qu'il avance à l'aide d'éléments de preuve

Handy, at para. 83, that assist in assessing whether similar fact evidence should be admitted.

While I think the admission of this evidence was in error, excluding it would not have changed the outcome of the case.

3.6 *Application of the Curative Proviso*

In light of my finding that the only error committed by the trial judge, i.e., permitting the similar fact evidence to go to the jury, would not have changed the result in this case, I would apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Absent the similar fact accepted in evidence, there was still sufficient evidence to support the inference that Mr. Trochym was the person banging on Ms. Hunter's door the night of her death. But more importantly, I do not think that there is any reasonable possibility that the verdict would have been different without the error: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, and *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53. I would add that I disagree with the assertion by Deschamps J., at para. 82, that the standard required for application of the curative proviso is higher than that required for a conviction, and I know of no authority supporting that proposition.

Indeed, in my view the evidence against Mr. Trochym was so overwhelming that I have no hesitation applying *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86. Even excluding the hypnotically enhanced memories of Ms. Haghnegahdar of seeing the appellant leaving Ms. Hunter's apartment on Wednesday, as my colleague proposes to do, leaves us with her initial evidence of seeing him on Thursday — a time when her murdered body was inside the apartment. Furthermore, Mr. Trochym had motive and the opportunity to murder Ms. Hunter, and a stranger would not have returned to rearrange the crime scene and move the body. He also seems to have known the means of her death before an innocent party could. Moreover,

moins préjudiciables constitue l'un des facteurs défavorables énumérés par le juge Binnie dans *Handy*, par. 83, pour aider à évaluer si la preuve de faits similaires devrait être admise.

Je pense que l'admission de cette preuve était une erreur, mais son exclusion n'aurait pas changé l'issue de l'instance.

3.6 *Application de la disposition réparatrice*

Vu ma conclusion selon laquelle l'unique erreur commise par le juge du procès (avoir autorisé la présentation de la preuve de faits similaires au jury) n'aurait pas changé le dénouement de l'affaire, je suis d'avis d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Sans la preuve de faits similaires, il existait quand même suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion que M. Trochym était la personne qui avait frappé à grands coups à la porte de M^{me} Hunter la nuit du meurtre. Mais, ce qui est plus important, il n'est absolument pas raisonnable, à mon avis, de penser que le verdict aurait pu être différent sans cette erreur : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, et *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53. J'ajouterais que je ne suis pas d'accord avec la juge Deschamps lorsqu'elle écrit, au par. 82, que la norme requise pour l'application de la disposition réparatrice est plus sévère que celle requise pour une déclaration de culpabilité et, à ma connaissance, aucune source n'étaye cette affirmation.

En fait, je suis d'avis que la preuve à l'encontre de M. Trochym était à ce point accablante que je n'ai aucune hésitation à appliquer l'arrêt *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86. Même en excluant les souvenirs ravivés par hypnose de M^{me} Haghnegahdar d'avoir vu l'appellant quitter l'appartement de M^{me} Hunter le mercredi, comme le propose ma collègue, il reste le témoignage initial de ce témoin selon lequel elle l'aurait vu le jeudi — à un moment où le corps de la victime se trouvait dans l'appartement. En outre, M. Trochym avait un mobile et a eu la possibilité d'assassiner M^{me} Hunter. De plus, un étranger ne serait pas retourné sur les lieux du crime pour réarranger la scène et déplacer le corps. L'appellant semblait également

189

190

191

Mr. Trochym's version of events on key issues was contradicted by more than half of the more than 40 Crown witnesses who testified. Even excluding all of the impugned evidence, as my colleague would, we are still left with a great deal of highly probative evidence in support of the Crown's case.

être au courant de la cause du décès à un moment où aucune partie innocente n'aurait pu la connaître. À cela s'ajoute que la version des faits relatée par M. Trochym sur des points cruciaux a été contredite par plus de la moitié des 40 témoins et plus que le ministère public a fait témoigner. À supposer que toute la preuve contestée soit exclue, comme le voudrait ma collègue, il reste encore beaucoup d'éléments de preuve hautement probants qui étayaient la thèse du ministère public

192

I would therefore dismiss the appeal.

Je suis donc d'avis de rejeter l'appel.

Appeal allowed, BASTARACHE, ABELLA and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE, ABELLA et ROTHSTEIN sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureurs de l'appelant : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.