

**Miguel Rojas** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

- and -

**Hugo Rojas** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. ROJAS**

**Neutral citation: 2008 SCC 56.**

File Nos.: 32080, 32087.

2008: April 22; 2008: October 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Charge to jury — Vetrovec instruction — Two accused tried together for murder — Accomplice testifying about out-of-court statements made to him by both accused — Whether Vetrovec instruction effectively allowed jury to make impermissible use of statements admissible solely against one accused in assessing credibility of accomplice's testimony concerning the other — Whether trial judge should have instructed jury to make distinct assessments of accomplice's credibility as it related to each accused.*

*Criminal law — Charge to jury — Duncan instruction — Two accused tried together for murder — Out-of-court statements made by both accused containing inculpatory and exculpatory parts — Trial judge instructing jury that statements of inculminating nature likely to be true, whereas excuses for one's own behaviour not necessarily carrying same persuasive weight — Whether*

**Miguel Rojas** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

- et -

**Hugo Rojas** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ROJAS**

**Référence neutre : 2008 CSC 56.**

N<sup>os</sup> du greffe : 32080, 32087.

2008 : 22 avril; 2008 : 24 octobre.

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

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

*Droit criminel — Directives au jury — Directive de type Vetrovec — Procès conjoint de deux personnes accusées de meurtre — Témoignage d'un complice sur des déclarations extrajudiciaires lui ayant été faites par les deux accusés — La directive de type Vetrovec a-t-elle en fait permis au jury d'utiliser de façon inacceptable des déclarations admissibles à l'encontre d'un seul accusé pour évaluer la crédibilité du témoignage du complice à l'égard de l'autre accusé? — Le juge du procès aurait-il dû demander au jury de procéder, pour chaque accusé, à une évaluation distincte de la crédibilité du complice?*

*Droit criminel — Directives au jury — Directive de type Duncan — Procès conjoint de deux personnes accusées de meurtre — Déclarations extrajudiciaires des deux accusés comportant à la fois des éléments inculpatives et des éléments disculpatoires — Directive du juge du procès au jury indiquant que les déclarations inculmanes sont probablement vraies alors que les*

*instruction improper — Whether instruction misled jury.*

Two brothers, HR and MR, were charged with second degree murder. At their joint trial before a jury, the evidence against them was largely circumstantial, with the exception of several statements they had made to M in the days following the murder. M, a tenant of the residence where both accused lived and where the victim was killed, testified that on the night in question, he ran into HR and MR arriving at their residence. After HR went into the residence, MR told M that he was leaving later that night “[b]ecause we just took someone down.” M also testified that the next day, he returned to the residence and spoke with HR who said, “I believe my brother already told you something . . . . Now you’re involved. . . . I want you to go burn a car. . . .” HR told M that his brother had driven the car and that he was afraid that a forensic scientist might be able to identify his brother’s hair. M said that he bought some gas to have the car burned. M testified that he did not know that the victim’s body was inside the car. M stated that the next week, he and HR were together at the residence. He confronted HR about the body in the car. HR showed him an area in the upstairs living quarters and said to him, “[w]e took him -- we took him down, right here, we did it right here. . . .” A videotaped statement made by MR to the police before he was apprehended was introduced into evidence. In the statement, MR stated that he spoke with the victim on the day of the murder but had no knowledge of who did it. He denied any involvement in the victim’s death. Other out-of-court statements containing both inculpatory and exculpatory statements were also introduced. Both accused were convicted. On appeal, they argued that the trial judge committed several errors of law in his charge to the jury. The Court of Appeal upheld the convictions. The accused appealed to this Court on two grounds: the trial judge erred (1) in permitting the jury to use evidence of out-of-court statements admissible against only one accused to bolster the credibility of an unsavoury witness with respect to matters implicating the co-accused; and (2) in instructing the jury that exculpatory statements do not necessarily carry the same persuasive weight as inculpatory statements.

*Held:* The appeals should be dismissed.

*excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement n’ont pas nécessairement la même valeur persuasive — Cette directive était-elle erronée? — La directive a-t-elle induit le jury en erreur?*

Deux frères, HR et MR, ont été accusés de meurtre au deuxième degré. La preuve qui a été présentée contre eux durant leur procès conjoint devant jury était en grande partie circonstancielle, à l’exception de plusieurs déclarations faites par eux à M dans les jours qui ont suivi le meurtre. M, un locataire de la maison où vivaient les deux accusés et où la victime a été tuée, a témoigné avoir rencontré HR et MR le soir du meurtre, alors que ceux-ci arrivaient chez eux. HR est entré dans la maison, et MR a alors confié à M qu’il allait partir plus tard ce soir-là, « [c]ar on vient de descendre quelqu’un. » M a également témoigné que, le lendemain, il est retourné à la maison et il a parlé avec HR, qui lui a dit : « . . . je crois que mon frère t’a déjà dit quelque chose [. . .] Maintenant, tu es dans le coup. [. . .] Je veux que tu ailles brûler une auto. . . » HR a expliqué à M que son frère avait conduit la voiture en question et qu’il craignait qu’un expert en criminalistique parvienne à identifier les cheveux de ce dernier. M a déclaré avoir acheté de l’essence pour qu’on mette le feu à la voiture. M a témoigné qu’il ne savait pas que le corps de la victime se trouvait à l’intérieur du véhicule. M a déclaré que la semaine suivante, alors qu’il se trouvait à la maison avec HR, il lui a demandé des explications au sujet du cadavre dans la voiture. HR lui aurait montré un endroit dans l’appartement, à l’étage, en lui disant « [o]n l’a descendu -- on l’a descendu ici, on l’a fait juste ici. . . ». Un enregistrement vidéo d’une déclaration faite par MR à la police avant son arrestation a été mis en preuve. Dans sa déclaration, MR disait avoir parlé à la victime le jour du meurtre, mais ignorer qui l’avait tuée. Il niait être mêlé de quelque façon que ce soit à la mort de la victime. D’autres déclarations extrajudiciaires, comprenant à la fois des éléments inculpatives et des éléments disculpatoires, ont été mises en preuve. Les deux accusés ont été déclarés coupables. En appel, ils ont invoqué plusieurs erreurs de droit dans l’exposé du juge au jury. La Cour d’appel a maintenu les déclarations de culpabilité. Les accusés ont fait valoir deux moyens d’appel devant notre Cour : (1) le juge du procès aurait eu tort de permettre au jury de tenir compte de déclarations extrajudiciaires admissibles contre un seul des accusés pour renforcer la crédibilité d’un témoin douteux à l’égard de faits impliquant le coaccusé; (2) le juge aurait formulé une directive erronée au jury en lui disant que les déclarations disculpatoires n’ont pas nécessairement le même poids que les déclarations inculpatives.

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés.

The trial judge did not err in his instructions on how to assess M's credibility. He gave the jury a strong caution against relying on M's testimony without independent confirmation and highlighted for the jury certain aspects of M's testimony for which there was potentially confirmatory or contradictory evidence. At no point did the trial judge tell the jury that they could use the statements of HR to confirm M's evidence on matters involving MR, or vice versa. On the contrary, he repeatedly instructed the jury not to use the statements of one accused against the other and to decide the case against each accused separately, based on a careful consideration of the evidence admissible as against that accused. Given the intangible nature of any credibility assessment, it is inevitable for the jury's assessment of the overall credibility of a witness at a joint trial to be influenced in some way by the totality of the evidence that they have heard, including evidence relating solely to one co-accused. This result does not constitute an impermissible use of the out-of-court statements as alleged. [3] [25-26]

When faced with statements by an accused containing both inculpatory and exculpatory elements, a trial judge should avoid instructing the jury that the incriminating parts are likely to be true, "otherwise why say them?", whereas excuses for one's behaviour do not necessarily carry the same weight. It is dangerous to instruct the jury in a manner which suggests that inculpatory statements should be given more weight than exculpatory statements. The effect of a "mixed statement" (or *Duncan*) instruction, however, may vary considerably, depending on the precise content of the instruction and its context. Whether the instruction constitutes reversible error is a matter to be determined on a case-by-case basis, having regard to the charge as a whole and the evidence at trial. In this case, the *Duncan* instruction, viewed in context, did not constitute a misdirection. It was clear from the charge that the burden of proof did not shift to HR or MR, that any exculpatory statement need only raise a reasonable doubt, and that the accused were entitled to the benefit of any such doubt. It was also clear that the assessment of the reliability of the statements was left entirely with the jury. [4-5] [47]

### Cases Cited

**Approved:** *R. v. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412; **referred to:** *Vetrovec v. The Queen*,

Les directives du juge du procès au jury concernant l'évaluation de la crédibilité de M ne sont entachées d'aucune erreur. Le juge a fermement mis le jury en garde contre l'utilisation de ce témoignage en l'absence de confirmation indépendante et a signalé au jury certains aspects de ce témoignage à l'égard desquels il existait de possibles éléments de preuve confirmatoires ou contradictoires. À aucun moment, le juge n'a dit au jury qu'il pouvait s'appuyer sur les déclarations de HR pour confirmer le témoignage de M sur des faits impliquant MR, ou vice-versa. Au contraire, le juge a à plusieurs reprises précisé au jury de ne pas utiliser les déclarations d'un accusé contre l'autre et de rendre une décision distincte à l'égard de chaque accusé après avoir examiné minutieusement la preuve admissible à l'égard de cet accusé. Vu la nature intangible de toute évaluation de la crédibilité, il est inévitable que l'ensemble de la preuve soumise au jury à l'occasion d'un procès conjoint, y compris des éléments se rapportant à un seul des coaccusés, influe d'une façon ou d'une autre sur l'évaluation de la crédibilité générale du témoin. Cela ne constitue pas, comme on le prétend, une utilisation inacceptable des déclarations extrajudiciaires. [3] [25-26]

Dans les cas où des déclarations d'un accusé comportent à la fois des éléments inculpatives et des éléments disculpatoires, le juge du procès devrait s'abstenir d'indiquer au jury que les passages incriminants sont probablement vrais, « car sinon pourquoi l'intéressé aurait-il dit de telles choses? », mais que les éléments constituant des excuses n'ont pas nécessairement le même poids. Il est dangereux de donner au jury des directives indiquant qu'il faut accorder plus de poids aux déclarations inculpatives qu'aux déclarations disculpatoires. Toutefois, l'effet d'une directive sur les « déclarations mixtes » (ou directive de type *Duncan*) peut varier substantiellement, suivant la teneur précise de la directive et son contexte. Il faut donc dans chaque cas déterminer si la directive est entachée d'une erreur qui justifie l'infirmité de la décision, eu égard à l'ensemble de l'exposé au jury et de la preuve soumise au procès. En l'espèce, considérée dans son contexte, la directive de type *Duncan* n'était pas erronée. Il ressortait clairement de l'exposé que le fardeau de la preuve n'avait pas été déplacé sur HR ou MR, qu'il suffisait que les déclarations disculpatoires soulèvent un doute raisonnable et que l'accusé avait droit au bénéfice d'un tel doute. Il ressortait en outre clairement que l'évaluation de la crédibilité des déclarations relevait entièrement du jury. [4-5] [47]

### Jurisprudence

**Arrêt approuvé :** *R. c. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412; **arrêts mentionnés :** *Vetrovec*

[1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Perciballi*, [2002] 2 S.C.R. 761, 2002 SCC 51, aff'g (2001), 54 O.R. (3d) 346; *R. v. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359; *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *R. v. Aziz*, [1995] 2 Cr. App. R. 478; *R. v. Ryznar*, [1986] 6 W.W.R. 210; *R. v. Harrison* (2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA 272; *R. v. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. Hughes*, [1942] S.C.R. 517; *R. v. Gunning*, [2005] 1 S.C.R. 627, 2005 SCC 27; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Ryan and Lowry J.J.A.) (2006), 225 B.C.A.C. 32, 371 W.A.C. 32, 208 C.C.C. (3d) 13, 37 C.P.C. (6th) 252, [2006] B.C.J. No. 870 (QL), 2006 CarswellBC 948, 2006 BCCA 193, upholding the convictions of the accused for second degree murder. Appeals dismissed.

*Gil D. McKinnon, Q.C.*, for the appellant Miguel Rojas.

*Matthew A. Nathanson and Andrew Nathanson*, for the appellant Hugo Rojas.

*Ursula Botz*, for the respondent.

*John S. McInnes*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

## 1. Overview

[1] Following their joint trial before a judge and jury, Hugo Rojas and Miguel Rojas were convicted of second degree murder in respect of the death of David Bahamonde. On appeal to the British Columbia Court of Appeal, they argued that the trial judge committed several errors of law in his charge to the jury. The Court of Appeal declined to give effect to the appellants' arguments and affirmed the convictions ((2006), 225 B.C.A.C. 32, 2006 BCCA 193). They appeal from this judgment, but only in respect of the following two errors alleged in the court below.

*c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Perciballi*, [2002] 2 R.C.S. 761, 2002 CSC 51, conf. (2001), 54 O.R. (3d) 346; *R. c. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359; *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7; *R. c. Aziz*, [1995] 2 Cr. App. R. 478; *R. c. Ryznar*, [1986] 6 W.W.R. 210; *R. c. Harrison* (2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA 272; *R. c. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. Hughes*, [1942] R.C.S. 517; *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, 2005 CSC 27; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Ryan et Lowry) (2006), 225 B.C.A.C. 32, 371 W.A.C. 32, 208 C.C.C. (3d) 13, 37 C.P.C. (6th) 252, [2006] B.C.J. No. 870 (QL), 2006 CarswellBC 948, 2006 BCCA 193, qui a confirmé les déclarations de culpabilité des accusés pour meurtre au deuxième degré. Pourvois rejetés.

*Gil D. McKinnon, c.r.*, pour l'appellant Miguel Rojas.

*Matthew A. Nathanson et Andrew Nathanson*, pour l'appellant Hugo Rojas.

*Ursula Botz*, pour l'intimée.

*John S. McInnes*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

## 1. Exposé sommaire

[1] À l'issue d'un procès conjoint devant juge et jury, Hugo et Miguel Rojas ont été déclarés coupables du meurtre au deuxième degré de David Bahamonde. Ils ont porté ce verdict en appel, arguant de plusieurs erreurs de droit dans l'exposé du juge au jury. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne leur a pas donné raison, et elle a confirmé les déclarations de culpabilité ((2006), 225 B.C.A.C. 32, 2006 BCCA 193). Hugo et Miguel Rojas se pourvoient contre cet arrêt, mais seulement à l'égard des deux erreurs suivantes invoquées devant la juridiction inférieure.

[2] First, the appellants argue that the trial judge erred in permitting the jury to use evidence of out-of-court statements admissible against only one accused to bolster the credibility of an unsavoury witness with respect to matters implicating the co-accused. Second, they submit that it was wrong for the trial judge to instruct the jury that exculpatory statements do not necessarily carry the same persuasive weight as inculpatory statements.

[3] On the first ground, I conclude that the trial judge did not err in his instructions on how to assess the credibility of the unsavoury witness, David Miranda. The trial judge gave the jury a strong caution against relying on this witness's testimony without independent confirmation, in accordance with the principles set out in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. The most important aspects of Miranda's testimony were inculpatory statements allegedly made to him by each appellant. The trial judge therefore properly suggested that the jury look to independent evidence for confirmation of Miranda's testimony about these statements. He then highlighted for the jury certain aspects of the witness's testimony for which there was potentially confirmatory or contradictory evidence. At no point did the trial judge tell the jury that they could use the statements of Hugo to confirm Miranda's evidence on matters involving Miguel, or vice versa. To the contrary, he repeatedly instructed the jury not to use the statements of one appellant against the other. In the circumstances, the appellants' reliance on this Court's decision in *R. v. Perciballi*, [2002] 2 S.C.R. 761, 2002 SCC 51, is misguided, and their argument was properly dismissed in the court below.

[4] The second ground of appeal raises the question whether, when faced with statements by an accused containing both inculpatory and exculpatory elements, a trial judge may, or should, instruct the jury that the incriminating parts are likely to be true "otherwise why say them?", whereas excuses for one's behaviour do not necessarily carry the

[2] Premièrement, ils soutiennent que le juge du procès a eu tort de permettre au jury de tenir compte de déclarations extrajudiciaires admissibles contre un seul d'entre eux pour renforcer la crédibilité d'un témoin douteux à l'égard de faits impliquant le coaccusé. Deuxièmement, ils prétendent que le juge a donné une directive erronée au jury en lui disant que les déclarations disculpatoires n'ont pas nécessairement le même poids que les déclarations inculpatives.

[3] Pour ce qui est du premier moyen d'appel, je suis d'avis que les directives du juge du procès au jury concernant l'évaluation de la crédibilité du témoin douteux David Miranda ne sont entachées d'aucune erreur. Le juge a fermement mis le jury en garde contre l'utilisation de ce témoignage en l'absence de confirmation indépendante, conformément aux principes énoncés dans *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Les aspects les plus importants du témoignage de M. Miranda consistaient dans des déclarations inculpatives que chacun des appelants lui aurait faites. C'est donc à bon droit que le juge du procès a invité le jury à chercher confirmation du témoignage de M. Miranda relatif à ces déclarations dans des éléments de preuve indépendants. Le juge a ensuite signalé au jury certains aspects de ce témoignage à l'égard desquels il existait de possibles éléments de preuve confirmatoires ou contradictoires. À aucun moment, le juge n'a dit au jury qu'il pouvait s'appuyer sur les déclarations de Hugo pour confirmer le témoignage de David Miranda sur des faits impliquant Miguel, ou vice-versa. Au contraire, le juge a à plusieurs reprises précisé au jury de ne pas utiliser les déclarations d'un accusé contre l'autre. Dans les circonstances, les appelants ont donc tort d'invoquer l'arrêt *R. c. Perciballi*, [2002] 2 R.C.S. 761, 2002 CSC 51, de notre Cour, et c'est à juste titre que la Cour d'appel a rejeté leur argument.

[4] Le deuxième moyen d'appel soulève la question de savoir si, dans les cas où des déclarations d'un accusé comportent à la fois des éléments inculpatives et des éléments disculpatoires, le juge du procès peut ou devrait indiquer au jury que les passages incriminants sont probablement vrais, [TRADUCTION] « car sinon pourquoi l'intéressé

same weight. This “mixed statement” instruction originates from the decision of the English Court of Appeal in *R. v. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359, and, for this reason, it is often referred to as “the *Duncan* instruction”. As I will explain, I conclude that it is dangerous to instruct the jury in a manner which suggests that inculpatory statements should be given more weight than exculpatory statements and, consequently, that it is best to avoid instructing the jury in this manner.

[5] The effect of a mixed statement instruction of the kind found in *Duncan*, however, may vary considerably from case to case, depending on the precise content of the instruction and its context. Whether the instruction constitutes reversible error is a matter to be determined on a case-by-case basis, having regard to the charge as a whole and the evidence at trial. In this case, I agree with the Court of Appeal that the instruction, when considered in context, did not constitute a misdirection.

[6] Accordingly, I would dismiss the appeals.

## 2. The Evidence at Trial

[7] The evidence at trial was reviewed in some detail by Ryan J.A. in the Court of Appeal below. As the appeals before this Court concern solely the appellants’ out-of-court statements, I will limit my review of the evidence accordingly.

[8] Hugo and Miguel are brothers. They were charged with second degree murder after the body of Bahamonde was found in the back seat of a burning car. The theory of the Crown was that Hugo and Miguel murdered Bahamonde on February 3, 2001, in the upstairs suite of their home on Fell Street in Burnaby. The motive was unknown.

[9] The evidence against Hugo and Miguel was largely circumstantial, with the exception of several statements made by both men to Miranda, a tenant

aurait-il dit de telles choses? », mais que les éléments constituant des excuses n’ont pas nécessairement le même poids. Cette directive sur les « déclarations mixtes » tire son origine de l’arrêt de la Cour d’appel d’Angleterre *R. c. Duncan* (1981), 73 Cr. App. R. 359, et, pour cette raison, elle est souvent appelée « directive *Duncan* ». Pour les raisons que je vais exposer, j’estime qu’il est dangereux de donner au jury des directives indiquant qu’il faut accorder plus de poids aux déclarations inculpatrices qu’aux déclarations disculpatoires, et qu’il vaut mieux, par conséquent, éviter de telles directives.

[5] Toutefois, l’effet d’une directive sur les déclarations mixtes du type de celle donnée dans *Duncan* peut varier substantiellement d’une affaire à l’autre, suivant la teneur précise de la directive et son contexte. Il faut donc dans chaque cas déterminer si la directive est entachée d’une erreur qui justifie l’infirmité de la décision, eu égard à l’ensemble de l’exposé au jury et de la preuve soumise au procès. En l’espèce, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour conclure que, considérée dans son contexte, la directive n’était pas erronée.

[6] Par conséquent, je rejeterais les pourvois.

## 2. La preuve présentée au procès

[7] La juge Ryan de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a procédé à une analyse assez approfondie de la preuve présentée au procès. Comme les présents pourvois ne portent que sur les déclarations extrajudiciaires des appelants, je m’en tiendrai à ces éléments.

[8] Hugo et Miguel Rojas sont frères. Ils ont été accusés de meurtre au deuxième degré après la découverte du corps de David Bahamonde sur la banquette arrière d’un véhicule en flammes. Selon la thèse du ministère public, les deux frères avaient tué M. Bahamonde le 3 février 2001, dans l’appartement situé à l’étage de leur maison de la rue Fell, à Burnaby. Le mobile était inconnu.

[9] La preuve contre Hugo et Miguel était en grande partie circonstancielle, à l’exception de plusieurs déclarations faites par les deux frères à David

on the ground floor of the Fell Street residence, in the days following the murder. The Crown relied more particularly on the following incriminating statements made by each accused to Miranda.

[10] Miranda testified that on the night of February 3, he ran into Hugo and Miguel arriving at their home. After Hugo went into the residence, Miranda was told by Miguel that he was leaving later that night “[b]ecause we just took someone down.” Miguel told Miranda not to tell anyone, not even his girlfriend. Miranda then left for the evening with his girlfriend.

[11] Miranda also testified that the next day, he returned to the Fell Street residence and spoke with Hugo. Hugo said, “. . . I believe my brother already told you something . . . . Now you’re involved. . . . I want you to go burn a car. . . .” Hugo told Miranda that his brother had driven the car and that he was afraid that a forensic scientist might be able to identify his brother’s hair. Miranda said that he did not want to do it but eventually agreed to buy some gas for Christian Quintanilla who was asked and agreed to burn the car. Miranda testified that he did not know that the victim’s body was inside the car.

[12] Miranda stated that the next week, he and Hugo were together at the house on Fell Street. He confronted Hugo about the body in the car. Hugo showed him an area in the upstairs living quarters and said to him, “[w]e took him -- we took him down, right here, we did it right here. . . .” Miranda said he could see scratches on the wall and a white spot on the carpet.

[13] The Crown also introduced in evidence a videotaped statement made by Miguel to the police before he was apprehended to show that he had been in contact with the deceased on the day of

Miranda, un locataire habitant au rez-de-chaussée de la maison de la rue Fell, dans les jours qui ont suivi le meurtre. Le ministère public s’est appuyé de façon particulière sur les déclarations incriminantes suivantes, qui ont été faites à David Miranda par chaque accusé.

[10] David Miranda a témoigné avoir rencontré Hugo et Miguel dans la soirée du 3 février, alors que ceux-ci arrivaient chez eux. Hugo est entré dans la maison, et Miguel a alors confié à David Miranda qu’il allait partir plus tard ce soir-là, [TRADUCTION] « [c]ar on vient de descendre quelqu’un », et lui a demandé de ne parler de cela à personne, même pas à sa petite amie. David Miranda est ensuite parti pour la soirée avec cette dernière.

[11] David Miranda a également témoigné que, le jour suivant, il est retourné à la maison de la rue Fell et il a parlé avec Hugo, qui lui a dit : [TRADUCTION] « . . . je crois que mon frère t’a déjà dit quelque chose [ . . . ] Maintenant, tu es dans le coup. [ . . . ] Je veux que tu ailles brûler une auto. . . » Hugo a expliqué à David Miranda que son frère avait conduit la voiture en question et qu’il craignait qu’un expert en criminalistique parvienne à identifier les cheveux de ce dernier. David Miranda a d’abord répondu qu’il ne voulait pas le faire, mais il a finalement consenti à acheter de l’essence pour Christian Quintanilla, qui avait accepté de mettre le feu à la voiture. David Miranda a témoigné qu’il ne savait pas que le corps de la victime se trouvait à l’intérieur du véhicule.

[12] David Miranda a déclaré que la semaine suivante, alors qu’il se trouvait à la maison de la rue Fell avec Hugo, il lui a demandé des explications au sujet du cadavre dans la voiture. Hugo lui aurait montré un endroit dans l’appartement, à l’étage, en lui disant [TRADUCTION] « [o]n l’a descendu -- on l’a descendu ici, on l’a fait juste ici . . . ». David Miranda a dit avoir vu des éraflures sur le mur et une tache blanche sur le tapis.

[13] Pour établir que Miguel Rojas s’était trouvé en présence de la victime le jour du meurtre, le ministère public a également mis en preuve l’enregistrement vidéo d’une déclaration faite par Miguel à la

the murder. In the statement, Miguel stated that he spoke with the deceased on the day of the murder but had no knowledge of who did it. He denied any involvement in the victim's death. After being asked to speculate why the deceased might have been killed, Miguel mentioned that he had heard about a debt owed to Bahamonde and speculated that the debt might involve drugs.

[14] Other out-of-court statements introduced in evidence were the following. Quintanilla testified that when he saw Hugo at a nightclub shortly after burning the car, Hugo said to him, “[t]ell me everything’s okay. Just tell me everything’s okay.” Quintanilla heard Hugo say to Miguel, “[T]hat guy’s . . . talking. . . .” Quintanilla also heard his girlfriend ask Hugo why he didn’t tell Quintanilla about the body in the car. Hugo responded: “What, are you calling me a murderer? I’m not a -- are you calling me a murderer? . . . I never told him to do anything. I never told him to burn a car. I never told him to do anything.”

[15] Neither Hugo nor Miguel testified at trial. Counsel for Miguel relied on the exculpatory statements contained in Miguel’s videotaped statement to police. Counsel for Hugo took the position that Hugo’s statements to Quintanilla were exculpatory and were capable of raising a reasonable doubt as to his guilt. The Crown, for its part, relied heavily on the incriminating statements made by both accused to Miranda. Hugo and Miguel’s out-of-court statements thus figured prominently in the trial judge’s charge to the jury. I will review the relevant parts of the charge and of the decision below in the course of my analysis on each ground of appeal.

### 3. Analysis

#### 3.1 *The Vetovec Warning*

[16] In his charge to the jury, the trial judge gave a special cautionary instruction concerning

police avant son arrestation, dans laquelle ce dernier disait avoir parlé à la victime le jour du meurtre mais ignorer qui l’avait tuée. Il niait être mêlé de quelque façon à la mort de la victime. Invité à formuler une hypothèse sur les raisons pour lesquelles la victime aurait pu être tuée, Miguel Rojas a mentionné avoir entendu dire que quelqu’un devait de l’argent à David Bahamonde et il supposait que cette dette était peut-être liée à la drogue.

[14] D’autres déclarations extrajudiciaires ont été mises en preuve. Christian Quintanilla a témoigné que, lorsqu’il a vu Hugo dans une boîte de nuit peu après avoir incendié la voiture, celui-ci lui a dit : [TRADUCTION] « Dis-moi que tout va bien. Dis-moi juste que tout va bien. » Il a entendu Hugo dire à Miguel : « Ce type est en train de parler. . . » Christian Quintanilla a aussi entendu sa petite amie demander à Hugo Rojas pourquoi il n’avait pas dit à Christian qu’il y avait un cadavre dans la voiture. Hugo a répondu : [TRADUCTION] « Quoi? Es-tu en train de me traiter de meurtrier? Je ne suis pas un -- es-tu en train de me traiter de meurtrier? [ . . . ] Je ne lui ai jamais demandé de faire quoi que ce soit. Je ne lui ai jamais demandé de brûler une voiture. Je ne lui ai jamais demandé de faire quoi que ce soit. »

[15] Ni Hugo ni Miguel Rojas n’ont témoigné au procès. L’avocat de Miguel a invoqué les déclarations disculpatoires de l’enregistrement vidéo réalisé par la police, et celui de Hugo a fait valoir que les déclarations faites par Hugo à Christian Quintanilla étaient disculpatoires et propres à soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Pour sa part, le ministère public a accordé une très grande importance aux déclarations incriminantes des deux accusés à David Miranda. Il a donc beaucoup été question des déclarations extrajudiciaires des deux frères dans l’exposé du juge au jury. J’analyserai les passages pertinents de cet exposé et de la décision de la Cour d’appel par rapport à chacun des moyens d’appel.

### 3. Analyse

#### 3.1 *La mise en garde de type Vetovec*

[16] Dans son exposé au jury, le juge du procès a fait une mise en garde spéciale au sujet des

the evidence of both Miranda and Quintanilla in accordance with the principles set out in *Vetrovec*. In *Vetrovec*, this Court revisited the rules of corroboration enunciated in *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.C.A.). Dickson J. (as he then was), writing for the Court, rejected the technical meaning of corroboration in favour of a “common sense” approach to the testimony of accomplices (p. 828). This approach focusses on whether there is evidence that tends to confirm that the witness is telling the truth. Dickson J. stated that in appropriate cases, a “clear and sharp warning” should be given to jurors about the dangers of accepting the unconfirmed evidence of an accomplice (p. 831). He also suggested that the trial judge provide the jury with examples of the type of evidence capable of confirming the witness’s testimony.

[17] The appellants only take issue with one aspect of the trial judge’s instructions with respect to Miranda’s testimony. Put briefly, the appellants argue that the *Vetrovec* instruction effectively allowed the jury to make impermissible use of out-of-court statements admissible solely against one accused in assessing the credibility of the accomplice’s testimony concerning the other. The relevant parts of the *Vetrovec* instruction concerning Miranda’s testimony may be summarized as follows.

[18] The trial judge gave a strong *Vetrovec* warning in connection with Miranda’s testimony. He told the jury that Miranda’s evidence of the admissions made by Hugo and Miguel was of “particular concern because they are the only direct evidence before you that either or both of Hugo Rojas or Miguel Rojas killed David Bahamonde” (A.R., at pp. 549-50). The trial judge explained that Miranda was an accomplice by virtue of his role in burning the car. Miranda admitted that he was prepared to burn the car to destroy evidence, and that he lied to police to cover up his involvement in the incident. The trial judge told the jury that given the many reasons for doubting Miranda’s veracity as a witness, they should examine the other evidence in the case and look for evidence to confirm the

témoignages de David Miranda et de Christian Quintanilla, conformément aux principes énoncés dans *Vetrovec*. Dans cet arrêt, notre Cour a réexaminé les règles de la corroboration formulées dans *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.C.A.). Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), qui s’exprimait au nom de la Cour, a écarté le sens technique de la corroboration et privilégié une solution de « bon sens » à l’égard du témoignage de complices (p. 828), laquelle consiste à se demander avant tout s’il existe des éléments de preuve tendant à confirmer que le témoin dit la vérité. Il a indiqué que, dans certains cas, il faut faire aux jurés une « mise en garde claire et précise » au sujet du danger d’accepter le témoignage non confirmé d’un complice (p. 831). Le juge Dickson a ajouté que le juge du procès peut donner au jury des exemples d’éléments de preuve susceptibles de confirmer le témoignage.

[17] Les appelants ne contestent qu’un seul aspect des directives du juge du procès en ce qui a trait au témoignage de David Miranda. En bref, ils soutiennent que la directive de type *Vetrovec* a en fait permis au jury d’utiliser de façon inacceptable des déclarations extrajudiciaires admissibles à l’encontre d’un seul accusé pour évaluer la crédibilité du témoignage du complice à l’égard de l’autre accusé. On peut résumer de la façon suivante les éléments pertinents de la directive de type *Vetrovec* formulée au sujet du témoignage de David Miranda.

[18] Le juge du procès a fait au jury une ferme mise en garde de type *Vetrovec* à l’égard de ce témoignage. Il a indiqué aux jurés que les déclarations de David Miranda à propos des aveux faits par Hugo et Miguel Rojas revêtaient [TRADUCTION] « une importance particulière, parce que [ces aveux] sont la seule preuve directe que soit Hugo Rojas, soit Miguel Rojas, ou encore les deux ont tué David Bahamonde » (d.a., p. 549-550). Le juge du procès a expliqué que, en raison de son rôle dans l’incendie de la voiture, David Miranda était un complice. Ce dernier avait reconnu qu’il était disposé à mettre le feu au véhicule pour détruire des éléments de preuve et qu’il avait menti à la police pour dissimuler son rôle dans cet événement. Le juge du procès a dit aux jurés que, vu les nombreuses raisons de

important parts of his testimony. The trial judge then provided the jury with several examples of independent evidence which supported or undermined Miranda's testimony, including forensic evidence, cell phone records and evidence of clean-up efforts in the Fell Street residence.

[19] Some of the material parts of Miranda's testimony in respect of which the trial judge instructed the jury to look for independent confirmatory evidence included out-of-court statements admissible against only one of the two accused. It is those parts of the *Vetrovec* warning that are at issue on this ground of appeal. The impugned instructions are conveniently summarized in the Crown's factum as follows:

- In paragraph 85, the trial judge referred to Miranda's testimony about the location pointed to by Hugo Rojas when he said "We did it right here". As to potentially confirming evidence, the trial judge said that the forensic evidence related to the finding of blood and D.N.A. from blood consistent with the D.N.A. of David Bahamonde upstairs at 149 Fell Avenue "appears to be generally consistent, as to location" with Miranda's evidence on this point.

- In paragraphs 87 and 88, the trial judge referred to Miranda's testimony that Miguel Rojas told him on Saturday, February 3, that he was going to Calgary or Edmonton. As to potentially confirming evidence, the trial judge said that this aspect of Miranda's evidence "may be consistent with" circumstantial evidence of phone records showing that the Rojas land line at 149 Fell Avenue received two calls from Calgary, as well as the records relating to Armando Sanchez's cellular phone showing calls made and received from or to Calgary.

- In paragraph 90, the trial judge referred to Miranda's testimony that Hugo Rojas said "there's still something

mettre en doute la véracité du témoignage de David Miranda, il leur fallait examiner les autres éléments de preuve pour voir si certains pouvaient confirmer les aspects importants du témoignage. Le juge a ensuite donné au jury plusieurs exemples d'éléments de preuve indépendants étayant ou ébranlant le témoignage de David Miranda, notamment la preuve criminalistique, les relevés de communications par téléphone cellulaire et les preuves de tentatives de nettoyage effectuées dans la maison de la rue Fell.

[19] Les déclarations extrajudiciaires admissibles à l'encontre d'un seul des deux accusés figuraient au nombre des éléments importants du témoignage de David Miranda à l'égard desquels le juge du procès a demandé au jury de chercher une preuve confirmatoire indépendante. Ce sont ces parties de la directive de type *Vetrovec* qui sont en cause à l'égard de ce moyen d'appel. Les directives contestées sont commodément résumées de façon suivante dans le mémoire du ministère public :

[TRADUCTION]

- Au paragraphe 85, le juge du procès fait état du témoignage de M. Miranda relatif à l'endroit désigné par Hugo Rojas lorsqu'il a dit [TRADUCTION] « on l'a fait juste ici ». En ce qui a trait aux éléments de preuve susceptibles d'avoir une valeur confirmatoire, le juge a indiqué que la preuve criminalistique se rapportant à la découverte, à l'étage du 149, rue Fell, de sang et d'A.D.N. sanguin correspondant à l'A.D.N. de David Bahamonde « semble généralement s'accorder, quant au lieu, » avec le témoignage de M. Miranda sur ce point.

- Aux paragraphes 87 et 88, le juge du procès fait état du témoignage de M. Miranda selon lequel Miguel Rojas lui a dit, le samedi 3 février, qu'il allait à Calgary ou à Edmonton. En ce qui a trait aux éléments de preuve susceptibles d'avoir une valeur confirmatoire, le juge a indiqué que cet aspect du témoignage de M. Miranda « peut s'accorder avec » la preuve circonstancielle constituée par les relevés téléphoniques établissant que la ligne terrestre des Rojas au 149, rue Fell, avait reçu deux appels provenant de Calgary et avec les relevés relatifs au téléphone cellulaire d'Armando Sanchez indiquant des appels en provenance ou à destination de Calgary.

- Au paragraphe 90, le juge du procès fait état du témoignage de M. Miranda selon lequel Hugo Rojas lui a dit :

there” on top of the doorframe, and removed it with a kitchen knife. As to potentially confirming evidence, the trial judge said that Miranda’s evidence on this point “appear[s] to be consistent with” the evidence of forensic identification officers that there were signs of cleaning of the walls in the upstairs suite at 149 Fell Avenue.

- In paragraph 92, the trial judge referred to Miranda’s testimony that Hugo Rojas called him on the evening of Sunday, February 4, asked him to come to 149 Fell Avenue, and talked to him about burning the car. As to potentially confirming evidence, the trial judge said that the telephone records confirming that a call was made from the Rojas land line at 6:49 p.m. that evening to Karen Ramirez’s cell phone “may confirm” Miranda’s evidence on this point. [Emphasis deleted; R.F., at para. 51.]

[20] The trial judge also told the jury that he had not pointed out all of the potentially confirmatory evidence. Rather, they should use his examples as a guide for identifying other evidence that might confirm or contradict Miranda’s evidence. The judge told the jury to ask themselves whether enough of the “important parts” of Miranda’s testimony had been confirmed by other evidence that they considered reliable to persuade them that his evidence was true and that they could rely on it: A.R., at pp. 547-48.

[21] The appellants’ principal difficulty with this aspect of the *Vetrovec* instruction is that, in the end result, Miranda’s testimony about alleged incriminating statements made by one accused, if confirmed by independent evidence, could effectively serve to bolster his overall credibility and therefore strengthen his testimony against the other accused. This, it is argued, results in an impermissible use of those out-of-court statements that are only admissible against their maker. The appellants submit that it was incumbent upon the trial judge to instruct the jury to make separate and distinct assessments of Miranda’s credibility as it related to each accused. In support of this contention, the appellants rely on the majority decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Perciballi* (2001), 54 O.R. (3d)

« il y a encore quelque chose là », sur le dessus du cadre de porte, et l’a enlevé à l’aide d’un couteau de cuisine. En ce qui a trait aux éléments de preuve susceptibles d’avoir une valeur confirmatoire, le juge a indiqué que le témoignage de M. Miranda sur ce point « semble s’accorder » avec le témoignage des agents de l’identité judiciaire relatifs à la présence d’indices d’un nettoyage des murs de l’appartement situé à l’étage du 149, rue Fell.

- Au paragraphe 92, le juge du procès fait état du témoignage de M. Miranda selon lequel Hugo Rojas l’a appelé le soir du dimanche 4 février, lui a demandé de venir au 149, rue Fell, et lui a parlé de mettre le feu à la voiture. En ce qui a trait aux éléments de preuve susceptibles d’avoir une valeur confirmatoire, le juge a indiqué que les relevés téléphoniques confirmant un appel fait à partir de la ligne terrestre des Rojas à 18 h 49 ce soir-là vers le téléphone cellulaire de Karen Ramirez « pourraient confirmer » le témoignage de M. Miranda sur ce point. [Soulignement omis; m.i., par. 51.]

[20] Le juge du procès a aussi précisé aux jurés qu’il ne leur avait pas signalé tous les éléments de preuve susceptibles d’avoir une valeur confirmatoire, mais qu’ils pouvaient se servir des exemples qu’il leur avait donnés pour chercher d’autres éléments susceptibles de confirmer ou de contredire le témoignage de M. Miranda. Le juge leur a ensuite donné pour instruction de se demander si d’autres éléments de preuve qu’ils jugeaient fiables confirmaient suffisamment des [TRADUCTION] « aspects importants » du témoignage pour les convaincre qu’il était véridique et qu’ils pouvaient y ajouter foi : d.a., p. 547-548.

[21] Le principal reproche des appelants à l’égard de cet aspect de la directive de type *Vetrovec* est le fait que, s’il était confirmé par une preuve indépendante, le témoignage de David Miranda au sujet de déclarations incriminantes attribuées à un des accusés pourrait avoir pour effet d’étayer la crédibilité générale de ce témoin et, par conséquent, de renforcer son témoignage contre l’autre accusé. Ce résultat, prétend-on, constitue une utilisation non autorisée de ces déclarations extrajudiciaires, qui sont admissibles uniquement à l’encontre de la personne qui les a faites. Selon les appelants, le juge du procès devait demander au jury de procéder, pour chaque accusé, à une évaluation distincte de la crédibilité de M. Miranda. À l’appui de cet argument, ils invoquent les motifs des juges majoritaires de la Cour

346, whose reasoning was substantially adopted on appeal to this Court ([2002] 2 S.C.R. 761, 2002 SCC 51).

[22] Ryan J.A. succinctly summarized the circumstances and holding in *Perciballi* as follows (at para. 82):

Counsel likened this aspect of the charge to instructions given to a jury in the Ontario case of *R. v. Perciballi* . . . . In *Perciballi* it was alleged that a co-accused, Antonio Portante, had placed one of two diversionary calls to the police to facilitate an armoured car robbery. The only evidence against Antonio Portante was a witness who placed him in a restaurant near the pay telephone from which the call was placed, and the evidence of an accomplice, DeFrancesca, who testified that he placed the other of the two calls. Portante's brother, Angelo, another co-accused, made an out-of-court statement that Antonio Portante had placed one of the two calls. The statement made by Angelo Portante was admissible against him to show that he, Angelo Portante, was aware of details of the plot. It was not admissible against Antonio Portante. Against Antonio Portante it was merely hearsay. Nonetheless the trial judge permitted the Crown to argue to the jury that the statement of Angelo Portante confirmed the evidence of DeFrancesco. The Ontario Court of Appeal quashed the conviction of Antonio Portante holding that the effect of this use of the evidence was to indirectly achieve what the Crown could not do directly, that is, to permit the jury to use the Angelo Portante statement against Antonio Portante. Counsel for Miguel Rojas says that this parallels what has happened in the case at bar with Hugo Rojas' statement.

[23] Ryan J.A. concluded that the principle in *Perciballi* found no application in this case. She explained as follows (at para. 83):

With respect, I am of the view that what was at stake in each of the two cases is quite different. In *Perciballi* the trial judge permitted the jury to use the out-of-court statement of the co-accused as confirmation that the testimony of the accomplice against the accused was true. The opposite occurred in the case at bar — the jury was told that there was evidence in the case against Hugo Rojas that tended to confirm David Miranda's testimony that Hugo Rojas made certain out-of-court statements to him.

d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Perciballi* (2001), 54 O.R. (3d) 346, que notre Cour a adoptés, en grande partie, lorsqu'elle a statué sur cette affaire ([2002] 2 R.C.S. 761, 2002 CSC 51).

[22] La juge Ryan a résumé ainsi les faits de l'affaire *Perciballi* et la décision rendue (par. 82) :

[TRADUCTION] L'avocat a comparé cet aspect de l'exposé aux directives données au jury dans l'arrêt *R. c. Perciballi* [. . .] Dans cette affaire, le ministère public alléguait qu'un coaccusé, Antonio Portante, était l'auteur de l'un des deux appels téléphoniques de diversion faits à la police pour faciliter un vol qualifié dans une voiture blindée. La seule preuve à charge contre M. Portante consistait dans la déclaration d'un témoin selon qui M. Portante s'était trouvé dans un restaurant situé à proximité du téléphone payant utilisé pour l'appel, et dans le témoignage d'un complice, M. DeFrancesca, qui disait avoir fait le deuxième appel. Le frère d'Antonio Portante, Angelo, un autre coaccusé, avait fait une déclaration extrajudiciaire dans laquelle il affirmait qu'Antonio Portante était l'auteur d'un des deux appels. La déclaration d'Angelo Portante était admissible contre lui pour démontrer qu'il était au courant des détails du complot. Elle n'était pas admissible contre Antonio Portante, car elle constituait du oui-dire à l'égard de ce dernier. Le juge du procès a néanmoins permis au ministère public de soutenir devant le jury que la déclaration d'Angelo Portante confirmait le témoignage de M. DeFrancesco. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé la déclaration de culpabilité d'Antonio Portante, statuant que l'utilisation de cette preuve accomplissait indirectement ce que le ministère public ne pouvait faire directement, c'est-à-dire qu'elle permettait au jury d'utiliser la déclaration d'Angelo Portante contre Antonio Portante. Selon l'avocat de Miguel Rojas, c'est ce qui s'est produit en l'espèce dans le cas de la déclaration de Hugo Rojas.

[23] La juge Ryan a conclu que le principe énoncé dans *Perciballi* ne s'appliquait pas en l'espèce, pour la raison suivante (par. 83) :

[TRADUCTION] J'estime pour ma part que ce qui était en jeu dans ces deux affaires est tout à fait différent. Dans *Perciballi*, le juge du procès a permis au jury d'utiliser la déclaration extrajudiciaire du coaccusé pour confirmer la véracité du témoignage du complice contre l'accusé. En l'espèce, c'est le contraire qui s'est produit — on a dit au jury qu'il existait, à l'encontre de Hugo Rojas, des éléments de preuve tendant à confirmer le témoignage de David Miranda selon lequel Hugo Rojas lui avait fait certaines déclarations extrajudiciaires.

[24] I agree with Ryan J.A.'s analysis on this point. It is true that the underlying logic to the majority judgment in *Perciballi* could arguably be extended so as to require a parsing of a single witness's credibility in the manner advocated by the appellants in this case. In other words, in deciding whether Miranda was telling the truth about the alleged statements made by Miguel, the jury would have to discount the fact that his overall credibility may have been bolstered by the evidence that confirmed the truth of his testimony concerning Hugo's statements, and vice versa. Indeed, Doherty J.A. argued eloquently in his dissenting reasons in *Perciballi* that if pushed to its limits, the majority's ruling would have that precise effect. I remain unpersuaded that the principle in *Perciballi* leads inevitably to this result.

[25] In my respectful view, it is one thing for a jury to be expressly directed, as was done in *Perciballi*, to consider an out-of-court statement admissible only as against one accused in reaching its decision concerning the other. Such a direction would result in an impermissible use of the out-of-court statement. It is quite another matter, however, for the jury's assessment of the overall credibility of the witness to be influenced in some way by the totality of the evidence that they have heard, including evidence relating solely to one co-accused. The latter is inevitable, given the intangible nature of any credibility assessment. Although the analogy is not perfect, we may view the matter in this way. It is well established that it is improper for the Crown or the judge to expressly comment on the accused's failure to testify. Such a comment could compromise the accused's right to silence and run afoul of the presumption of innocence. Yet, this does not mean that the accused's silence at his trial is irrelevant. On the contrary, an accused's failure to testify may well impact on a jury's overall assessment of the Crown's case and the credibility of any witnesses whose testimony stands uncontradicted.

[24] Je souscris à l'analyse de la juge Ryan de la Cour d'appel sur ce point. Il est vrai qu'on pourrait élargir le raisonnement fondant le jugement majoritaire rendu dans *Perciballi* pour exiger que la crédibilité d'un témoin unique fasse l'objet de l'examen préconisé par les appelants en l'espèce. Autrement dit, pour déterminer si David Miranda a dit la vérité au sujet des déclarations attribuées à Miguel Rojas, le jury ne devrait pas tenir compte du fait que la preuve confirmant la véracité du témoignage de M. Miranda au sujet des déclarations de Hugo Rojas a pu renforcer sa crédibilité générale, et vice-versa. De fait, dans les motifs dissidents qu'il a exposés dans *Perciballi*, le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario a fait valoir avec éloquence que, poussée à l'extrême, la décision des juges majoritaires aurait précisément cet effet. Je ne suis pas persuadée que le principe énoncé dans *Perciballi* entraîne inévitablement ce résultat.

[25] À mon humble avis, c'est une chose que de dire expressément au jury, comme on l'a fait dans *Perciballi*, de tenir compte d'une déclaration extrajudiciaire admissible à l'égard d'un seul des accusés pour rendre sa décision concernant l'autre accusé — une telle directive entraînerait une utilisation inacceptable de la déclaration extrajudiciaire. La situation est toutefois très différente lorsque l'ensemble de la preuve soumise au jury, y compris des éléments se rapportant à un seul des coaccusés, influe d'une façon ou d'une autre sur l'évaluation de la crédibilité générale du témoin. Un tel résultat est inévitable vu la nature intangible de toute évaluation de la crédibilité. Bien qu'imparfaite, l'analogie suivante peut nous éclairer. Il est bien établi que tant le ministère public que le juge doivent s'abstenir de toute remarque sur le fait qu'un accusé ne témoigne pas, car cela compromettrait le droit de l'accusé au silence et irait à l'encontre de la présomption d'innocence. Mais il ne s'ensuit pas pour autant que le silence d'un accusé à son procès soit dépourvu de pertinence. Au contraire, le fait qu'un accusé ne témoigne pas peut très bien avoir une incidence sur l'évaluation globale de la preuve du ministère public et sur la crédibilité de tout témoin dont les déclarations ne sont pas contredites.

[26] Here, the appellants take the position that the trial was unfair because the jury's assessment of Miranda's testimony may well have been different if the accused had been tried separately, because the jury at each trial would not have heard the totality of the evidence called at the joint trial. The simple answer to the appellants' argument is that the accused were not tried separately. There is a strong societal interest in having co-participants in a single criminal enterprise tried together. Any risk of prejudice of the kind alleged here was amply guarded against by the trial judge's repeated instructions to the jury to decide the case against each accused separately, based on a careful consideration of the evidence admissible as against that accused.

### 3.2 *The Mixed Statement Instruction*

[27] The second ground of appeal relates to the trial judge's instructions to the jury on the weight to be given to the appellants' various out-of-court statements. Given the prominence of the evidence, the trial judge gave repeated instructions to the jury concerning the use that could be made of the out-of-court statements at the beginning of the trial, during the course of the testimony about those statements and during the final charge. Although not objected to at trial, the appellants take issue with the following comment made by the trial judge in the course of the final charge:

Since some of the alleged statements of each accused contain exculpatory statements or denials which tend to exonerate them, you must consider that, in the ordinary course of human behaviour, it often occurs that statements of an incriminating nature such as admissions or confessions are likely to be true, otherwise why say them. On the other hand, excuses for one's own behaviour do not necessarily carry the same persuasive weight. [Emphasis added; A.R., at p. 572.]

[28] The impugned charge requires some elaboration on its origin, its underlying rationale and its history in Canadian jurisprudence.

[26] En l'espèce, les appelants soutiennent que le procès n'a pas été équitable, car l'évaluation du témoignage de David Miranda aurait fort bien pu être différente s'il y avait eu des procès séparés. Le jury constitué pour chaque procès n'aurait alors pas entendu la totalité de la preuve qui a été présentée au procès conjoint. La réponse à cet argument des appelants est simple : les accusés n'ont pas été jugés séparément. Le fait de tenir un procès conjoint pour des personnes accusées d'avoir participé à une même entreprise criminelle répond à un intérêt sociétal important. En répétant plusieurs fois au jury que celui-ci devait rendre une décision distincte à l'égard de chaque accusé après avoir examiné minutieusement la preuve admissible à l'égard de cet accusé, le juge du procès a amplement paré au risque de préjudice évoqué en l'espèce.

### 3.2 *La directive concernant les déclarations mixtes*

[27] Le deuxième moyen d'appel se rapporte aux directives qui ont été données au jury au sujet du poids à attribuer aux diverses déclarations extrajudiciaires des appelants. Vu l'importance de ces éléments de preuve, le juge du procès a expliqué à plusieurs reprises au jury l'utilisation qui pouvait en être faite, et ce, au début du procès, pendant les témoignages relatifs à ces déclarations et dans son exposé final. Bien que les appelants n'aient élevé aucune objection à leur égard lors du procès, ils contestent les observations suivantes du juge du procès dans son exposé final :

[TRADUCTION] Puisque certaines des déclarations attribuées à chacun des accusés renferment des éléments disculpatoires ou des dénégations tendant à les disculper, vous devez prendre en compte le fait que, compte tenu de la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies, car sinon pourquoi les gens feraient-ils de telles déclarations? En revanche, les excuses n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive. [Je souligne; d.a., p. 572.]

[28] Des précisions s'imposent sur les origines de la directive contestée, sur sa raison d'être et sur son évolution dans la jurisprudence canadienne.

[29] The underlined text originates from the English Court of Appeal's decision in *Duncan*. Duncan was charged with murder in respect of the death of the woman with whom he was living. He did not testify at his trial. However, in several out-of-court statements made to a neighbour and to the police, he admitted the killing but was unable to explain the motive for his actions. He suggested that he must have lost his temper when the victim teased him. The issue before the court was whether the latter assertion about a possible motive could be considered for the truth of its contents and give rise to a possible defence of provocation. The basic rules of evidence at play were explained by the Court of Appeal as follows (at p. 363):

(1) What a person says out of court is, generally speaking, not admissible to prove the truth of what he says. (2) It may be admissible if — (a) it is an exception to the hearsay rule, in which case it is evidence of the truth of what is stated; (b) it falls outside the hearsay rule, that is to say if it is adduced for a purpose other than proving the truth of the statement — an example of this is to be found in *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965, where a statement was relevant to the question of whether there had been duress or not. The only relevant exception to the hearsay rule in the present circumstances is that relating to admissions against interest or confessions.

[30] In short, the inculpatory parts of the statements were admissible under the confessions exception to the hearsay rule, whereas the exculpatory parts of the statements were self-serving and inadmissible. The Crown agreed, however, that where the statement is adduced as an admission against interest, the whole of the statement must be adduced. The Court of Appeal agreed with this concession, noting that “[a]ny other course would obviously be unfair” (p. 363). The question then became whether the exculpatory parts of the mixed statements could constitute evidence of the truth of their contents, or whether they were admissible for the limited purpose of providing context to the admissions against interest. The Crown advocated the latter rule.

[29] Le texte souligné tire son origine de l'arrêt *Duncan* de la Cour d'appel d'Angleterre. Monsieur Duncan, qui était accusé du meurtre de la femme avec laquelle il vivait, n'avait pas témoigné à son procès. Toutefois, dans plusieurs déclarations extrajudiciaires faites à un voisin et à la police, il avait avoué le meurtre, mais sans pouvoir expliquer le mobile de son geste. Il avait dit qu'il devait avoir perdu son sang-froid lorsque la victime l'avait nargué. La cour devait donc se demander si cette assertion au sujet d'un possible mobile pouvait être utilisée pour établir la véracité de son contenu et si elle pouvait permettre d'invoquer la provocation comme moyen de défense. La Cour d'appel a expliqué ainsi les règles de preuve fondamentales qui étaient en jeu (p. 363) :

[TRADUCTION] (1) En général, une déclaration extrajudiciaire n'est pas admissible pour prouver la véracité de son contenu. (2) Elle peut être admissible dans deux situations : (a) elle constitue une exception à la règle du ouï-dire, auquel cas elle fait preuve de la véracité de son contenu; (b) elle n'est pas assujettie à la règle du ouï-dire, c'est-à-dire qu'elle est présentée pour une fin autre que la preuve de la véracité de la déclaration — dans *Subramaniam c. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965, par exemple, une déclaration a été jugée pertinente pour déterminer s'il y avait eu ou non contrainte. La seule exception applicable à la règle du ouï-dire, en l'espèce, est celle qui concerne l'admissibilité des aveux contraires à l'intérêt de l'accusé ou celle des confessions.

[30] Pour résumer, les éléments inculpataires des déclarations étaient admissibles en application de l'exception à la règle du ouï-dire, alors que les éléments disculpatoires étaient intéressés et inadmissibles. Toutefois, le ministère public avait reconnu que lorsque la déclaration est invoquée à titre d'aveu contraire à l'intérêt de l'accusé il faut la présenter en totalité. La Cour d'appel s'est dite d'accord avec cette concession, soulignant que [TRADUCTION] « [t]oute autre façon de faire serait manifestement inéquitable » (p. 363). Il fallait donc ensuite déterminer si les éléments disculpatoires des déclarations mixtes pouvaient constituer une preuve de la véracité de leur contenu, ou s'ils étaient admissibles uniquement pour indiquer le contexte dans lequel avaient été faits les aveux contraires à l'intérêt de l'accusé. Le ministère public défendait la seconde thèse.

[31] The English Court of Appeal did not accede to the Crown's argument, stating that it could prove a very difficult task to explain the difference between those parts of a mixed statement which were truly a confession and those parts which were exculpatory. The court therefore ruled that the entirety of the statement was admissible for the truth of its contents but recommended that the jury be charged in the following manner (at p. 365):

Where a "mixed" statement is under consideration by the jury in a case where the defendant has not given evidence, it seems to us that the simplest, and, therefore, the method most likely to produce a just result, is for the jury to be told that the whole statement, both the incriminating parts and the excuses or explanations, must be considered by them in deciding where the truth lies. It is, to say the least, not helpful to try to explain to the jury that the exculpatory parts of the statement are something less than evidence of the facts they state. Equally, where appropriate, as it usually will be, the judge may, and should, point out that the incriminating parts are likely to be true (otherwise why say them?), whereas the excuses do not have the same weight. [Emphasis added.]

This instruction was later endorsed by the House of Lords in *R. v. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, and more recently in *R. v. Aziz*, [1995] 2 Cr. App. R. 478.

[32] Canadian courts have been divided on the usefulness of the mixed statement instruction. While the precise wording of the instruction has varied from case to case, some versions of it have found appellate approval: see *R. v. Ryznar*, [1986] 6 W.W.R. 210 (Man. C.A.), and *R. v. Harrison* (2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA 272. In other cases, the "Duncan instruction" was held to constitute reversible error: see *R. v. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74 (Que. C.A.), and *R. v. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403 (Ont. C.A.).

[33] The British Columbia Court of Appeal recently considered a *Duncan*-type instruction in

[31] La Cour d'appel d'Angleterre n'a pas acquiescé à l'argument du ministère public, précisant qu'il pourrait s'avérer extrêmement difficile d'expliquer la différence entre les éléments de déclarations mixtes qui constituaient une véritable confession et ceux qui étaient disculpatoires. Elle a donc statué que la totalité de la déclaration était admissible pour établir la véracité de son contenu, mais elle fait des recommandations quant aux explications à donner au jury (p. 365) :

[TRADUCTION] Lorsqu'une déclaration « mixte » est soumise au jury dans une affaire où l'accusé n'a pas témoigné, il nous semble que la méthode la plus simple et, par conséquent, la plus susceptible de produire un résultat équitable, consiste à indiquer au jury que, pour décider de la véracité d'une déclaration, il doit examiner la totalité de celle-ci — tant les éléments incriminants que les excuses ou les explications. Il n'est pas utile, c'est le moins qu'on puisse dire, d'essayer d'expliquer au jury que les éléments disculpatoires des déclarations n'équivalent pas à une preuve des faits qui y sont énoncés. En outre, lorsque cela s'avère approprié (c'est-à-dire dans la plupart des cas), le juge peut — et devrait — souligner que les passages incriminants sont probablement vrais (car sinon pourquoi l'intéressé aurait-il dit de telles choses?), alors que les excuses n'ont pas le même poids. [Je souligne.]

Cette instruction a subséquentement été entérinée par la Chambre des lords dans *R. c. Sharp*, [1988] 1 W.L.R. 7, et, plus récemment, dans *R. c. Aziz*, [1995] 2 Cr. App. R. 478.

[32] Les tribunaux canadiens ont exprimé des opinions divergentes sur l'utilité de la directive relative aux déclarations mixtes. Bien que la formulation de la directive ait varié suivant les affaires, certaines versions ont été approuvées en appel : voir *R. c. Ryznar*, [1986] 6 W.W.R. 210 (C.A. Man.), et *R. c. Harrison* (2001), 156 C.C.C. (3d) 117, 2001 BCCA 272. Dans d'autres cas, la cour a jugé que la « directive *Duncan* » constituait une erreur donnant ouverture à l'infirmité de la décision : voir *R. c. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74 (C.A. Qué.), et *R. c. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403 (C.A. Ont.).

[33] Récemment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné une directive de type

*R. v. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412, a decision released shortly after the hearing of this appeal in the court below. Counsel for Miguel Rojas advised this Court that following the decision in *David*, the Court of Appeal agreed to receive additional submissions from counsel on the impact of *David* on the case at bar. After receiving the submissions, the Court of Appeal advised that it would issue no further comment.

[34] Ryan J.A., writing for the court in *David*, reviewed the divergent appellate decisions on the mixed statement instruction and concluded that while none of them were determinative of the question that occupied the court, “lessons [could] be taken from *Harrison, Rojas* and *Samuels*” (para. 42). She explained as follows (at para. 42):

While an appeal court will look at each case to determine whether a like charge has led to an unfair trial, it is dangerous for a trial judge to instruct a jury that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently. Trial judges should leave such “common sense” arguments to the lawyers in their closing addresses.

In *David*, having regard to the wording of the instruction and its context, the court concluded that “what otherwise might have been a suggestion as to how the jury could approach the weighing of the evidence” was effectively transformed “to a rule of law that they were obliged to apply” (para. 44). The court therefore gave effect to this ground of appeal in *David* and ordered a new trial.

[35] As we can see, the *Duncan* instruction is rooted in basic evidentiary rules concerning the admission of out-of-court statements. As the court put it: “What a person says out of court is, generally speaking, not admissible to prove the truth of what he says” (p. 363). This general exclusionary rule applies in regard to both inculpatory and exculpatory statements. Confessions, however, fall within a recognized exception to the hearsay rule, and the

*Duncan* dans l’arrêt *R. c. David* (2006), 213 C.C.C. (3d) 64, 2006 BCCA 412, rendu peu de temps après l’audition de la présente affaire par cette dernière. L’avocat de Miguel Rojas nous a informés que la Cour d’appel a consenti à ce que les avocats lui déposent des observations complémentaires au sujet des incidences de l’arrêt *David* sur l’appel de leurs clients. Après avoir reçu ces observations, la Cour d’appel a indiqué qu’elle ne formulerait aucun nouveau commentaire.

[34] La juge Ryan, qui a rédigé le jugement de la Cour d’appel dans *David*, a passé en revue les arrêts divergents rendus par des juridictions d’appel au sujet des directives à formuler en matière de déclarations mixtes. Elle a conclu qu’aucune de ces décisions n’était déterminante pour la question dont la cour était saisie, mais que néanmoins certaines [TRADUCTION] « leçons [pouvaient] être tirées des arrêts *Harrison, Rojas* et *Samuels* » (par. 42). Elle s’est exprimée ainsi (par. 42) :

[TRADUCTION] Même si une cour d’appel examinera chaque cas pour déterminer si une directive semblable a porté atteinte à l’équité du procès, il est dangereux pour le juge du procès de dire au jury qu’il doit attribuer un poids différent aux déclarations inculpatives et aux déclarations disculpatoires. Le juge devrait laisser aux avocats le soin d’exposer ces arguments de « bon sens » dans leur plaidoirie finale.

Compte tenu de la formulation et du contexte de la directive, la Cour d’appel a conclu dans *David* que [TRADUCTION] « ce qui aurait autrement pu constituer une suggestion quant à la façon dont le jury pouvait soupeser la preuve » est en fait devenu « une règle de droit qu’il était tenu d’appliquer » (par. 44). Elle a donc accueilli ce moyen d’appel et ordonné un nouveau procès.

[35] Comme on peut le constater, la directive *Duncan* plonge ses racines dans les règles de preuve fondamentales régissant l’admissibilité des déclarations extrajudiciaires. Comme l’a indiqué la Cour d’appel d’Angleterre : [TRADUCTION] « En général, une déclaration extrajudiciaire n’est pas admissible pour prouver la véracité de son contenu » (p. 363). Cette règle générale d’exclusion s’applique autant aux déclarations inculpatives qu’aux déclarations

very rationale for the admissibility of admissions by an accused is that admissions against interest are likely to be true. As Cory J. stated in *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at para. 17:

... the basis for the admission of a statement of the accused as an exception to the rule against hearsay is that what people freely say which is contrary to their interest is probably true.

[36] Exculpatory out-of-court statements made by an accused are also subject to the general exclusionary rule against hearsay. Where the accused testifies, such statements are generally inadmissible because they are viewed as self-serving and lacking in probative value. Where the accused does not testify, there is an additional rationale for excluding such statements. McIntyre J. explained it in *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3, as follows (at p. 22):

As a general rule, the statements of an accused person made outside court — subject to a finding of voluntariness where the statement is made to one in authority — are receivable in evidence against him but not for him. This rule is based on the sound proposition that an accused person should not be free to make an unsworn statement and compel its admission into evidence through other witnesses and thus put his defence before the jury without being put on oath and being subjected, as well, to cross-examination.

[37] Of course, the general rule that excludes out-of-court exculpatory statements is not without exceptions. One such exception is relevant here — the mixed statement exception. Just as in England, it has long been established that where the Crown seeks to tender an accused's out-of-court statement which contains both inculpatory and exculpatory parts, it must tender the entire statement, and the exculpatory portions are substantively admissible in favour of the accused: *R. v. Hughes*, [1942] S.C.R. 517, at p. 521. Fairness to the accused is the obvious rationale for the mixed statement exception. The exception is also based on the more pragmatic consideration that it is often difficult to

disculpatoires. Toutefois, les confessions relèvent d'une exception reconnue à la règle du oui-dire, et l'admissibilité des aveux d'un accusé tient justement au fait que des aveux contraires à son intérêt ont de bonnes chances d'être vrais. Ainsi que l'a expliqué le juge Cory dans *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 17 :

... la raison pour laquelle une déclaration de l'accusé peut être admise à titre d'exception à la règle du oui-dire est que les déclarations qui sont faites librement par une personne et qui sont contre son intérêt sont probablement vraies.

[36] Les déclarations extrajudiciaires disculpatoires faites par un accusé sont également visées par la règle générale d'exclusion du oui-dire. Lorsque l'accusé témoigne, de telles déclarations sont généralement inadmissibles, parce qu'elles sont considérées comme intéressées et dépourvues de valeur probante. Lorsqu'il ne témoigne pas, une autre raison d'exclure de telles déclarations s'ajoute. Cette raison a été formulée en ces termes par le juge McIntyre dans *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3, p. 22 :

En règle générale, les déclarations extrajudiciaires d'un accusé — sous réserve qu'elles soient jugées volontaires lorsqu'elles ont été faites à quelqu'un en situation d'autorité — sont recevables comme preuve contre lui, mais non à son avantage. Cette règle est fondée sur la proposition juste qu'un accusé ne devrait pas être libre de faire des déclarations non solennelles, puis d'en forcer l'admission comme preuve par l'intermédiaire d'autres témoins et, ainsi, de soumettre sa défense au jury sans avoir à prêter serment et aussi sans subir de contre-interrogatoire.

[37] Évidemment, la règle générale excluant les déclarations extrajudiciaires disculpatoires comporte des exceptions, dont l'une — l'exception relative aux déclarations mixtes — est pertinente en l'espèce. Tout comme en Angleterre, il est établi depuis longtemps au Canada que la déclaration extrajudiciaire d'un accusé qui renferme à la fois des éléments inculpatoyes et des éléments disculpatoires doit être mise en preuve dans son intégralité et que les éléments disculpatoires sont admissibles quant au fond en faveur de l'accusé : *R. c. Hughes*, [1942] R.C.S. 517, p. 521. L'exception relative aux déclarations mixtes procède manifestement d'un souci d'équité envers l'accusé, mais elle

determine which parts of a statement are inculpatory and which parts are exculpatory.

[38] In recognizing both the basis for admitting inculpatory statements and the exceptional admissibility of an accused's untested statements, the *Duncan* instruction, as such, accurately reflects the state of the law. In England, the instruction is also perceived as achieving the "right balance", as the House of Lords explained in *Aziz* (at p. 485):

Moreover, I would reject the suggestion that the law as stated in *Sharp* is unduly balanced in favour of the defendants who do not testify. On the contrary, as was emphasised in *Duncan* and *Sharp*, a judge is entitled to comment adversely on the quality of the exculpatory parts of a mixed statement which has not been tested by cross-examination. The right balance has been found. [Emphasis added.]

Judges in Canada, as in England, are also entitled to comment on the evidence so long as they make it clear that factual issues are for the jury to decide: *R. v. Gunning*, [2005] 1 S.C.R. 627, 2005 SCC 27, at para. 27. The Crown therefore urges this Court to adopt the *Duncan* instruction in Canada.

[39] With respect to the contrary position adopted by our English colleagues, I would not accede to the Crown's argument. In certain circumstances, it may be useful to explain to the jury why the law permits them to hear a particular piece of evidence where such instruction will assist them with their task. This may be the case, for example, where evidence is admitted for a limited purpose only. The jury may be more likely to comply with the limiting instruction if they understand the underlying rationale for the rule. In most circumstances, however, expounding the rationale for an evidentiary rule may only serve to confuse the jury unnecessarily or risk encroaching unduly upon their role as fact finders. For example, I can think of no principled reason to explain to a jury that they are hearing the accused's confession because the court is

repose aussi, plus pragmatiquement, sur le fait qu'il est souvent difficile de discerner, dans une déclaration, les éléments inculpatives des éléments disculpatoires.

[38] En reconnaissant à la fois le fondement de l'admission de déclarations inculpatives et l'admissibilité exceptionnelle des déclarations non vérifiées d'un accusé, la directive *Duncan* reflète ainsi fidèlement l'état du droit. En Angleterre, on considère en outre qu'elle a permis d'atteindre le [TRADUCTION] « juste équilibre », comme la Chambre des lords l'a expliqué dans *Aziz*, p. 485 :

[TRADUCTION] De plus, je ne puis accepter l'argument voulant que la règle de droit, telle qu'elle est énoncée dans *Sharp*, favorise indûment les accusés qui ne témoignent pas. Au contraire, comme les arrêts *Duncan* et *Sharp* l'ont bien fait ressortir, il est loisible au juge de formuler un commentaire négatif sur la qualité des éléments disculpatoires d'une déclaration mixte qui n'a pas été mise à l'épreuve par contre-interrogatoire. Le juste équilibre a été trouvé. [Je souligne.]

Au Canada, tout comme en Angleterre, les juges sont autorisés à formuler des commentaires au sujet de la preuve, à condition d'indiquer clairement qu'il appartient au jury de trancher les questions de fait : *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, 2005 CSC 27, par. 27. Le ministère public demande donc instamment à notre Cour d'adopter la directive *Duncan*.

[39] Tout en respectant le point de vue contraire exprimé par nos collègues anglais, je ne puis accepter l'argument du ministère public. Dans certaines circonstances, il peut s'avérer utile, pour aider le jury dans sa tâche, de lui expliquer pourquoi le droit lui permet d'entendre une preuve donnée. Ce sera le cas, notamment, lorsque l'élément de preuve n'est admis que pour une fin bien précise. Le jury sera sans doute plus susceptible de se conformer à une directive limitative s'il comprend le fondement de la règle. Mais, dans la plupart des cas, on ne parviendra probablement qu'à embrouiller inutilement le jury ou à empiéter indûment sur son rôle de juge des faits en lui expliquant la raison d'être d'une règle de preuve. Par exemple, je ne vois pas au nom de quel principe il faudrait expliquer au jury qu'il entend la confession d'un accusé parce que la cour

satisfied beyond a reasonable doubt that it was voluntarily made. Likewise, it would only risk encroaching unduly on the jury's domain to tell them that they are hearing a piece of similar fact evidence because, in the judge's view, the similarities with the offence are such that they "defy coincidence".

[40] In the same way, I see little advantage in expounding for the jury the underlying rationale for the mixed statement exception. If only for the pragmatic reason that it is often very difficult to differentiate between admissions and excuses, I too conclude, as did Ryan J.A. in *David* and in the court below, that it is dangerous for the judge to instruct the jury in a manner that suggests that inculpatory and exculpatory statements ought to be weighed differently. Such "common sense" comments are better left to the advocacy of counsel (*David*, at para. 42). Therefore, I conclude that the *Duncan* instruction should not be adopted by Canadian trial courts.

[41] The question whether a *Duncan*-type instruction has resulted in an unfair trial in any given case, however, will depend entirely on the particular words used and their context. For example, as the finding of the court in *David* exemplifies, where the instruction is couched in terms of a legal presumption, the prejudicial effect may be difficult to overcome. In this case, as I will explain, having regard to the permissive wording of the impugned instruction, the charge as a whole and the nature of the statements at issue, it is my view that the instruction was more unfortunate than fatal.

[42] The *Duncan* instruction related to out-of-court statements made by Hugo and Miguel to Miranda, Quintanilla and the police. It was given in the context of the following particular instructions regarding out-of-court statements.

[43] First, the trial judge instructed the jury that any statement made by an accused person is only evidence against the accused person who made

croit hors de tout doute raisonnable à son caractère volontaire. De même, on risquerait simplement d'empiéter indûment sur les fonctions du jury en lui disant qu'il entend une preuve de faits similaires parce que le juge estime que les similitudes sont telles qu'elles « écarte[nt] toute coïncidence ».

[40] De même, je vois peu d'avantage à exposer au jury le fondement de l'exception relative aux déclarations mixtes. Ne serait-ce que pour la raison pragmatique qu'il est souvent très difficile de différencier les aveux des excuses, je conclus, comme l'a fait la juge Ryan de la Cour d'appel dans la présente affaire et dans *David*, qu'il est dangereux pour le juge du procès de donner au jury une directive donnant à penser que les déclarations inculpatives et les déclarations disculpatoires doivent être soulevées différemment. Il vaut mieux laisser aux avocats le soin de ces commentaires relevant du « bon sens » (*David*, par. 42). Par conséquent, j'estime que les tribunaux de première instance canadiens ne devraient pas adopter la directive *Duncan*.

[41] Toutefois, la question de savoir si une directive de type *Duncan* a compromis l'équité d'un procès dépendra entièrement de la formulation employée et de son contexte. Par exemple, comme l'illustre la conclusion de la Cour d'appel dans *David*, lorsque la directive est formulée comme une présomption de droit, l'effet préjudiciable peut être difficile à surmonter. En l'espèce, comme je vais l'expliquer, eu égard à la formulation non contraignante de la directive contestée, à l'ensemble de l'exposé et à la nature des déclarations en cause, je suis d'avis que la directive était davantage malencontreuse que fatale.

[42] La directive *Duncan* concernait des déclarations extrajudiciaires faites par Hugo et Miguel Rojas à David Miranda, à Christian Quintanilla et à la police. Le juge l'a formulée dans le contexte des directives particulières suivantes relatives aux déclarations extrajudiciaires.

[43] Premièrement, le juge du procès a indiqué au jury que toute déclaration d'un accusé ne vaut qu'à l'encontre de son auteur, à moins qu'elle n'ait été

it, unless it was made in the presence of the other accused person who can be said by his silence to have adopted the statement as his own. Second, he told the jury that they could not consider any alleged out-of-court incriminating statement unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that the statement was made by the accused. Third, the jury was told that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the statement was made, they must then determine whether the statement was true. (I pause to note that instructions two and three can be problematic because it will often prove difficult to differentiate between inculpatory and exculpatory statements. If these instructions are given, it becomes important to dispel any notion that exculpatory statements need be proven beyond a reasonable doubt before they can be considered by the jury. This difficulty can be avoided altogether if the jury is instructed on the standard of proof beyond a reasonable doubt solely in respect of the elements of the offence and the ultimate verdict, and not in respect of particular items of evidence: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.)

[44] Fourth, the jury was told to consider all of the denials and explanations when deciding whether the statements were true. Fifth, the trial judge charged the jury along the lines of *Duncan* in the following terms:

Since some of the alleged statements of each accused contain exculpatory statements or denials which tend to exonerate them, you must consider that, in the ordinary course of human behaviour, it often occurs that statements of an incriminating nature such as admissions or confessions are likely to be true, otherwise why say them. On the other hand, excuses for one's own behaviour do not necessarily carry the same persuasive weight. Nevertheless, a denial or other exculpatory statement may raise a reasonable doubt. That is so because any statement or part of a statement allegedly made by an accused that is exculpatory, in the sense that it denies that he committed the offence, or provides an innocent explanation, is evidence in favour of that accused, and you need not be satisfied beyond a reasonable doubt that he said it or that the denial or his explanation is true. If the evidence indicates that the accused Hugo Rojas or Miguel Rojas could reasonably

faite en présence de l'autre accusé, dont le silence peut être interprété comme l'acceptation de cette déclaration comme la sienne. Deuxièmement, le juge a dit au jury qu'il ne pouvait tenir compte d'une déclaration extrajudiciaire incriminante attribuée à l'accusé à moins d'être convaincu hors de tout doute raisonnable que la déclaration avait bien été faite par lui. Troisièmement, le juge a précisé au jury que, s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que la déclaration avait bien été faite, il devait alors déterminer si elle était vraie. (Je signale que la deuxième et la troisième directives peuvent faire problème, parce qu'il s'avère souvent difficile de distinguer entre des déclarations inculpatives et des déclarations disculpatoires. Lorsque de telles directives sont données, il devient important de dissiper tout à fait l'idée que des déclarations disculpatoires doivent être prouvées hors de tout doute raisonnable pour pouvoir être prises en considération par le jury. Cette difficulté peut être évitée si les directives données quant à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable se rapportent uniquement aux éléments de l'infraction et au verdict final, et non à des éléments de preuve particuliers : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.)

[44] Quatrièmement, le juge a demandé au jury d'examiner toutes les dénégations et explications pour décider de la véracité des déclarations. Cinquièmement, il a donné une directive de type *Duncan*, formulée en ces termes :

[TRANSLATION] Puisque certaines des déclarations attribuées à chacun des accusés renferment des éléments disculpatoires ou des dénégations tendant à les disculper, vous devez prendre en compte le fait que, vu la façon dont les gens se comportent ordinairement, il arrivera souvent que des déclarations incriminantes tels des aveux ou des confessions soient probablement vraies, car sinon pourquoi les gens feraient-ils de telles déclarations? En revanche, les excuses invoquées par une personne pour justifier son comportement n'ont pas nécessairement la même valeur persuasive. Cependant, une dénégation ou autre déclaration disculpatoire peut soulever un doute raisonnable. Il en est ainsi parce que toute déclaration ou partie de déclaration attribuée à un accusé qui est disculpatoire, au sens où elle nie qu'il ait commis l'infraction, ou fournit une explication tendant à l'innocenter, constitue une preuve favorable à l'accusé, et vous n'avez pas à être convaincus hors de tout doute

have made the exculpatory statement and it is reasonable to believe that the exculpatory statement could be true, then it may raise a reasonable doubt in your mind in favour of Hugo Rojas or Miguel Rojas, or both. [Emphasis added; A.R., at pp. 572-73.]

[45] The trial judge then reminded the jury that they did not have to accept or reject everything a witness said and reminded them that Hugo and Miguel were each entitled to the benefit of any reasonable doubt, including a reasonable doubt about the truth of any alleged admission or confession or any part of them. Finally, he emphasized that it was up to the jury to decide how much weight or importance, if any, they should give to any statement or any part of the statement if they decided the statement was made and that it is true.

[46] Elsewhere in his charge to the jury, the trial judge referred several times to the Crown's burden of proof and to the principle of reasonable doubt. He explained to the jury, when making specific reference to Miguel's police statement, that to the extent that his statement was exculpatory, it was evidence in favour of Miguel and that the jury need not be satisfied beyond a reasonable doubt that it was true (A.R., at pp. 557-58). Rather, the trial judge emphasized, the evidence need only raise a reasonable doubt.

[47] When viewed in context, I am satisfied that the *Duncan* instruction could not have misled the jury. It was clear from the charge that the burden of proof did not shift to Hugo or Miguel, that any exculpatory statement need only raise a reasonable doubt, and that the accused were entitled to the benefit of any such doubt. In commenting on the relative weight that may be attributed to the statements, the trial judge did not exceed his function. It was clear that the assessment of the reliability of the statements was left entirely with the jury. Accordingly, I agree with the Court of Appeal below that the *Duncan* instruction did not constitute reversible error in the context of this case.

raisonnable qu'il l'a faite ou que la dénégation ou l'explication sont vraies. Si la preuve indique que les accusés Hugo ou Miguel Rojas pouvaient raisonnablement avoir fait la déclaration disculpatoire et qu'on peut raisonnablement croire que celle-ci pouvait être vraie, elle peut soulever un doute raisonnable en faveur de Hugo Rojas, de Miguel Rojas, ou des deux. [Je souligne; d.a., p. 572-573.]

[45] Le juge du procès a ensuite rappelé au jury qu'il n'avait pas à accepter ou à rejeter tout ce qu'un témoin avait dit, et que Hugo comme Miguel Rojas avaient droit au bénéfice de tout doute raisonnable, notamment d'un doute raisonnable au sujet de la véracité d'aveux ou de confessions (ou de parties de ceux-ci) qui leur étaient attribués. Enfin, il a insisté sur le fait qu'il appartenait au jury de déterminer le poids ou l'importance à accorder à toute déclaration ou partie de déclaration, s'il arrivait à la conclusion qu'elle avait bien été faite et qu'elle était vraie.

[46] Dans son exposé au jury, le juge a par ailleurs fait état à plusieurs reprises de la charge de la preuve qui incombait au ministère public et de la règle du doute raisonnable. Il a expliqué aux jurés, en parlant expressément de la déclaration de Miguel Rojas à la police, que dans la mesure où cette déclaration était disculpatoire elle constituait un élément de preuve qui lui était favorable et que le jury n'avait pas à être convaincu hors de tout doute raisonnable qu'elle était vraie (d.a., p. 557-558). Il faut simplement, a-t-il souligné, que la preuve souleve un doute raisonnable.

[47] Je suis convaincue que, considérée dans son contexte, la directive *Duncan* n'a pu induire le jury en erreur. Il ressortait clairement de l'exposé que le fardeau de la preuve n'avait pas été déplacé sur Hugo ou Miguel Rojas, qu'il suffisait que les déclarations disculpatoires soulèvent un doute raisonnable et que l'accusé avait droit au bénéfice d'un tel doute. Dans ses explications au sujet du poids relatif susceptible d'être attribué aux déclarations, le juge du procès n'a pas outrepassé ses attributions. Il était clair que l'évaluation de la crédibilité des déclarations relevait entièrement du jury. Je suis donc d'accord avec la Cour d'appel pour conclure que, en l'espèce, la directive *Duncan* ne constituait pas une erreur justifiant l'infirmité de la décision.

[48] Accordingly, for these reasons, I would dismiss the appeals.

*Appeals dismissed.*

*Solicitor for the appellant Miguel Rojas: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Solicitor for the appellant Hugo Rojas: Matthew A. Nathanson, Vancouver.*

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

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

[48] Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

*Pourvois rejetés.*

*Procureur de l'appellant Miguel Rojas : Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Procureur de l'appellant Hugo Rojas : Matthew A. Nathanson, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

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