

Gurkirpal Singh Khela *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

- and -

Jodh Singh Sahota *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KHELA

Neutral citation: 2009 SCC 4.

File Nos.: 31933, 32325.

2008: March 28; 2009: January 22.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Content of warning — Evidence of unsavoury witnesses introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether charge adequately instructed jury about unreliability of unsavoury witnesses' testimony and degree of scrutiny to be applied in weighing their testimony — Whether charge adequately instructed jury about type of evidence capable of supporting unsavoury witnesses' testimony — Whether confirming evidence must be independent and material.

Criminal law — Charge to jury — Inferences of innocence — Circumstantial evidence and proven facts — Whether trial judge erred by instructing jury that inferences of innocence can only be drawn from evidence based on proven facts — If so, whether Court of Appeal erred by applying curative proviso.

Gurkirpal Singh Khela *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

- et -

Jodh Singh Sahota *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. KHELA

Référence neutre : 2009 CSC 4.

N^{os} du greffe : 31933, 32325.

2008 : 28 mars; 2009 : 22 janvier.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Suffisance de la mise en garde de type Vetrovec — Contenu de la mise en garde — Dépositions de témoins douteux présentées au procès par le ministère public — Accusés déclarés coupables de meurtre au premier degré — L'exposé au jury a-t-il adéquatement renseigné le jury sur la non-fiabilité des dépositions des témoins douteux et sur l'examen rigoureux auquel il faut soumettre ces dépositions? — L'exposé au jury a-t-il adéquatement renseigné le jury sur le type de preuve pouvant étayer la déposition d'un témoin douteux? — La preuve corroborante doit-elle être indépendante et substantielle?

Droit criminel — Exposé au jury — Inférences d'innocence — Preuve circonstancielle et faits établis — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en informant le jury qu'il ne pouvait tirer des inférences d'innocence qu'à partir de la preuve fondée sur des faits établis? — Dans l'affirmative, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice?

The accused, K and S, were charged with first degree murder. The Crown alleged that K paid two men to murder the victim, while S helped organize and coordinate the shooting. The Crown's case rested primarily on the testimony of two unsavoury witnesses who had lengthy criminal records and who were members of a prison-based gang. The trial judge directed the jury to look at their testimony with the greatest care and caution and to look for confirmation of their testimony from somebody or something other than what the unsavoury witnesses themselves had to say. The trial judge also directed the jury that it was for them to decide whether any evidence confirms or supports the unsavoury witnesses' testimony. Both accused were convicted. On appeal, they argued that the trial judge's *Vetrovec* warning failed to instruct the jury that to be confirmatory, evidence supporting the testimony of unsavoury witnesses must be independent and material. The Court of Appeal upheld the convictions. It found that, in the context of the trial as a whole, the *Vetrovec* warning sufficiently conveyed the concepts of materiality and independence, and the appropriate degree of caution required by the circumstances.

Held: The appeals should be dismissed.

Per Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Although no single formula can be expected to produce an appropriate *Vetrovec* caution for every foreseeable situation, trial judges, who must craft the caution appropriate to the circumstances of their case, are entitled to guidance as to the general characteristics of a caution. The four main elements of a caution are: (1) drawing the attention of the jury to the testimonial evidence requiring special scrutiny; (2) explaining why this evidence is subject to special scrutiny; (3) cautioning the jury that it is dangerous to convict on unconfirmed evidence of this sort, though the jury is entitled to do so if satisfied that the evidence is true; and (4) that the jury, in determining the veracity of the suspect evidence, should look for evidence from another source tending to show that the untrustworthy witness is telling the truth as to the guilt of the accused. This summary need not be applied in a rigid and formulaic fashion. Where a caution has these four elements, an appellate court, in the absence of some other flaw, will generally be expected to find the caution adequate. However, a failure to include any of these elements may not prove fatal if the charge read as a whole otherwise serves the dual purposes of a *Vetrovec* warning: first, to alert the jury to the danger of relying on the unsupported evidence of unsavoury witnesses and to explain the reasons for special scrutiny of their testimony; and

Les accusés, K et S, ont été inculpés de meurtre au premier degré. Selon le ministère public, K a payé deux hommes pour tuer la victime et S a aidé à organiser et coordonner le meurtre. La preuve à charge reposait principalement sur les dépositions de deux témoins douteux, qui avaient de lourds antécédents judiciaires et qui faisaient partie d'un gang carcéral. Le juge du procès a demandé au jury d'examiner leurs témoignages avec le plus grand soin et une extrême prudence et de chercher d'autres témoignages ou éléments de preuve qui confirment leurs déclarations. Il a aussi informé les jurés qu'il leur appartenait de dire si ces preuves, ou tout autre élément, confirment ou étayent les dépositions des témoins douteux. Les deux accusés ont été déclarés coupables. En appel, ils ont soutenu que la mise en garde de type *Vetrovec* adressée par le juge du procès ne précisait pas au jury que, pour être confirmative, la preuve à l'appui des dépositions des témoins douteux devait être une preuve indépendante et substantielle. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité. Elle a conclu que, dans le contexte de l'ensemble du procès, la mise en garde de type *Vetrovec* fournissait des explications suffisantes quant aux notions de preuve substantielle et de preuve indépendante et qu'elle invitait à la prudence nécessaire dans les circonstances.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Il n'existe pas de formule unique qui puisse produire une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée pour toutes les circonstances prévisibles, mais les juges du procès, qui doivent élaborer une mise en garde adaptée aux faits de l'espèce, sont en droit de s'attendre à obtenir des précisions quant aux caractéristiques générales d'une mise en garde. Voici les quatre éléments fondamentaux de la mise en garde : (1) attirer l'attention du jury sur le témoignage qui nécessite un examen particulièrement rigoureux; (2) expliquer pourquoi ce témoignage doit être examiné de façon particulièrement rigoureuse; (3) prévenir le jury du danger de prononcer une condamnation sur la foi d'un témoignage non confirmé de ce genre, le jury étant toutefois en droit de le faire s'il est convaincu de la véracité du témoignage en cause; (4) indiquer au jury que, pour déterminer si le récit suspect est véridique, il doit chercher, à partir d'autres sources, des preuves tendant à établir que le témoin indigne de foi dit la vérité quant à la culpabilité de l'accusé. Nul besoin d'appliquer ce court exposé de manière rigide et comme s'il s'agissait d'une formule toute faite. Lorsque la mise en garde comporte ces quatre éléments, un tribunal d'appel doit généralement conclure, si ailleurs l'exposé au jury ne présente pas de déficiences, que la mise en garde est adéquate. Toutefois, le fait de ne pas inclure ces éléments ne se révélera pas nécessairement fatal si les directives

second, in appropriate cases, to give the jury the tools necessary to identify evidence capable of enhancing the trustworthiness of those witnesses. In evaluating a caution, appellate courts should focus on the content of a caution and not on its form. [13-14] [37-38] [44] [47]

With respect to the fourth component of the summary, since not all evidence is capable of confirming the testimony of an untrustworthy witness, a *Vetrovec* caution should draw the jury's attention to evidence capable of confirming or supporting material parts of the witnesses' evidence. To be confirmatory, evidence should give comfort that the witness can be trusted. The attribute of independence defines the kind of evidence that can provide comfort that the witness is telling the truth. Evidence that is tainted by connection to the witness cannot serve to confirm his or her testimony. Materiality is a more difficult concept. Evidence does not have to implicate the accused, but in the context of the case as a whole, it should give comfort that the witness was truthful in relevant aspects of his or her account. [11] [32] [39-40] [42-43]

Although the *Vetrovec* caution in this case is not a model to be followed in other cases, it did convey the degree of special scrutiny to be applied in weighing the testimony of the two unsavoury witnesses. Where, as here, allegations of corroboration and collusion between the impugned witnesses and others were made, the trial judge should have clearly mentioned to the jury that not all evidence is capable of being confirmatory and better explained that confirmatory evidence has to be independent and relevant. However, these deficiencies were compensated for in other portions of the charge. As a whole and in the context of the trial, the charge communicated the substance of a proper *Vetrovec* caution. The jury would have understood that it could not convict the accused based on the testimony of the impugned witnesses unless they found that other evidence confirmed their testimony. [15] [51-52] [56]

The trial judge erred in instructing the jury that it could only draw inferences of innocence from defence

du juge, prises dans leur ensemble, servent les deux fins d'une mise en garde de type *Vetrovec* : premièrement, éveiller l'attention du jury sur le danger de se fonder sur les dépositions de témoins douteux en l'absence de toute confirmation et expliquer pourquoi elles doivent être examinées de façon particulièrement rigoureuse; deuxièmement, si les circonstances le justifient, fournir aux jurés les outils nécessaires pour déterminer les éléments de preuve pouvant renforcer la crédibilité de ces témoins. Pour évaluer une mise en garde, les tribunaux d'appel s'attacheront au contenu de la directive et non à sa forme. [13-14] [37-38] [44] [47]

En ce qui concerne le quatrième élément du court exposé, étant donné que les preuves ne permettent pas toutes de confirmer la déposition d'un témoin indigne de foi, une mise en garde de type *Vetrovec* doit attirer l'attention du jury sur la preuve pouvant confirmer ou étayer les éléments essentiels des dépositions des témoins. Pour être confirmative, la preuve doit conforter le jury dans son opinion que le témoin est digne de foi. C'est le caractère indépendant de la preuve qui le conforte dans son opinion que le témoin dit la vérité. La preuve viciée en raison d'un lien avec le témoin ne peut servir à confirmer son témoignage. Le caractère substantiel d'une preuve est un concept plus complexe. Il n'est pas nécessaire que la preuve implique l'accusé, mais considérée dans une perspective d'ensemble, elle doit conforter le jury dans son opinion que les déclarations du témoin sont exactes quant aux aspects pertinents de son récit. [11] [32] [39-40] [42-43]

Bien qu'en l'espèce la mise en garde de type *Vetrovec* ne soit pas un modèle à suivre dans d'autres affaires, elle a renseigné le jury sur la nécessité de soumettre les dépositions des deux témoins douteux à un examen particulièrement rigoureux. Dans les cas où, comme en l'espèce, il y avait allégations de corroboration et de collusion entre les témoins dont la crédibilité était contestée et d'autres personnes, le juge du procès aurait dû mentionner clairement aux jurés que les éléments de preuve ne permettent pas tous de confirmer et aurait dû mieux expliquer que la preuve confirmative doit être indépendante et pertinente. Toutefois, les autres passages de l'exposé au jury compensaient ces lacunes. Dans l'ensemble et compte tenu du contexte du procès, le jury a reçu, pour l'essentiel, une mise en garde de type *Vetrovec* qui était adéquate. Il a compris qu'il ne pouvait déclarer les accusés coupables sur la foi des dépositions des témoins dont la crédibilité est contestée, à moins de trouver d'autres éléments qui confirment ces dépositions. [15] [51-52] [56]

Le juge du procès a commis une erreur en informant le jury qu'il ne pouvait tirer des inférences d'innocence

evidence based on proven facts. Nonetheless, in the context of the charge as a whole, the error cannot reasonably be thought to have affected the verdict and this is an appropriate case in which to apply the curative proviso pursuant to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. [57-59]

Per Deschamps J.: The first three elements of the framework proposed by the majority capture the substance of a proper *Vetrovec* warning. A *Vetrovec* warning should draw the jury's attention to testimonial evidence requiring special scrutiny, explain why this evidence is subject to special scrutiny and it should caution the jury that it is dangerous to convict on unconfirmed evidence of this sort, though the jury is entitled to do so if satisfied that the evidence is true. The fourth element, however, will have detrimental effects on the law and is both unnecessary and unworkable. It is the content of *Vetrovec* warnings that matters, not their form and this Court should preserve the functional approach set out in *Vetrovec*. [68] [73]

Under the fourth element of the framework, the requirement that jurors be told to look for "material" and "independent" corroboration of an unsavoury witness's testimony detracts jurors from their proper task of weighing the witness's credibility in a rational and flexible manner. A trier of fact is entitled to believe the evidence of a disreputable witness, even on disputed facts that are not otherwise confirmed, if the trier is satisfied that the witness is truthful. Trial judges should refrain from requiring the intractable concepts of independence and materiality for corroborating evidence. Instead, jurors should be told to focus on credibility. Evidence cannot be categorized as either independent or not independent because evidence lies on a continuum between these two poles. Even proponents of an independence requirement are at a loss to explain what kind of evidence it calls for. Applied mechanically, such a requirement has led to disastrous outcomes. Nor is materiality any easier to pin down. The once strict, ill-defined requirement of materiality has been weakened. Circumstantial evidence can be confirmatory even if it does not directly implicate the accused and evidence need not bear on a disputed part of a witness's testimony to be corroborative. [67] [76] [78] [81-86]

Jury instructions should correspond to well-defined intellectual exercises and the justice system should strive for simplicity in charges. Evidence capable of

qu'à partir de la preuve de la défense fondée sur des faits établis. Toutefois, d'après l'ensemble de son exposé, on ne saurait raisonnablement conclure que l'erreur a influé sur le verdict et il y a lieu en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. [57-59]

La juge Deschamps : Les trois premiers éléments du cadre proposé par la majorité rendent compte de l'essence d'une mise en garde de type *Vetrovec*. Une bonne mise en garde de type *Vetrovec* doit attirer l'attention du jury sur le témoignage qui nécessite un examen particulièrement rigoureux, expliquer pourquoi ce témoignage doit être examiné de façon particulièrement rigoureuse et prévenir le jury du danger de prononcer une condamnation sur la foi d'un témoignage non confirmé de ce genre, le jury étant toutefois en droit de le faire s'il est convaincu de la véracité du témoignage en cause. Le quatrième élément aura cependant des effets préjudiciables en droit et il est inutile et impraticable. C'est le contenu qui importe, non la forme, et la Cour doit préserver l'approche fonctionnelle prévue dans *Vetrovec*. [68] [73]

Selon le quatrième élément du cadre, l'exigence selon laquelle les jurés doivent chercher des preuves « substantielles » et « indépendantes » pouvant corroborer les dépositions des témoins douteux détourne les jurés de leur tâche réelle : évaluer la crédibilité du témoin de façon rationnelle et souple. Même en présence de faits contestés qui ne sont pas par ailleurs confirmés, le juge des faits peut ajouter foi à la déposition d'un témoin de mauvaise réputation s'il est persuadé que celui-ci dit la vérité. Les juges de première instance devraient s'abstenir d'exiger que la preuve corroborante soit indépendante et substantielle. Ils devraient plutôt demander aux jurés de se concentrer sur la crédibilité. Il n'existe pas deux catégories distinctes de preuve, celle des preuves indépendantes et celle des preuves non indépendantes. Il y a plutôt divers types de preuve se situant entre ces deux pôles. Même les ardents défenseurs de l'exigence de corroboration indépendante ont du mal à expliquer le genre de preuve qu'elle requiert. Appliquée mécaniquement, cette exigence a donné des résultats désastreux. L'exigence de preuve substantielle n'est pas plus facile à définir. Jadis stricte malgré ses contours obscurs, elle s'affaiblit de plus en plus. Une preuve circonstancielle peut être confirmative même si elle n'implique pas directement l'accusé; la preuve n'a pas besoin de porter sur un point contesté de la déposition du témoin pour être corroborante. [67] [76] [78] [81-86]

Les directives au jury doivent correspondre à des exercices intellectuels bien circonscrits et le système de justice doit tendre à la simplicité. Il suffit que les

inducing a rational belief that the witness is telling the truth is sufficient and jurors should be asked to look for evidence that reinforces the credibility of the witness. [91] [96]

The trial judge's charge was fully compatible with the three required elements of a proper *Vetrovec* warning. The charge drew the jury's attention to problematic witnesses, explained why there was a risk that they were unreliable, and warned the jury that it was dangerous to convict based on their testimonies without confirmation by other evidence. The charge was complete and there was no further requirement to instruct the jury to look for independence or materiality. [97]

The subsidiary ground for appeal should be dismissed for the reasons given by the majority. [98]

Cases Cited

By Fish J.

Explained: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; **applied:** *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237; **referred to:** *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146; *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328; *R. v. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523.

By Deschamps J.

Explained: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333; *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; **referred to:** *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Horsburgh v. The Queen*, [1967] S.C.R. 746; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49; *R. v. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Dhillon* (2002), 166 C.C.C. (3d) 262; *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237; *R. v. Kanester*, [1966] 4 C.C.C. 231, rev'd [1967] 1 C.C.C. 97; *Warkentin v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332; *R. v. Gagnon* (2000), 147 C.C.C. (3d) 193; *Murphy v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603; *R. v. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53; *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820),

preuves puissent faire naître chez les jurés la conviction logique que le témoin dit la vérité; il faut donner comme directive aux jurés de chercher des éléments qui renforcent la crédibilité du témoin. [91] [96]

L'exposé du juge du procès correspondait en tous points aux trois éléments requis d'une bonne mise en garde de type *Vetrovec*. Le juge a attiré l'attention du jury sur les témoignages qui posaient des problèmes, a expliqué pourquoi il y avait le risque que ce ne soient pas des témoins fiables et a indiqué qu'il était dangereux de déclarer un accusé coupable sur le fondement des témoignages en question en l'absence de corroboration par d'autres éléments de preuve. Cet exposé était complet et il n'était pas nécessaire de demander également au jury de chercher des preuves indépendantes ou substantielles. [97]

Il y a lieu de rejeter le moyen d'appel subsidiaire pour les motifs indiqués par la majorité. [98]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêt expliqué : *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; **arrêts appliqués :** *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237; **arrêts mentionnés :** *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146; *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328; *R. c. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523.

Citée par la juge Deschamps

Arrêts expliqués : *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333; *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; **arrêts mentionnés :** *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Horsburgh c. La Reine*, [1967] R.C.S. 746; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49; *R. c. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Dhillon* (2002), 166 C.C.C. (3d) 262; *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237; *R. c. Kanester*, [1966] 4 C.C.C. 231, inf. par [1967] 1 C.C.C. 97; *Warkentin c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332; *R. c. Gagnon* (2000), 147 C.C.C. (3d) 193; *Murphy c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603; *R. c. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53; *Trial of William Davidson and Richard*

33 How. St. Tr. 1337; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Krugel* (1999), 143 C.C.C. (3d) 367; *R. v. Smith*, 2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Arnup, C. Jane. “Has Caution Been Thrown to the Wind?: The Aftermath of *Vetrovec*”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Evidence*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo Publishers, 1984, 21.

Boilard, Jean-Guy. *Guide to Criminal Evidence*, vol. 2. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991 (loose-leaf updated September 2008, Issue 48).

Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. Study Paper No. 11. *Corroboration*. Ottawa: The Commission, 1975.

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.

Dufraimont, Lisa. “Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions?” (2008), 33 *Queen’s L.J.* 261.

Glasson, E. *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. 6. Paris: F. Pichon, 1895.

Harris, Nikos. “*Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence: A Necessarily Complex Relationship” (2005), 31 C.R. (6th) 216.

Helmholz, R. H. “Magna Carta and the *ius commune*” (1999), 66 *U. Chi. L. Rev.* 297.

Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2008, release 10).

Lamer, Antonio. *A Tribute to Chief Justice Dickson*. Address to the Annual Convention of the Criminal Lawyers’ Association (December 1989), *Ontario Criminal Lawyers’ Association Newsletter*, vol. 10, No. 4, p. 13.

Manitoba. *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell*. Winnipeg: Department of Justice 2007.

Newfoundland and Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*. St. John’s: Government of Newfoundland and Labrador, 2006.

Tidd for High Treason (1820), 33 How. St. Tr. 1337; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Krugel* (1999), 143 C.C.C. (3d) 367; *R. c. Smith*, 2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Doctrine citée

Arnup, C. Jane. « Has Caution Been Thrown to the Wind? : The Aftermath of *Vetrovec* », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition : Evidence*. Don Mills, Ont. : Richard De Boo Publishers, 1984, 21.

Boilard, Jean-Guy. *Manuel de preuve pénale*, vol. 2. Cowansville, Que. : Yvon Blais, 1991 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2008, envoi n° 48).

Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. Document préliminaire n° 11. *Corroboration*. Ottawa : La Commission, 1975.

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg : Manitoba Justice, 2001.

Dufraimont, Lisa. « Regulating Unreliable Evidence : Can Evidence Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions? » (2008), 33 *Queen’s L.J.* 261.

Glasson, E. *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. 6. Paris : F. Pichon, 1895.

Harris, Nikos. « *Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence : A Necessarily Complex Relationship » (2005), 31 C.R. (6th) 216.

Helmholz, R. H. « Magna Carta and the *ius commune* » (1999), 66 *U. Chi. L. Rev.* 297.

Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2008, release 10).

Lamer, Antonio. *A Tribute to Chief Justice Dickson*. Address to the Annual Convention of the Criminal Lawyers’ Association (December 1989), *Ontario Criminal Lawyers’ Association Newsletter*, vol. 10, No. 4, p. 13.

Manitoba. *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell*. Winnipeg : Department of Justice 2007.

Ontario. *Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (Rapport Kaufman). Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.

Ontario. *Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Roberts, Paul, and Adrian Zuckerman. *Criminal Evidence*. Oxford: University Press, 2004.

Rosenberg, Marc. “Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules” (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421.

Seniuk, Gerald T. G. “Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit” (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 79.

Seniuk, Gerald T. G. “Liars, Scoundrels and the Search for Truth” (2000), 30 *C.R.* (5th) 244.

Stuart, D. Annotation to *R. v. Kehler* (2004), 19 *C.R.* (6th) 49.

Wakeling, Audrey A. *Corroboration in Canadian Law*. Toronto: Carswell Co., 1977.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 7. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1978.

Zuckerman, A. A. S. “Corroboration: Judicial Reform in Canada” (1984), 4 *Oxford J. Legal Stud.* 147.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Mackenzie and Low J.J.A.), 2007 BCCA 50, 217 C.C.C. (3d) 498, 235 B.C.A.C. 277, 388 W.A.C. 277, 2007 CarswellBC 153, [2007] B.C.J. No. 135 (QL), upholding the convictions of the two accused. Appeals dismissed.

Richard C. C. Peck, Q.C., Nikos Harris and Kathleen M. Bradley, for the appellant Gurkirpal Singh Khela.

Gil D. McKinnon, Q.C., and Patrick McGowan, for the appellant Jodh Singh Sahota.

Bruce Johnstone and Marian K. Brown, for the respondent.

Jennifer M. Woollcombe, for the intervener Attorney General of Ontario.

Donald B. Bayne and Norman D. Boxall, for the intervener Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

Roberts, Paul, and Adrian Zuckerman. *Criminal Evidence*. Oxford : University Press, 2004.

Rosenberg, Marc. « Developments in the Law of Evidence : The 1992-93 Term — Applying the Rules » (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421.

Seniuk, Gerald T. G. « Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit » (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 79.

Seniuk, Gerald T. G. « Liars, Scoundrels and the Search for Truth » (2000), 30 *C.R.* (5th) 244.

Stuart, D. Annotation to *R. v. Kehler* (2004), 19 *C.R.* (6th) 49.

Terre-Neuve-et-Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes*. St. John’s : Government of Newfoundland and Labrador, 2006.

Wakeling, Audrey A. *Corroboration in Canadian Law*. Toronto : Carswell Co., 1977.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 7. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little, Brown & Co., 1978.

Zuckerman, A. A. S. « Corroboration : Judicial Reform in Canada » (1984), 4 *Oxford J. Legal Stud.* 147.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Mackenzie et Low), 2007 BCCA 50, 217 C.C.C. (3d) 498, 235 B.C.A.C. 277, 388 W.A.C. 277, 2007 CarswellBC 153, [2007] B.C.J. No. 135 (QL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité des deux accusés. Pourvois rejetés.

Richard C. C. Peck, c.r., Nikos Harris et Kathleen M. Bradley, pour l’appellant Gurkirpal Singh Khela.

Gil D. McKinnon, c.r., et Patrick McGowan, pour l’appellant Jodh Singh Sahota.

Bruce Johnstone et Marian K. Brown, pour l’intimé.

Jennifer M. Woollcombe, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Donald B. Bayne et Norman D. Boxall, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

FISH J. —

I

[1] Legal systems far separated in time and place have long recognized that it is dangerous to rest a criminal conviction on the testimony of a single witness, or on a single piece of evidence. This concern is at least as old as Deuteronomy.* It arises because witnesses can lie deliberately or mislead inadvertently, documents can be forged, and other items of evidence can be tampered with or planted: P. Roberts and A. Zuckerman, *Criminal Evidence* (2004), at p. 466.

[2] The evidence of a single witness is nonetheless sufficient in Canada to support a conviction for any offence other than treason, perjury or procuring a feigned marriage. Many serious crimes might otherwise go unpunished. But where the guilt of the accused is made to rest exclusively or substantially on the testimony of a single witness of doubtful credit or veracity, the danger of a wrongful conviction is particularly acute.

[3] It is therefore of the utmost importance, in a trial by judge and jury, for the jury to understand *when* and *why* it is unsafe to find an accused guilty on the unsupported evidence of witnesses

* See Deuteronomy 19:15 (“One witness shall not rise against a man concerning any iniquity or any sin that he commits; by the mouth of two or three witnesses the matter shall be established”). For the historical significance of Deuteronomy regarding the requirement of corroboration under both the common law and the civil law, see: E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France* (1895), vol. 6, at p. 543; *Wigmore on Evidence*, vol. 7 (Chadbourn rev. 1978), at § 2032, subs. 1; and R. H. Helmholz, “Magna Carta and the *ius commune*” (1999), 66 *U. Chi. L. Rev.* 297, at pp. 337-40.

Version française du jugement des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Des systèmes juridiques fort éloignés dans le temps et l’espace reconnaissent depuis longtemps le danger, au pénal, de fonder une déclaration de culpabilité sur le témoignage d’un seul témoin ou sur une seule preuve. Cette préoccupation est au moins aussi ancienne que le Deutéronome*. Elle tient à la possibilité que des témoins mentent délibérément ou induisent en erreur par inadvertance, que des documents soient falsifiés ou que d’autres éléments de preuve soient altérés ou fabriqués : P. Roberts et A. Zuckerman, *Criminal Evidence* (2004), p. 466.

[2] Au Canada, toutefois, la déposition d’un seul témoin suffit pour justifier une déclaration de culpabilité pour une infraction autre que la trahison, le parjure ou le fait d’aider à obtenir un mariage feint. Sinon, de nombreux crimes graves pourraient demeurer impunis. Mais lorsque la culpabilité de l’accusé repose exclusivement ou pour l’essentiel sur la déposition d’un seul témoin dont la crédibilité ou la véracité est douteuse, le danger d’une déclaration de culpabilité injustifiée est particulièrement élevé.

[3] Il est par conséquent de la plus haute importance, dans un procès devant juge et jury, que les jurés comprennent *quand* et *pourquoi* il est risqué de déclarer un accusé coupable sur la foi des

* Voir Deutéronome 19:15 (« Un seul témoin ne suffira pas contre un homme pour constater un crime ou un péché, quel qu’il soit; un fait ne pourra s’établir que sur la déposition de deux ou trois témoins »). Pour l’importance historique du Deutéronome quant à l’exigence de corroboration en common law et en droit civil, voir E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France* (1895), t. 6, p. 543; *Wigmore on Evidence*, vol. 7 (Chadbourn rév. 1978), § 2032, par. 1, et R. H. Helmholz, « Magna Carta and the *ius commune* » (1999), 66 *U. Chi. L. Rev.* 297, p. 337-340.

who are “unsavoury”, “untrustworthy”, “unreliable”, or “tainted”. For present purposes, I use these terms interchangeably. And I mean to include all witnesses who, because of their amoral character, criminal lifestyle, past dishonesty or interest in the outcome of the trial, cannot be trusted to tell the truth — even when they have expressly undertaken by oath or affirmation to do so.

[4] I hasten to add that a specific instruction is sometimes required in this regard not because jurors are thought to be unintelligent, but rather because they might otherwise be uninformed. It is meant to bring home to lay jurors the accumulated wisdom of the law’s experience with unsavoury witnesses. Judges are alert to the concern that unsavoury witnesses are prone to favour personal advantage over public duty. And we know from recent experience that unsavoury witnesses, especially but not only “jailhouse informants”, can be convincing liars and can effectively conceal their true motives for testifying as they have: see *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (Ont. C.A.), at para. 76.

[5] Without a cautionary instruction, however, jurors may appreciate neither the need nor the reasons for skepticism and particular scrutiny in dealing with witnesses of this sort. Essentially for that reason, trial judges may — and in some cases *must* — include in their charges “a clear and sharp warning to attract the attention of the juror[s] to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness” (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, at p. 831).

[6] In *Vetrovec*, the Court held that no particular category of witness requires this warning. And the Court held as well that the caution, where it is found to be necessary or appropriate, need not be framed in technical or formulaic language. Nor must the judge include in the caution any legal definition of “corroboration” in explaining to the jury the type

dépositions non étayées de témoins « douteux », « indignes de foi », « non fiables » ou « tarés ». Pour les besoins de l’espèce, j’utilise ces termes de façon interchangeable. Ainsi, mes propos visent tous les témoins qui, en raison de leur amoralité, de leur mode de vie criminel, de leur malhonnêteté par le passé ou de l’intérêt qu’ils ont dans l’issue du procès, ne peuvent être présumés dire la vérité — même s’ils se sont engagés par serment ou affirmation à le faire.

[4] Je m’empresse d’ajouter qu’une directive précise s’impose parfois à cet égard, non pas parce qu’on doute de l’intelligence des jurés, mais plutôt parce qu’autrement ils pourraient être mal informés. L’exposé vise à transmettre aux jurés profanes la sagesse acquise grâce à l’expérience judiciaire relative aux témoins douteux. Les juges sont conscients que ces témoins sont enclins à faire passer leur intérêt personnel avant leur devoir public. Et l’expérience récente nous enseigne que les témoins douteux, surtout mais pas uniquement les [TRADUCTION] « dénonciateurs sous garde », peuvent être des menteurs convaincants et arrivent très bien à dissimuler les véritables raisons les ayant incités à témoigner comme ils l’ont fait : voir *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Ont.), par. 76.

[5] Or, sans la mise en garde, les jurés ne seront peut-être pas en mesure d’apprécier la nécessité ou les raisons d’un certain scepticisme et d’un examen particulièrement rigoureux quand il s’agit des dépositions de tels témoins. C’est essentiellement pour cette raison que le juge du procès peut — et dans certains cas *doit* — inclure dans ses directives « une mise en garde claire et précise pour attirer l’attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d’un témoin sans plus de précautions » (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, p. 831).

[6] Dans *Vetrovec*, la Cour a statué qu’il n’existe pas de catégorie spéciale de témoins pour lesquels il faut faire cette mise en garde. Elle a aussi conclu que, dans les cas où la mise en garde est jugée nécessaire ou appropriée, il n’est pas besoin de la libeller dans un langage formaliste ou selon une formule toute faite. Le juge n’a pas non plus à

of evidence that is capable of supporting the testimony of the tainted witness.

[7] *Vetrovec* thus stripped the traditional cautionary instruction of its archaic and technical content and packaging. But it was not intended to deprive an accused of the protection that the warning has historically been meant to provide. As Major J. (dissenting on other grounds) explained in *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237, at para. 69, once a *Vetrovec* caution had been given, “the jury could view that evidence with more ease but not less scepticism than previously required”.

[8] Again in *Brooks*, Justice Binnie explained:

The jurors will not likely have the benefit of this “experience” unless it is imparted to them by the trial judge in the “clear and sharp warning” contemplated by *Vetrovec*. While some passages in Dickson J.’s reasons can be argued to focus on the assessment of the credibility of a particular witness made by the trial judge, he also emphasized that the credibility of a particular witness is for the jury not the trial judge to assess. The trial judge’s role is to provide the proper framework within which that credibility can be evaluated, and in that regard problems historically associated with particular types of evidence should not be overlooked. [para. 130]

[9] I shall have more to say later about a “proper framework” for a *Vetrovec* caution, but I turn first to the factual foundation, judicial history and specific issues on this appeal.

[10] At issue on these appeals, and in the companion cases of *R. v. Smith* and *R. v. James*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146, is the adequacy of the *Vetrovec* warnings given at trial. In addressing that issue, attention must be paid to the rationale upon which this type of instruction is based.

[11] The central purpose of a *Vetrovec* warning is to alert the jury to the danger of relying on the

y inclure une définition juridique de « corroboration » lorsqu’il explique au jury le type de preuve pouvant étayer la déposition d’un témoin taré.

[7] *Vetrovec* a donc, sur le plan du contenu et de la forme, modernisé la mise en garde traditionnelle et l’a libérée de son formalisme. Mais l’intention n’était pas de priver l’accusé de la protection que la mise en garde est depuis toujours censée offrir. Comme le juge Major (dissident sur d’autres points) l’a expliqué dans *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237, par. 69, une fois la mise en garde de type *Vetrovec* effectuée, « le jury [peut] examiner cet élément de preuve plus facilement, mais avec autant de scepticisme qu’auparavant ».

[8] Toujours dans *Brooks*, le juge Binnie explique :

Les jurés ne bénéficieront vraisemblablement de cette « expérience » que si elle leur est transmise par le juge du procès dans la « mise en garde claire et précise » envisagée par l’arrêt *Vetrovec*. Bien que l’on puisse prétendre que certains passages de ses motifs portent sur l’appréciation par le juge du procès de la crédibilité d’un témoin particulier, le juge Dickson a également souligné qu’il appartient au jury et non pas au juge du procès d’apprécier la crédibilité d’un témoin donné. Le rôle du juge du procès consiste à établir le cadre approprié à l’intérieur duquel cette crédibilité peut être appréciée et, à cet égard, il n’y a pas lieu de passer sous silence les problèmes que certains types de témoignage ont posés dans le passé. [par. 130]

[9] Je reviendrai plus tard sur le « cadre approprié » d’une mise en garde de type *Vetrovec*, mais je vais d’abord traiter des faits et de l’historique judiciaire des présents pourvois ainsi que des questions précises qu’ils soulèvent.

[10] En l’espèce et dans les pourvois connexes *R. c. Smith* et *R. c. James*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146, la Cour est appelée à statuer sur la question du caractère adéquat des mises en garde de type *Vetrovec* effectuées au procès. Pour trancher cette question, il faut s’attacher à la raison d’être de ce type de directive.

[11] L’objectif central d’une mise en garde de type *Vetrovec* est de sensibiliser le jury au danger de

unsupported evidence of unsavoury witnesses and to explain the reasons for special scrutiny of their testimony. In appropriate cases, the trial judge should also draw the attention of the jurors to evidence capable of confirming or supporting the material parts of the otherwise untrustworthy evidence.

[12] Since the decision of this Court in *Vetrovec*, the very real dangers of relying in criminal prosecutions on the unsupported evidence of unsavoury witnesses, particularly “jailhouse informers”, has been highlighted more than once by commissions of inquiry into wrongful convictions (see, for example, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998) and *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow* (2001)). The danger of a miscarriage of justice is to be borne in mind in crafting and in evaluating the adequacy of a caution.

[13] The crafting of a caution appropriate to the circumstances of the case is best left to the judge who has conducted the trial. No particular set of words is mandatory. In evaluating its adequacy, appellate courts will focus on the content of the instruction and not on its form. Intervention on appeal will not be warranted unless a cautionary instruction should have been given but was not, or the cautionary instruction that was given failed to serve its intended purpose.

[14] No single formula can be expected to produce an appropriate instruction for every foreseeable — let alone *unforeseeable* — situation at trial. That is why we vest in trial judges the discretion they must have in fashioning cautionary instructions responsive to the circumstances of the case. Trial judges nonetheless seek, and are entitled to expect, guidance from this Court as to the general characteristics of a sufficient warning. I shall later outline in broad brushstrokes a proposed template which, while not at all mandatory, will in my view be of assistance to trial judges without unduly fettering their discretion, and will reduce the number of appeals attributable to the present uncertainty regarding the governing principles.

s’appuyer sur la déposition non étayée d’un témoin douteux et d’expliquer pourquoi elle doit être examinée de façon particulièrement rigoureuse. Dans certains cas, le juge du procès devrait également attirer l’attention des jurés sur la preuve pouvant confirmer ou étayer les éléments essentiels d’un témoignage autrement indigne de foi.

[12] Depuis que la Cour a rendu l’arrêt *Vetrovec*, des commissions d’enquête sur des déclarations de culpabilité injustifiées ont à plus d’une reprise souligné les dangers très réels de se fier, dans les poursuites pénales, aux dépositions non étayées de témoins douteux, surtout celles des « dénonciateurs sous garde » (voir, par exemple, *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998) et *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow* (2001)). Dans l’élaboration d’une mise en garde ou l’évaluation de son caractère adéquat, il faut garder présent à l’esprit le danger d’une erreur judiciaire.

[13] Il est préférable de laisser au juge du procès le soin d’élaborer une mise en garde adaptée aux faits de l’espèce. Il n’est pas obligatoire d’employer une formule particulière. Pour évaluer le caractère adéquat de la mise en garde, les tribunaux d’appel s’attacheront au contenu de la directive et non à sa forme. L’intervention en appel ne sera justifiée que si le juge du procès n’a pas adressé la mise en garde qui s’imposait ou si la mise en garde effectuée n’a pas atteint l’objectif visé.

[14] Il n’existe pas de formule unique qui puisse produire une mise en garde appropriée pour toutes les circonstances prévisibles — et encore moins toutes les circonstances *imprévisibles* — d’un procès. C’est pourquoi les juges de première instance sont investis du pouvoir discrétionnaire dont ils ont besoin pour façonner des mises en garde adaptées aux faits de l’espèce. Ils cherchent et sont en droit de s’attendre à obtenir des précisions de la Cour quant aux caractéristiques générales d’une mise en garde suffisante. Je broserai dans les grandes lignes une mise en garde type qui, selon moi, sans être obligatoire, sera utile aux juges de première instance sans entraver leur pouvoir discrétionnaire et réduira le nombre des appels attribuables à l’incertitude qui règne au sujet des principes applicables.

[15] Read as a whole, and in the context of the trial, the charge to the jury in this case was adequate. Any shortcomings in the *Vetrovec* caution itself were compensated for in the remainder of the charge. I am satisfied that the jury would have understood that it could not convict the appellants on the basis of the evidence of the impugned witnesses unless they found elsewhere in the charge sufficient comfort that those witnesses were telling the truth.

[16] Accordingly, I would dismiss the appeals.

II

[17] The appellants were convicted by a jury of first degree murder in the shooting death of Gurjinder Singh Sidhu (Gary Sidhu) outside his home shortly after midnight on April 1, 2002. They were tried jointly with Trevor Meir, who was also convicted of first degree murder. John Bride was tried separately and convicted of the same offence.

[18] The Crown alleged that Meir and Bride were the shooters and that the appellant, Khela, had paid them to murder Sidhu. Sahota, the other appellant, was alleged to have assisted Khela in organizing and coordinating Sidhu's demise. The motive for the killing was unclear but there was some evidence that suggested a blood feud was in progress. The victim was wearing a bulletproof vest when he was killed.

[19] The case against Khela rested primarily on the testimony of two unsavoury witnesses, Tomas Sandoval and Steven Stein. Sandoval and Stein had lengthy criminal records and, along with Bride, were members of a prison-based gang. They testified that Khela hired Bride and then Meir to kill someone. Several women associated with Sandoval and Stein gave evidence that in late March 2002, Khela brought a duffle bag containing two-way radios, firearms, ammunition, silencers, bulletproof vests and balaclavas to one of their residences.

[15] Dans les présents pourvois, pris dans leur ensemble et dans le contexte du procès, l'exposé au jury était adéquat. Les autres parties de l'exposé compensaient les imperfections que pouvait comporter la mise en garde de type *Vetrovec* elle-même. Je suis convaincu que le jury a compris qu'il ne pouvait déclarer les appelants coupables sur la foi des dépositions des témoins dont la crédibilité est contestée, à moins d'être suffisamment conforté dans son opinion, par d'autres éléments, que ces témoins disaient la vérité.

[16] Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois.

II

[17] Un jury a reconnu les appelants coupables de meurtre au premier degré après que Gurjinder Singh Sidhu (Gary Sidhu) eut été tué par balles à l'extérieur de sa maison peu après minuit, le 1^{er} avril 2002. Ils ont subi leur procès conjointement avec Trevor Meir, également déclaré coupable de meurtre au premier degré. John Bride a été jugé séparément et reconnu coupable du même crime.

[18] Le ministère public a allégué que MM. Meir et Bride ont tiré les coups de feu et qu'ils avaient été payés par l'appellant, M. Khela, pour tuer M. Sidhu. M. Sahota, l'autre appellant, aurait aidé M. Khela à organiser et coordonner le meurtre. Le mobile du meurtre demeure obscur, mais selon certaines preuves une vendetta était en cours. La victime portait une veste pare-balles lorsqu'il a été tué.

[19] La preuve contre M. Khela reposait principalement sur les dépositions de deux témoins douteux, Tomas Sandoval et Steven Stein, qui avaient de lourds antécédents judiciaires et qui, comme M. Bride, faisaient partie d'un gang carcéral. Ils ont témoigné que M. Khela avait retenu les services de M. Bride et, par la suite, ceux de M. Meir pour tuer quelqu'un. Plusieurs femmes associées à MM. Sandoval et Stein ont témoigné qu'à la fin de mars 2002 M. Khela avait apporté chez l'une d'elles un sac marin contenant des radios avec émetteur-récepteur, des armes à feu, des munitions, des silencieux, des vestes pare-balles et des passe-montagnes.

[20] Paula Wojciechowski, Sahota's girlfriend at the time of the shooting, also testified against Khela. She said that Sahota retrieved a bulletproof vest and shoulder holster from her home that he had hidden there the day before. She also testified that Khela phoned her in December 2002 and offered her \$10,000 for a place to live if she gave a statement to his lawyer. Other evidence, including cell phone and car rental records, bolstered the Crown's case against Khela.

[21] The case against Sahota rested mainly on the evidence of Wojciechowski. She testified that on March 31, 2002, Sahota and Bride took her to a motel in Surrey where Sahota asked her to carry a heavy bag containing metal objects into the room. She identified a bag found at the murder scene as resembling the bag she saw that day. Wojciechowski also testified that Sahota, Meir and Bride came to her home early on the morning of April 1. She saw Sahota trying to hide a bulletproof vest, shoulder holster and ammunition under her bed. When Meir and Bride left, Sahota said he had paid them for the job. Later that evening he burned the clothes Meir and Bride had been wearing. The witness testified that several days after the murder, Sahota went to India. When she asked him if he was involved in the murder, he told her that he was only the driver and became involved because he needed the money.

[22] Both appellants testified at the trial. Khela said he was not involved in the murder. His position was that Sandoval and his gang committed the crime and fabricated the story to blame him. Sahota testified that he thought Meir and Bride were robbing a marijuana grow operation, not committing a contract killing. He admitted to giving Meir a cell phone and helping them in other ways, more or less as described by Wojciechowski.

[20] Paula Wojciechowski, la petite amie de M. Sahota à l'époque du meurtre, a également témoigné contre M. Khela. Elle a dit que M. Sahota était venu prendre une veste pare-balle et un étui d'épaule qu'il avait cachés chez elle la veille. Elle a aussi déclaré que M. Khela l'avait appelée en décembre 2002 pour lui offrir la somme de 10 000 \$ pour son logement, à condition qu'elle fasse une déclaration à son avocat. D'autres éléments de preuve, dont des relevés de téléphone cellulaire et un contrat de location de voiture, ont renforcé la thèse du ministère public concernant l'implication de M. Khela.

[21] La preuve présentée contre M. Sahota reposait principalement sur le témoignage de M^{me} Wojciechowski, selon lequel le 31 mars 2002 MM. Sahota et Bride l'ont amenée à un motel à Surrey où M. Sahota lui a demandé d'apporter dans la chambre un lourd sac contenant des objets de métal. Elle a indiqué qu'un sac trouvé sur les lieux du crime ressemblait à celui qu'elle avait vu cette journée-là. Elle a en outre déclaré que le 1^{er} avril MM. Sahota, Meir et Bride étaient venus chez elle tôt le matin. Elle a vu M. Sahota en train d'essayer de cacher une veste pare-balle, un étui d'épaule et des munitions sous son lit. Après le départ de MM. Meir et Bride, M. Sahota lui a dit qu'il les avait payés pour qu'ils fassent le travail. Plus tard dans la soirée, il a brûlé les vêtements que MM. Meir et Bride avaient portés. Le témoin a ajouté que, plusieurs jours après le meurtre, M. Sahota était allé en Inde. Lorsqu'elle lui a demandé s'il était impliqué dans le meurtre, il lui a répondu qu'il n'était que le chauffeur et que c'était parce qu'il avait besoin d'argent qu'il avait participé au crime.

[22] Les deux appelants ont témoigné au procès. M. Khela a dit ne pas avoir participé au meurtre. D'après son témoignage, M. Sandoval et son gang ont commis le crime et inventé l'histoire pour rejeter la responsabilité sur lui. M. Sahota, quant à lui, a déclaré qu'il pensait que MM. Meir et Bride commettaient un vol dans une culture de marijuana et non un meurtre commandé. Il a admis avoir remis un téléphone cellulaire à M. Meir et avoir aidé les deux appelants d'autres façons, plus ou moins comme l'a raconté M^{me} Wojciechowski.

[23] Sandoval and Stein were the subject of a *Vetrovec* warning. Their female associates and Sahota's then girlfriend, Wojciechowski, were not. In relation to Sandoval's and Stein's evidence, the trial judge instructed the jury as follows:

To this point in my summary of the evidence I have been dealing with witnesses whose credibility generally was not challenged. Some defence counsel took issue with the ability of some of these witnesses to accurately recall events and suggested that some of their trial recollections were inaccurate or unreliable. I believe I have noted those areas and leave it to you to decide the weight you wish to give that evidence. However, now I am moving to a series of witnesses whose entire testimony is in issue.

Defence says that these witness[es] are liars whose testimony cannot be believed, either because they themselves are likely suspects in the murder, or they are so closely associated with the "likely suspects" so as to render their testimony completely unreliable.

Unsavoury Witness

In respect to two of the Crown's witnesses I am going to give you a special instruction.

This instruction relates only to Mr. Sandoval and Mr. Stein. Given their admitted lifestyles and criminal background, common sense tells you that there is good reason to look at their evidence with the greatest care and caution. You should look for some confirmation of their evidence from somebody or something other than what they have to say before relying upon it in deciding whether Crown has proved its case against any accused beyond a reasonable doubt. To put it another way, it is dangerous to convict on the evidence of Sandoval or Stein unless it is confirmed or supported by other evidence.

You may find that there is some other evidence in this case that confirms or supports some parts of either Sandoval or Stein's evidence. It is for you to say whether this, or any evidence, confirms or supports their testimony and how that affects whether or how much of it you believe or rely upon in deciding this case. In this respect you should look at the evidence of the girlfriends and female associates, remembering of course the defence have labelled them as liars. Of course, you must look at all the other evidence as well

[23] MM. Sandoval et Stein ont fait l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec*, ce qui n'était pas le cas de leurs associées et de la petite amie de M. Sahota, M^{me} Wojciechowski. Voici l'exposé au jury concernant les témoignages de MM. Sandoval et Stein :

[TRADUCTION] Jusqu'à présent, mon résumé de la preuve portait sur les dépositions des témoins dont la crédibilité générale n'a pas été contestée. Des avocats de la défense ont mis en doute la capacité de certains d'entre eux de se souvenir avec exactitude des événements et ont avancé que certaines de leurs déclarations au procès n'étaient pas exactes ou fiables. Je crois les avoir notées et je vous laisse le soin de décider de l'importance à accorder à cette preuve. Maintenant, il est toutefois question des témoins dont l'ensemble de la déposition a été contestée.

Selon la défense, ces témoins sont des menteurs et on ne peut croire leurs témoignages, soit parce qu'ils sont eux-mêmes des suspects probables dans le meurtre, soit parce qu'en raison des liens étroits qu'ils ont avec les « suspects probables » leurs témoignages sont complètement indignes de foi.

Témoins douteux

Je vais vous donner des directives spéciales au sujet de deux témoins du ministère public.

Les directives qui suivent concernent uniquement MM. Sandoval et Stein. Vu leur style de vie et leurs antécédents criminels, qu'ils reconnaissent, il tombe sous le sens qu'il existe de bonnes raisons d'examiner leurs témoignages avec le plus grand soin et une extrême prudence. Vous devez chercher d'autres témoignages ou éléments de preuve qui confirment en totalité ou en partie leurs déclarations, avant de décider sur la foi de leurs dépositions si le ministère public a démontré hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'un ou l'autre des accusés. Autrement dit, il est dangereux de prononcer une condamnation sur la foi du témoignage de M. Sandoval ou de M. Stein, à moins qu'il ne soit confirmé ou étayé par d'autres éléments de preuve.

Vous conclurez peut-être qu'il existe en l'espèce d'autres preuves qui confirment ou étayent certaines parties du témoignage de M. Sandoval ou de M. Stein. Il vous appartient de dire si ces preuves, ou tout autre élément, confirment ou étayent leurs témoignages et dans quelle mesure vous ajoutez foi à leurs témoignages ou vous vous y fondez pour décider de la culpabilité ou de l'innocence des accusés. À cet égard, vous devez examiner les témoignages des petites amies et des associées, en n'oubliant pas naturellement que la défense les a

that might bear upon this aspect, including the admissions, the intercepts, the expert Mr. Hall [firearms], the testimony of the Sidhu [victim's] family, and the exhibits. [Appellant's Record, No. 31933, at pp. 1760-61]

[24] The appellants argue that the trial judge's warning about the evidence of Stein and Sandoval was insufficient because it failed to instruct the jury that to be confirmatory, evidence supporting Stein and Sandoval's testimony must be independent and material. Given the central place of this evidence in the case against them, the appellants submitted that the alleged error caused them serious prejudice.

[25] The British Columbia Court of Appeal dismissed their appeals (2007 BCCA 50, 217 C.C.C. (3d) 498). It found that in the context of the trial as a whole, the warning "conveyed the appropriate degree of caution required by the circumstances" (para. 28). Following the approach of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199, Donald J.A. held that where the issue on appeal is the adequacy of the caution, an appellate court should determine whether the warning served the purpose for which it was intended — it should not test the caution against "some pre-formulated format or prescribed terminology" (*Zebedee*, at para. 83).

[26] The Court of Appeal found that the charge in this case sufficiently explained to the jury the concepts of materiality and independence, without using those terms. By pointing the jury to areas of evidence that could potentially support the testimony of Sandoval and Stein, the trial judge made it unlikely that the jury would look for confirmation in immaterial or irrelevant evidence. The Court of Appeal noted the trial judge's reference in the *Vetrovec* warning to the defence theory that the female associates were liars. It found that this reference adequately alerted the jury to the risk of collusion and the need for independence.

qualifiées de menteuses. Bien sûr, vous devez également examiner tous les autres éléments de preuve susceptibles d'avoir une incidence sur cet aspect, dont les admissions, les interceptions, la déposition du témoin expert, M. Hall [armes à feu], le témoignage de la famille Sidhu [famille de la victime] et les pièces. [d.a., n° 31933, p. 1760-1761]

[24] Les appelants soutiennent que la mise en garde du juge du procès concernant les témoignages de MM. Stein et de Sandoval était insuffisante parce qu'elle ne précisait pas au jury que, pour être confirmative, la preuve à l'appui des témoignages devait être une preuve indépendante et substantielle. Vu le rôle central de ces témoignages dans la preuve présentée contre eux, les appelants ont fait valoir que cette erreur leur a causé un grave préjudice.

[25] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté les appels (2007 BCCA 50, 217 C.C.C. (3d) 498). Elle a conclu que, dans le contexte de l'ensemble du procès, la mise en garde [TRADUCTION] « invitait à la prudence nécessaire dans les circonstances » (par. 28). Suivant l'approche prônée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199, le juge Donald a statué que, lorsque la question en litige porte sur le caractère adéquat de la mise en garde, la cour d'appel doit déterminer si la mise en garde a atteint l'objectif recherché — elle ne devrait pas juger de sa validité en fonction [TRADUCTION] « d'un énoncé préformulé ou d'un libellé prescrit » (*Zebedee*, par. 83).

[26] La Cour d'appel a conclu qu'en l'espèce l'exposé, sans employer les termes en question, fournissait au jury des explications suffisantes quant aux notions de preuve substantielle et de preuve indépendante. En indiquant aux jurés quels éléments de la preuve pouvaient étayer les témoignages de MM. Sandoval et Stein, le juge du procès a fait en sorte qu'il était peu probable que le jury tienne compte d'éléments non substantiels ou non pertinents dans sa recherche d'une preuve confirmative. La Cour d'appel a fait remarquer que, dans sa mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès avait mentionné la thèse de la défense selon laquelle les associées mentaient. Elle a estimé que, ce faisant, le juge du procès avait adéquatement attiré l'attention du jury sur le risque de collusion et la nécessité d'une preuve indépendante.

III

[27] At issue before this Court is the amount of deference that trial judges must be shown in crafting the form and content of *Vetrovec* warnings. Counsel for the appellant Khela submits that trial judges are entitled to little discretion and urges the Court to instead adopt a mandatory formula. He contends that once a trial judge has exercised his or her discretion to give the caution, its content must necessarily include certain elements. Counsel for Sahota does not advocate the creation of a model charge but argues that in the context of this case, the trial judge's failure to instruct the jury on the issue of collusion and on the materiality requirement of confirmatory evidence was fatal.

[28] The Crown, on the other hand, submits that a jury's ability to evaluate the credibility of witnesses need not be "micro-managed" by complex, mandated instructions. Appellate courts, says the Crown, should adopt a "functional approach" whereby they only intervene when reviewing *Vetrovec* cautions if the warning has failed to serve its intended purpose to alert the jury to the danger of accepting, without more, the evidence of unsavoury witnesses.

[29] In my view, the appropriate approach to evaluating a *Vetrovec* caution lies somewhere between these opposing positions and requires us to "entrust trial judges with the flexibility of tailoring their directions to the facts of particular cases within a principled framework of appellate guidance" (Roberts and Zuckerman, at pp. 486-87).

[30] The four cases heard together on the sufficiency of *Vetrovec* warnings demonstrate the desirability of articulating a "principled framework" of this sort. But they demonstrate as well the danger

III

[27] En l'espèce, la Cour doit déterminer dans quelle mesure il faut faire preuve de déférence à l'égard des juges de première instance en ce qui concerne la forme et le contenu des mises en garde de type *Vetrovec*. L'avocat de l'appelant Khela soutient que les juges de première instance ont un pouvoir discrétionnaire limité et il invite la Cour à adopter plutôt une formule obligatoire. Il soutient qu'une fois que le juge du procès a choisi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de faire une mise en garde, certains éléments doivent nécessairement y figurer. L'avocat de M. Sahota ne prône pas la création d'un exposé type, mais il affirme que, dans le contexte de l'espèce, le fait que le juge du procès n'ait pas donné aux jurés de directives sur la question de la collusion et la nécessité qu'une preuve confirmative soit substantielle est fatal.

[28] Le ministère public, pour sa part, fait valoir qu'il ne faut pas, par des directives complexes à caractère obligatoire, « microgérer » la capacité des jurés d'évaluer la crédibilité des témoins. Selon lui, les tribunaux d'appel ayant à examiner une mise en garde de type *Vetrovec* devraient adopter une « approche fonctionnelle » selon laquelle ils n'interviendraient que dans les cas où la mise en garde n'a pas atteint l'objectif recherché, à savoir éveiller l'attention du jury sur le danger d'accepter, sans autre élément de preuve, les dépositions de témoins douteux.

[29] À mon avis, la méthode qu'il convient d'adopter pour évaluer une mise en garde de type *Vetrovec* se situe quelque part entre ces deux points de vue opposés et nous oblige à [TRADUCTION] « accorder aux juges de première instance la souplesse dont ils ont besoin pour élaborer leurs directives en fonction des circonstances et selon un cadre d'analyse raisonnée qui soit fondé sur les principes établis par les tribunaux d'appel » (Roberts et Zuckerman, p. 486-487).

[30] Les quatre affaires entendues en même temps sur la question de la suffisance des mises en garde de type *Vetrovec* montrent qu'il est souhaitable d'élaborer un tel « cadre d'analyse raisonnée ».

and ultimate futility of attempting to impose a uniform and preordained instruction for all cases, without regard to the varying circumstances of the trial. This should not prevent us, however, from reaffirming the foundational principles that should inform the content of a *Vetrovec* warning.

IV

[31] This Court, in *Vetrovec*, changed the law in relation to unsavoury witness warnings in two important ways. First, the Court held that trial judges, rather than attempting to “pigeonhole” witnesses as an “accomplices”, ought instead to consider all of the factors that might impair their credibility and decide on that basis whether a special instruction is necessary. Second, the Court relieved triers of fact from applying the technical definition of corroboration and directed them instead simply to determine whether the “evidence properly weighed overcame its suspicious roots” (*Brooks*, at para. 69). Dickson J. held that there was no magic in the word corroboration, “or indeed in any other comparable expression such as confirmation and support” (*Vetrovec*, at p. 831).

[32] Dickson J. adopted this “common sense” approach having found the law of corroboration “unduly and unnecessarily complex and technical” (p. 830). This approach, while unburdening judges and juries of the technical requirements of corroboration, was not meant to imply that any and all evidence is capable of confirming the testimony of a potentially untrustworthy witness. As Major J. noted in *Brooks*,

[t]his new approach, while a change, was not intended to prejudice the accused. It would not lessen the protection afforded the accused when faced with unsavoury witnesses. Equally, it was intended that the jury could view that evidence with more ease but not less scepticism than previously required. [para. 69]

Mais elles montrent également le danger et, en fin de compte, la futilité de tenter d'imposer, dans tous les cas, des directives uniformes et prédéterminées, sans tenir compte des circonstances variables de chaque espèce. Cela ne devrait toutefois pas nous empêcher de réaffirmer les principes fondamentaux qui devraient servir à définir le contenu d'une mise en garde de type *Vetrovec*.

IV

[31] Dans *Vetrovec*, la Cour a modifié, de deux façons importantes, le droit régissant les mises en garde concernant les témoins douteux. Premièrement, elle a statué que les juges de première instance, au lieu de tenter de « classer » les témoins dans la catégorie des « complices », devraient plutôt examiner les facteurs susceptibles de miner leur crédibilité et, sur cette base, décider si une mise en garde spéciale s'impose. Deuxièmement, elle a dispensé les juges des faits de l'obligation d'appliquer la définition formaliste de corroboration et leur a plutôt indiqué de simplement déterminer si le « témoignage, évalué de façon appropriée, surmontait ses origines suspectes » (*Brooks*, par. 69). Le juge Dickson a statué que ni le mot corroboration « ni aucun autre terme semblable, tels les mots confirmation ou appui, n'est magique » (*Vetrovec*, p. 831).

[32] Le juge Dickson a adopté cette approche fondée sur le « bon sens » après avoir conclu que le droit relatif à la corroboration est « inutilement et indûment complexe et formaliste » (p. 830). Cette approche a pour effet de libérer les juges et les jurés des exigences formalistes en matière de corroboration, mais elle n'implique pas pour autant que n'importe quel type de preuve permet de confirmer la déposition d'un témoin qui pourrait être indigne de foi. Comme le juge Major l'a fait remarquer dans *Brooks* :

Même si elle constituait un changement, cette nouvelle approche ne visait pas à porter préjudice à l'accusé. Elle ne diminuerait pas la protection dont il bénéficiait lorsqu'il était confronté à des témoins douteux. On voulait également que le jury puisse examiner cet élément de preuve plus facilement, mais avec autant de scepticisme qu'auparavant. [par. 69]

[33] The relaxation of the corroboration rules in *Vetrovec* was not a signal that juries should be set “loose upon the evidence without any assisting analysis as to whether or not a prudent finder of fact can find confirmation somewhere in the mass of evidence” (*Vetrovec*, at p. 831). The trial judge retains the role of providing the jury with “the proper framework within which that credibility can be evaluated” (*Brooks*, at para. 130, *per* Binnie J.).

[34] Since *Vetrovec*, this Court and several appellate courts have provided guidance on the appropriate form and content of the “clear, sharp warning”. In *Brooks*, Justice Major wrote (at para. 94) that while no particular language is required, “[a]t a minimum”, the caution must

focus the jury’s attention specifically on the inherently unreliable evidence. It should refer to the characteristics of the witness that bring the credibility of his or her evidence into serious question. It should plainly emphasize the dangers inherent in convicting an accused on the basis of such evidence unless confirmed by independent evidence.

[35] Speaking for himself and Justices Iacobucci and Arbour, Major J. also cited with approval (at para. 79) this passage from a commentary by Marc Rosenberg (now Rosenberg J.A.) on *Vetrovec* and its progeny:

The judge should first in an objective way determine whether there is a reason to suspect the credibility of the witness according to the traditional means by which such determinations are made. This would include a review of the evidence to determine whether there are factors which have properly led the courts to be wary of accepting a witness’s evidence. Factors might include involvement in criminal activities, a motive to lie by reason of connection to the crime or to the authorities, unexplained delay in coming forward with the story, providing different accounts on other occasions, lies told under oath, and similar considerations. It is not then whether the trial judge personally finds the witness trustworthy but whether there are factors which experience teaches that the witness’s story be approached with caution. Second, the trial judge must assess the importance of the witness to the Crown’s case. If the witness plays a relatively minor role in the proof of guilt it is probably unnecessary to burden the jury with a special

[33] L’assouplissement des règles relatives à la corroboration dans *Vetrovec* ne signifiait pas qu’on laissait le jury « complètement à lui-même, quant à la preuve, sans l’aider à déterminer si un juge des faits prudent peut trouver confirmation quelque part dans l’ensemble des preuves » (*Vetrovec*, p. 831). Il appartient toujours au juge du procès de fournir au jury « le cadre approprié à l’intérieur duquel cette crédibilité peut être appréciée » (*Brooks*, par. 130, le juge Binnie).

[34] Depuis *Vetrovec*, la Cour et plusieurs autres tribunaux d’appel ont donné des précisions quant à la forme et au contenu d’une « mise en garde claire et précise ». Dans *Brooks*, le juge Major écrit que, bien qu’il n’existe aucun langage particulier à cet égard, la mise en garde doit « à tout le moins »

attirer l’attention du jury expressément sur la preuve intrinsèquement peu fiable. Elle devrait renvoyer aux traits du témoin qui soulèvent des doutes sérieux quant à la crédibilité de sa déposition. Elle devrait souligner clairement les dangers qu’il y a à déclarer un accusé coupable sur la foi d’un tel témoignage, à moins que ce témoignage ne soit confirmé par une preuve indépendante. [par. 94]

[35] En son nom et en celui des juges Iacobucci et Arbour, le juge Major a également cité en l’approuvant l’extrait suivant des commentaires de Marc Rosenberg (maintenant juge d’appel Rosenberg) concernant *Vetrovec* et les arrêts qui l’ont suivi :

[TRADUCTION] En premier lieu, le juge doit décider, de manière objective et en recourant aux moyens classiques de le faire, s’il y a une raison de douter de la crédibilité du témoin. Cela implique un examen de la preuve en vue de déterminer s’il y a des facteurs qui ont, à juste titre, amené les tribunaux à hésiter à accepter la déposition d’un témoin. Ces facteurs pourraient comprendre la participation à des activités criminelles, l’existence d’un motif de mentir en raison d’un lien avec le crime ou les autorités, le retard inexpliqué mis pour venir présenter sa version des faits, la présentation de versions différentes à d’autres occasions, les déclarations mensongères sous serment et d’autres considérations semblables. Il s’agit donc non pas de savoir si le juge du procès estime personnellement que le témoin est digne de foi, mais plutôt de savoir s’il existe des facteurs qui, d’après ce que l’expérience enseigne, exigent d’aborder avec circonspection le récit du témoin. En second lieu, le juge du procès doit évaluer l’importance que revêt le témoin pour la preuve

caution and then review the confirmatory evidence. However, the more important the witness the greater the duty on the judge to give the caution. At some point, as where the witness plays a central role in the proof of guilt, the warning is mandatory. This, in my view, flows from the duty imposed on the trial judge in criminal cases to review the evidence and relate the evidence to the issues.

(“Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules” (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, at p. 463)

[36] Though he arrived at a different result, Binnie J. agreed in *Brooks* (at para. 130) that what matters, in determining the need for a clear and sharp warning, is not the judge’s personal opinion as to the trustworthiness of the witness, but whether there are factors which experience shows us as requiring “that the witness’s story be approached with caution”.

[37] In *Sauvé*, at para. 82, the Ontario Court of Appeal set out a principled framework that will assist trial judges in constructing *Vetrovec* warnings appropriate to the circumstances of each case. That proposed framework, which I adopt and amplify here, is composed of four main foundation elements: (1) drawing the attention of the jury to the testimonial evidence requiring special scrutiny; (2) explaining *why* this evidence is subject to special scrutiny; (3) cautioning the jury that it is dangerous to convict on unconfirmed evidence of this sort, though the jury is entitled to do so if satisfied that the evidence is true; and (4) that the jury, in determining the veracity of the suspect evidence, should look for evidence from another source tending to show that the untrustworthy witness is telling the truth as to the guilt of the accused (*R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328, at paras. 17-19).

[38] While this summary should not be applied in a rigid and formulaic fashion, it accurately captures

du ministère public. Si le témoin joue un rôle relativement mineur dans l’établissement de la culpabilité, il ne sera probablement pas nécessaire de faire une mise en garde particulière au jury et d’examiner ensuite la déposition corroborante. Cependant, plus le témoin est important, plus le juge du procès est tenu de faire la mise en garde. À un certain point, comme dans le cas où le témoin joue un rôle central dans l’établissement de la culpabilité, la mise en garde est obligatoire. Je suis d’avis que cela découle de l’obligation qui incombe au juge, dans un procès criminel, d’examiner les éléments de preuve et de les rattacher aux questions en litige. [par. 79]

(« Developments in the Law of Evidence : The 1992-93 Term — Applying the Rules » (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, p. 463)

[36] Bien qu’il soit arrivé à une conclusion différente, le juge Binnie a convenu dans *Brooks*, par. 130, que ce qui importe pour déterminer si une mise en garde claire et précise s’impose, c’est non pas de savoir si le juge du procès estime personnellement que le témoin est digne de foi, mais plutôt de savoir s’il existe des facteurs qui, d’après ce que l’expérience enseigne, exigent « d’aborder avec circonspection le récit du témoin ».

[37] Dans *Sauvé*, par. 82, la Cour d’appel de l’Ontario a établi un cadre d’analyse raisonnée qui aidera les juges de première instance à construire des mises en garde de type *Vetrovec* qui soient adaptées aux circonstances de l’espèce. Le cadre proposé, que j’adopte et développe ici, comporte quatre éléments fondamentaux : (1) attirer l’attention du jury sur le témoignage qui nécessite un examen particulièrement rigoureux; (2) expliquer *pourquoi* ce témoignage doit être examiné de façon particulièrement rigoureuse; (3) prévenir le jury du danger de prononcer une condamnation sur la foi d’un témoignage non confirmé de ce genre, le jury étant toutefois en droit de le faire s’il est convaincu de la véracité du témoignage en cause; (4) indiquer au jury que, pour déterminer si le récit suspect est véridique, il doit chercher, à partir d’autres sources, des preuves tendant à établir que le témoin douteux dit la vérité quant à la culpabilité de l’accusé (*R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328, par. 17-19).

[38] Certes, il ne faut pas appliquer de manière rigide et comme s’il s’agissait d’une formule toute

the elements that should guide trial judges in crafting their instructions on potentially untrustworthy witnesses. The fourth component, of particular interest on this appeal, provides guidance on the kind of evidence that is capable of confirming the suspect testimony of an impugned witness.

[39] Common sense dictates that not all evidence presented at trial is capable of confirming the testimony of an impugned witness. The attribute of independence defines the kind of evidence that can provide comfort to the trier of fact that the witness is telling the truth. Where evidence is “tainted” by connection to the *Vetrovec* witness it can not serve to confirm his or her testimony (N. Harris, “*Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence: A Necessarily Complex Relationship” (2005), 31 C.R. (6th) 216, at p. 225; *R. v. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53, at para. 61).

[40] Materiality is a more difficult concept. In *Vetrovec*, the Court did away with the requirement that corroborating evidence implicate the accused. As Dickson J. noted, such evidence is not the only type capable of convincing a jury that a witness is telling the truth. In *Kehler*, the Court confirmed that evidence, to be considered confirmatory, does not have to implicate the accused. We maintain that position here.

[41] Individual items of confirmatory evidence need not implicate the accused. As Dickson J. explained in *Vetrovec*:

The reason for requiring corroboration is that we believe the witness has good reason to lie. We therefore want some other piece of evidence which tends to convince us that he is telling the truth. Evidence which implicates the accused does indeed serve to accomplish that purpose but it cannot be said that this is the only sort of evidence which will accredit the accomplice. [p. 826]

faite la méthode d’analyse résumée ci-dessus, mais ce court exposé traduit exactement les éléments devant guider les juges de première instance dans l’élaboration de leurs directives concernant les témoins qui peuvent être indignes de foi. Le quatrième élément, qui revêt une importance particulière en l’espèce, donne des indications quant au type de preuve permettant de confirmer la déposition suspecte d’un témoin dont la crédibilité est contestée.

[39] Il va de soi que les éléments de preuve présentés au procès ne sont pas tous de nature à confirmer les déclarations d’un témoin dont la crédibilité est contestée. C’est le caractère indépendant de la preuve qui conforte le juge des faits dans son opinion que le témoin dit la vérité. La preuve « viciée » en raison d’un lien avec le témoin visé par *Vetrovec* ne peut servir à confirmer son témoignage (N. Harris, « *Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence : A Necessarily Complex Relationship » (2005), 31 C.R. (6th) 216, p. 225; *R. c. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53, p. 61).

[40] Le caractère substantiel d’une preuve est un concept plus complexe. Dans *Vetrovec*, la Cour a supprimé l’exigence qu’une preuve corroborante implique l’accusé. Comme le juge Dickson l’a fait remarquer, d’autres types de preuve peuvent également convaincre un jury qu’un témoin dit la vérité. Dans *Kehler*, la Cour a confirmé qu’il n’est pas nécessaire qu’une preuve implique l’accusé pour être confirmative. La position de la Cour demeure inchangée à cet égard.

[41] Il n’est pas nécessaire que chacun des éléments de la preuve confirmative implique l’accusé. Comme le juge Dickson l’a expliqué dans *Vetrovec* :

On exige la corroboration parce qu’on croit que le témoin a de bons motifs de mentir. On cherche donc d’autres éléments de preuve qui tendent à nous convaincre qu’il dit la vérité. Des éléments de preuve qui impliquent l’accusé servent effectivement à atteindre ce but, mais on ne peut pas dire que ce soit le seul genre de preuve qui puisse accorder du crédit au complice. [p. 826]

[42] However, when looked at in the context of the case as a whole, the items of confirmatory evidence should give comfort to the jury that the witness can be trusted in his or her assertion that the accused is the person who committed the offence. Again in *Vetrovec*, Dickson J. thus noted, with respect to evidence capable of being confirmatory:

All of this incriminating evidence, when considered together, strongly strengthens the belief that Langvand was telling the truth regarding the participation of Vetrovec and Gaja. It rebuts any suggestion that he is falsely implicating innocent individuals. [Emphasis added; p. 833.]

[43] This passage was cited with approval in this Court's unanimous judgment in *Kehler*, where the Court concluded that confirmatory evidence must be capable of restoring the trier's faith in *relevant* aspects of the witness's account (para. 15). As a matter of logic, where the only issue in dispute is whether the accused committed the offence, the trier of fact must be comforted that the impugned witness is telling the truth *in that regard* before convicting on the strength of that witness's testimony.

V

[44] I agree with the Ontario Court of Appeal in *Sauvé* that a *Vetrovec* warning should address, in terms appropriate to the circumstances of each case, the four elements outlined above. Where the caution has these characteristics, an appellate court, in the absence of some other flaw in the instructions, will generally be expected to find the caution adequate. I emphasize, however, that failure to include any of the components in the terms outlined above may not prove fatal where, as in this case, the judge's charge read as a whole otherwise serves the purposes of a *Vetrovec* warning.

[45] As the Ontario Court of Appeal found in *Zebedee*, "*Vetrovec* was like a breath of fresh air.

[42] Toutefois, considérés dans une perspective d'ensemble, les éléments de la preuve confirmative devraient conforter le jury dans son opinion que les déclarations du témoin selon lesquelles l'accusé a commis l'infraction sont dignes de foi. Toujours dans *Vetrovec*, le juge Dickson a ainsi fait la remarque suivante au sujet de la preuve permettant de confirmer :

Toute cette preuve incriminante, prise dans son ensemble, renforce grandement la conviction que Langvand dit la vérité à propos de la participation de Vetrovec et de Gaja au complot. La preuve écarte tout doute que Langvand puisse impliquer faussement des innocents. [Je souligne; p. 833.]

[43] La Cour cite en l'approuvant ce passage dans l'arrêt unanime *Kehler*, où la Cour conclut qu'une preuve confirmative doit permettre de rétablir la confiance du juge des faits à l'égard des aspects *pertinents* du récit du témoin (par. 15). Logiquement, lorsque l'unique question en litige est de savoir si l'accusé a commis l'infraction, le juge des faits doit être conforté dans son opinion que le témoin, dont la crédibilité est contestée, dit la vérité *à cet égard*, avant de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi de la solidité de la déposition du témoin en question.

V

[44] Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Sauvé* selon laquelle une mise en garde de type *Vetrovec* devrait prendre en compte, de manière appropriée selon les circonstances de l'affaire, les quatre éléments exposés ci-dessus. Lorsque la mise en garde possède ces caractéristiques, un tribunal d'appel doit généralement conclure, si ailleurs l'exposé au jury ne présente pas de déficiences, que la mise en garde est adéquate. Je tiens à souligner toutefois que le fait de ne pas inclure ces éléments ne sera pas nécessairement fatal dans les cas où, comme en l'espèce, les directives du juge, prises dans leur ensemble, servent les fins d'une mise en garde de type *Vetrovec*.

[45] Comme l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario dans *Zebedee*, [TRADUCTION] « *Vetrovec* a eu

It put a premium on common sense and it recognized that juries were intelligent and they could be trusted to do the right thing. . . . Elaborate instruction, the Court said, was not needed” (para. 81). No benefit comes from a return to the overly rigid pre-*Vetrovec* era.

[46] That said, the absence or presence of confirmatory evidence plays a key role in determining whether it is safe to rely on the testimony of an impugned witness (Harris, at p. 222). Accordingly, the instruction to the jury must make clear the type of evidence capable of offering support. It is not sufficient to simply tell the jury to look for whatever it feels confirms the truth of a witness’s testimony (see *R. v. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333 (Ont. C.A.), at para. 34).

[47] It is not “overly formalistic” to ensure that triers of fact attain the appropriate level of comfort before convicting an accused on the basis of what has for centuries been considered unreliable evidence. A truly functional approach must take into account the dual purpose of the *Vetrovec* warning: first, to alert the jury to the danger of relying on the unsupported evidence of unsavoury witnesses and to explain the reasons for special scrutiny of their testimony; and second, in appropriate cases, to give the jury the tools necessary to identify evidence capable of enhancing the trustworthiness of those witnesses.

[48] Acknowledging this second function of the caution does not represent a departure from the Court’s judgment in *Vetrovec*. Dickson J. recognized that in some circumstances, particularly in lengthy trials, there is a “need for helpful direction on the question of sifting the evidence where guilt or innocence might, and probably will turn on the acceptance or rejection, belief or disbelief, of the evidence of one or more witnesses” (pp. 831-32).

l’effet d’un vent de fraîcheur. Cet arrêt privilégie le bon sens et reconnaît que les jurés sont intelligents et qu’on peut compter sur eux pour agir sagement. [. . .] Selon la Cour, il n’est pas nécessaire qu’un exposé soit détaillé » (par. 81). Il n’y a aucun avantage à revenir sur l’approche trop rigide prônée avant l’arrêt *Vetrovec*.

[46] Cela dit, l’absence ou la présence d’une preuve confirmative joue un rôle essentiel pour déterminer si on peut sans risque se fier à la déposition d’un témoin dont la crédibilité est contestée (Harris, p. 222). L’exposé au jury doit donc clairement indiquer quel type de preuve peut avoir valeur confirmative. Il ne suffit pas de simplement dire aux jurés de chercher ce qui à leurs yeux confirme la véracité d’un témoignage (voir *R. c. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333 (C.A. Ont.), par. 34).

[47] Il n’est pas « trop formaliste » de veiller à ce que les juges des faits soient suffisamment confortés dans leur opinion avant de condamner un accusé sur la foi de ce qui est considéré depuis des siècles comme une preuve non fiable. Une approche véritablement fonctionnelle doit prendre en compte le double objectif de la mise en garde de type *Vetrovec* : premièrement, éveiller l’attention du jury sur le danger de se fonder sur les dépositions de témoins douteux en l’absence de toute confirmation et expliquer pourquoi elles doivent être examinées de façon particulièrement rigoureuse; deuxièmement, si les circonstances le justifient, fournir aux jurés les outils nécessaires pour déterminer les éléments de preuve pouvant renforcer la crédibilité de ces témoins.

[48] En reconnaissant ce deuxième objectif, on ne s’écarte pas de l’arrêt *Vetrovec*. Le juge Dickson reconnaît qu’il arrive parfois, surtout dans les très longs procès, « qu’il soit nécessaire d’aider le jury, par des directives, à passer la preuve au crible si la déclaration de culpabilité ou l’acquittement peuvent dépendre et dépendront tout probablement de l’acceptation ou du rejet de la déposition d’un ou de plusieurs témoins ou encore du fait d’y ajouter foi ou de ne point la croire » (p. 831-832).

VI

[49] While the obligation to ensure that juries are properly instructed clearly falls to the trial judge, counsel should not abdicate their duty of assisting the court. As Bastarache J. recently explained in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523:

... it is expected of counsel that they will assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge's instructions to the jury. While not decisive, failure of counsel to object is a factor in appellate review. The failure to register a complaint about the aspect of the charge that later becomes the ground for the appeal may be indicative of the seriousness of the alleged violation. [para. 58]

In this light, I note without more that counsel did not object to the judge's charge in this case.

[50] Before leaving this subject, I think it important to reiterate that counsel have a responsibility in summing up for the jury to address the issue of unsavoury witnesses and the presence or absence of confirmatory evidence. The Crown should direct the jury's attention to evidence that tends to reinforce the credibility of the tainted witness; defence counsel, to avoid any apprehended misunderstanding in this regard, should identify for the jury's benefit evidence that cannot be considered confirmatory at all. In addition, it may be helpful to assist the trial judge in crafting an appropriate *Vetrovec* warning by way of a pre-charge conference.

VII

[51] With respect, I would not characterize the trial judge's *Vetrovec* caution as a model to be followed in other cases. In my view, however, it adequately conveyed to the jury the degree of special scrutiny to be applied in weighing the testimony of Sandoval and Stein.

[52] In the context of this case, where allegations of corroboration and collusion between the impugned witnesses and others were made, the

VI

[49] Certes, il incombe au juge du procès de veiller à ce que les jurés reçoivent des directives adéquates, mais les avocats ne devraient pas abdiquer leur responsabilité d'assister le tribunal. Comme le juge Bastarache l'a récemment expliqué dans *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523 :

... on attend des avocats qu'ils assistent le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu'ils estiment problématiques. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'omission d'un avocat de formuler une objection est prise en compte en appel. L'absence de plainte contre l'aspect de l'exposé invoqué plus tard comme moyen d'appel peut être significative quant à la gravité de l'irrégularité reprochée. [par. 58]

À cet égard, je constate, sans plus, qu'aucune objection n'a été formulée à l'encontre de l'exposé fait au jury en l'espèce.

[50] Avant de clore le sujet, j'estime important de rappeler que les avocats ont la responsabilité de traiter dans leur résumé à l'intention des jurés de la question des témoins douteux et de la présence ou de l'absence de preuve confirmative. Le ministère public devrait attirer l'attention du jury sur la preuve qui tend à renforcer la crédibilité du témoin taré; quant à l'avocat de la défense, il devrait, pour éviter tout malentendu appréhendé à cet égard, indiquer au jury les éléments de preuve qui n'ont aucune valeur confirmative. Il peut en outre être utile d'aider le juge du procès à formuler une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée dans le cadre d'une conférence préalable à l'exposé.

VII

[51] Avec égards, je ne qualifierais pas de modèle à suivre dans d'autres affaires la mise en garde de type *Vetrovec* du juge du procès. Elle a toutefois, à mon avis, adéquatement renseigné le jury sur la nécessité de soumettre les témoignages de MM. Sandoval et Stein à un examen particulièrement rigoureux.

[52] Dans le contexte de l'espèce, où il y avait allégations de corroboration et de collusion entre les témoins dont la crédibilité était contestée et

trial judge's warning should have better explained the need for confirmatory evidence to be independent and relate to an important and relevant aspect of the impugned testimony. However, any deficiencies in the *Vetrovec* caution itself were compensated for in other portions of the charge. Read as a whole, and in the context of the trial, I am satisfied that the charge to the jury was adequate.

[53] The difficulty with the warning was not the absence of the words “independent” and “material”, but rather its failure to clearly convey to the jury the message that not all evidence is capable of providing a level of comfort or confidence required for conviction. The trial judge simply directed the jury to look for “some confirmation of their evidence from somebody or something other than what they have to say”.

[54] An instruction on independence was particularly important in this case because of the allegations by the defence of collusion between Stein, Sandoval and their female companions. The judge did remind the jury of the defence position that the girlfriends were “liars”. He ought to have explicitly told the jurors as well that if they doubted the credibility of the women, they should be wary about relying on their evidence as support for the testimony of Stein and Sandoval.

[55] As mentioned earlier, however, I am satisfied that the shortcomings in the *Vetrovec* warning itself were compensated for in other parts of the charge. The trial judge repeatedly alerted the jury to the possibility of collusion and the motive that Stein and Sandoval had to lie. For example, the trial judge, in reviewing the evidence of the impugned female witnesses, reminded the jury of the defence position that they had collaborated with Stein and Sandoval in concocting their stories. The trial judge also reminded the jury of Sandoval's admission that the police had, early in the investigation, “leaned

d'autres personnes, le juge du procès aurait dû, dans sa mise en garde, mieux expliquer la nécessité d'une preuve confirmative indépendante se rapportant à un aspect important et pertinent du témoignage suspect. Toutefois, les autres passages de l'exposé au jury compensaient les lacunes que pouvait comporter la mise en garde de type *Vetrovec* elle-même. Je suis convaincu que, pris dans son ensemble et dans le contexte du procès, l'exposé au jury était adéquat.

[53] La difficulté que posait la mise en garde tenait non pas à l'absence des termes « preuve indépendante » et « preuve substantielle », mais plutôt au fait qu'elle ne communiquait pas clairement aux jurés le message que les éléments de preuve ne sont pas tous de nature à permettre d'atteindre le degré de confort ou de confiance requis pour justifier une déclaration de culpabilité. Le juge du procès a simplement ordonné au jury de chercher [TRADUCTION] « d'autres témoignages ou éléments de preuve qui confirment en totalité ou en partie leurs déclarations ».

[54] En l'espèce, il était particulièrement important que les directives traitent du caractère indépendant de la preuve confirmative, car la défense a allégué qu'il y a eu collusion entre MM. Stein et Sandoval et leurs compagnes. Le juge a rappelé aux jurés que, selon la défense, ces dernières étaient des « menteuses ». Il aurait également dû leur dire de façon explicite qu'en cas de doute sur leur crédibilité, ils devaient se garder de s'appuyer sur leurs témoignages pour ajouter foi à ceux de MM. Stein et Sandoval.

[55] Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, je suis convaincu que les autres passages de l'exposé au jury compensaient les imperfections que pouvait comporter la mise en garde de type *Vetrovec* elle-même. Le juge du procès a, à maintes reprises, attiré l'attention du jury sur la possibilité qu'il y ait eu collusion et les raisons qu'avaient MM. Stein et Sandoval de mentir. Par exemple, lorsqu'il a récapitulé les témoignages des deux femmes dont la crédibilité était attaquée, le juge du procès a rappelé aux jurés que, selon la défense, elles avaient concocté leurs récits de concert avec MM. Stein

on him” and accused him of “‘masterminding’ the murder”. Accordingly, the judge told the jury that it had been suggested that Sandoval lied “to take the heat off himself and accuse Khela and company”.

[56] In reading the charge as a whole, I am persuaded the substance of a proper *Vetrovec* caution was communicated adequately, albeit imperfectly, to the jurors. They were told the danger of relying on the unsupported evidence of Stein and Sandoval and directed to the types of evidence in which they might find confirmation of that evidence. Accordingly, I would dismiss the appeal on this ground.

VIII

[57] The appellants raise a second and subsidiary ground of appeal. They argue that the trial judge erred in instructing the jury that it could only draw inferences from defence evidence based on proven facts, pointing to the following passage from the judge’s charge:

So as you can see you must be careful when dealing with circumstantial evidence because of the possibilities of error. Before basing a verdict of guilty on circumstantial evidence, you must be satisfied beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused is the only reasonable inference to be drawn from the proven facts.

I go on at page 19 [of the written charge] and say I caution you that an inference is a much stronger kind of belief than conjecture or speculation.

If there are no proven facts from which an inference can be logically drawn, it is impossible to draw an inference. At best you would be speculating or guessing and that is not good enough. An accused must not be convicted on a guess, no matter how shrewd that guess may be. Now, that applies equally to the Crown and the defence in terms of the evidence that I will be referring to later. So remember that instruction particularly. [Appellant’s Record, No. 31933, at pp. 1728-29]

et Sandoval. Il leur a également rappelé que M. Sandoval avait admis qu’au début de l’enquête les policiers s’étaient [TRADUCTION] « penchés sur son cas » et l’avaient accusé d’avoir « “orchestré” le meurtre ». Le juge a en conséquence dit au jury qu’on avait laissé entendre que M. Sandoval avait menti [TRADUCTION] « pour se défilier et accuser M. Khela et les autres ».

[56] Après lecture de l’ensemble de l’exposé, je suis persuadé que les jurés ont reçu, pour l’essentiel, une mise en garde de type *Vetrovec* qui, sans être parfaite, était adéquate. Ils ont été informés du danger de s’appuyer sur les témoignages non étayés de MM. Stein et Sandoval et du genre de preuve susceptible de confirmer ces témoignages. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi sur ce point.

VIII

[57] Les appelants soulèvent de façon subsidiaire un second moyen d’appel. Ils soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en informant le jury qu’il ne pouvait tirer des inférences qu’à partir de la preuve de la défense fondée sur des faits établis. À cet égard, ils signalent les passages suivants de l’exposé du juge :

[TRADUCTION] Ainsi, comme vous pouvez le constater, vous devez être prudents dans l’examen de la preuve circonstancielle en raison des possibilités d’erreur. Avant de vous fonder sur une telle preuve pour prononcer un verdict de culpabilité, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion raisonnable à tirer des faits établis est la culpabilité de l’accusé.

Je poursuis à la page 19 [de l’exposé écrit] et je vous préviens qu’une inférence est une croyance beaucoup plus forte qu’une conjecture ou hypothèse.

En l’absence de faits établis permettant de tirer logiquement des inférences, il n’est pas possible de déduire des conclusions. Au mieux, vous feriez des conjectures ou des suppositions et cela ne suffit pas. Un accusé ne saurait être reconnu coupable sur la foi d’une supposition, si judicieuse soit-elle. Maintenant, mes propos s’appliquent tout autant au ministère public qu’à la défense en ce qui concerne les éléments de preuve dont je parlerai plus tard. Veuillez tout particulièrement garder à l’esprit cette directive. [d.a., n° 31933, p. 1728-1729]

In relation to the Crown's position on Meir's defence (that he went to the Sidhu residence thinking he was on a "grow rip" and did not know about the murder until the last moment), the judge told the jury:

The Crown suggests that you can easily discard that argument by looking at all of the evidence implicating Meir, and in this respect the Crown probably relies on my instruction about drawing an inference. You have to draw an inference on proven facts. You cannot draw it on speculation. [Appellant's Record, No. 31933, at p. 1735]

[58] In my view, the trial judge's instructions were incorrect to the extent they required the defence to "prove" certain facts in order for the jury to draw an inference of innocence from them.

[59] Nonetheless, in the context of the charge as a whole, the trial judge's comments in regard to circumstantial evidence and proven facts cannot reasonably be thought to have affected the verdict. Accordingly, I agree with the Court of Appeal that this is an appropriate case in which to apply the curative proviso pursuant to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[60] The error was contained in two passages of the charge, neither of which was given to the jury in written form. The repetition of the inference instruction was made in the context of discussing Meir, not the appellants, and there was no objection made at trial by any of the three defence counsel.

[61] Moreover, the charge to the jury made clear that the accused were under no obligation to prove anything and that if the jury was left with a reasonable doubt as to their guilt by any of the evidence, it must acquit. In his instructions on reasonable doubt and the presumption of innocence, the trial judge instructed the jury that "[a]n accused does not have to prove that he is innocent. . . . An accused does not have to prove anything" (Appellant's Record, No. 31933, at p. 1721). The trial judge also gave an appropriate "*W. (D.)*" warning and told the jury

En ce qui concerne la position du ministère public quant à la défense que M. Meir a présentée (à savoir qu'il s'est rendu chez les Sidhu en pensant qu'il allait participer à un vol de « culture de marijuana » et que c'est seulement au dernier moment qu'il a su qu'il s'agissait d'un meurtre) :

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que vous pouvez aisément écarter cet argument en examinant l'ensemble de la preuve impliquant M. Meir et à cet égard il s'appuie probablement sur les directives que je vous ai données au sujet des inférences qu'il est permis de tirer. Une inférence doit s'appuyer sur des faits établis. Vous ne pouvez tirer une inférence à partir d'une hypothèse. [d.a., n° 31933, p. 1735]

[58] L'exposé du juge du procès est selon moi incorrect dans la mesure où il exige que la défense « prouve » certains faits si le jury doit inférer de ceux-ci l'innocence.

[59] Toutefois, d'après l'ensemble de son exposé, on ne saurait raisonnablement conclure que les remarques du juge du procès au sujet de la preuve circonstancielle et des faits établis ont influé sur le verdict. Je conviens donc avec la Cour d'appel qu'il y a lieu en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[60] L'erreur se trouvait dans deux passages de l'exposé, mais ni l'un ni l'autre n'ont été présentés par écrit aux jurés. C'est à l'égard du témoignage de M. Meir et non celui des appelants que le juge du procès est revenu sur la question des inférences et, au procès, aucun des trois avocats de la défense n'a soulevé d'objection.

[61] De plus, il ressort clairement de l'exposé au jury qu'aucune preuve n'était exigée des accusés et que le jury devait prononcer un verdict d'acquiescement si la preuve soulevait un doute raisonnable quant à leur culpabilité. Dans ses directives portant sur le doute raisonnable et la présomption d'innocence, le juge du procès a dit au jury qu'[TRADUCTION] « [u]n accusé n'a pas à prouver son innocence. [. . .] Un accusé n'a rien à prouver » (d.a., n° 31933, p. 1721). Le juge du procès a également fait une mise en garde de type « *W. (D.)* » et

that even if they did not believe the testimony of the accused they still must acquit if they were left with a reasonable doubt by it, or by the evidence as a whole.

[62] In the same vein, when the trial judge reminded the jury that defence counsel suggested it was Sandoval and his gang who were responsible for the murder, he specifically instructed the jury that the defence was not obliged to prove this assertion (Appellant's Record, No. 31933, at p. 1761). Moreover, both Khela and Sahota testified and gave direct evidence that they were not involved in the murder. Accordingly, their defences did not rely primarily on the jury drawing exculpatory inferences from other facts, "proven" or not.

[63] In short, I am satisfied that there is no reasonable possibility that it would have made any difference to the ultimate verdict if the impugned comments had not been made.

IX

[64] For all of these reasons, I would dismiss both appeals. This result is alone sufficient to refute Justice Deschamps's assertion that the framework I have proposed for the assistance of trial judges amounts to the imposition of mandatory, technical requirements. With respect, my reasons simply do not bear the interpretation imputed to them by my colleague.

The following are the reasons delivered by

[65] DESCHAMPS J. — The law of evidence needs more common sense, not a new technical rule. My colleague Fish J., writing for the majority, believes that there is a middle position between micro-management and functional analysis by courts of appeals of warnings given to jurors as to the reliability of unsavoury witnesses' testimony (para. 29). I disagree.

[66] The majority's opinion is part of an incremental return to the formalism of *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.C.A.). In the judgment

indiqué aux jurés que même s'ils ne croyaient pas l'accusé, ils devaient l'acquitter si son témoignage ou la preuve prise dans son ensemble suscitait un doute raisonnable.

[62] Dans le même ordre d'idées, lorsque le juge du procès a rappelé aux jurés que l'avocat de la défense avait avancé que M. Sandoval et son gang étaient responsables du meurtre, il leur a indiqué spécifiquement que la défense n'était pas obligée d'étayer cette thèse par des preuves (d.a., n° 31933, p. 1761). De plus, MM. Khela et Sahota ont témoigné qu'ils n'avaient pas participé au meurtre et ont présenté une preuve directe à cet égard. Leurs défenses ne reposaient donc pas essentiellement sur le fait que le jury doit tirer des inférences disculpatoires à partir d'autres faits, « établis » ou non.

[63] En bref, je suis convaincu qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas fait les remarques contestées.

IX

[64] Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter les deux pourvois. Ce résultat suffit à lui seul pour réfuter l'affirmation de la juge Deschamps selon laquelle le cadre que j'ai proposé pour aider les juges de première instance équivaut à l'imposition d'exigences formalistes à caractère obligatoire. Soit dit avec égards, mes motifs n'ont pas la même signification que leur donne ma collègue.

Version française des motifs rendus par

[65] LA JUGE DESCHAMPS — Le droit de la preuve a besoin d'une dose de bon sens, pas d'une nouvelle règle technique. Mon collègue le juge Fish, au nom de la majorité, affirme qu'en matière de fiabilité des dépositions de témoins douteux il existe une position intermédiaire entre la microgestion et l'approche fonctionnelle appliquée par les cours d'appel aux mises en garde données aux jurés (par. 29). Je ne suis pas de cet avis.

[66] L'opinion des juges majoritaires représente un retour progressif au formalisme de *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.C.A.). Dans le

appealed from in the instant case, Donald J.A. correctly pointed out (at para. 20) that *R. v. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333 (Ont. C.A.), is symptomatic of this phenomenon. I would add that *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (Ont. C.A.), a case heavily relied on by the majority, is part of the same trend.

[67] The Ontario Court of Appeal, correctly in my view, rejected the straitjacket of *Chenier*, and more particularly of *Sauvé*, in *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199. In that case, Moldaver and LaForme J.J.A. noted the legacy of flexibility of *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811:

For trial judges of that era who faced the daunting task of crafting instructions that did not run afoul of the inflexible rules then in force, *Vetrovec* was like a breath of fresh air. It put a premium on common sense and it recognized that juries were intelligent and they could be trusted to do the right thing. [para. 81]

The majority is taking the wind out of *Vetrovec*'s sails by imposing requirements regarding the content of warnings given to jurors. I take specific issue with the requirement that jurors be told to look for "material" and "independent" corroboration of an unsavoury witness's testimony. While superficially attractive, such criteria detract from what jurors should really be doing: assessing the witness's credibility in a rational and flexible manner.

[68] While I agree with the majority's disposition of this appeal, for the reasons that follow I believe that a functional approach to *Vetrovec* warnings is preferable and that this Court should preserve the legacy of that case and of *Zebedee*.

1. Rule in *Vetrovec*

1.1 *Background to Vetrovec*

[69] Historically, the common law of criminal evidence was full of complex technical rules. At one time, a rule of practice required judges to instruct

judgement port  en appel en l'espèce, par. 20, le juge Donald a souligné   juste titre que *R. c. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333 (C.A. Ont.), est symptomatique de ce phénomène. J'ajouterais que *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Ont.), amplement cité par la majorité, fait partie de la même tendance.

[67] à mon avis, dans *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199, la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de rejeter la camisole de force imposée par *Chenier* et, plus particulièrement, par *Sauvé*. Les juges Moldaver et LaForme ont, dans cet arrêt, mis l'accent sur la souplesse héritée de *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811 :

[TRADUCTION] Pour les juges de cette époque à qui incombaient la redoutable tâche de formuler des directives ne contrevenant pas aux règles inflexibles alors en vigueur, *Vetrovec* est apparu comme un vent d'air frais. Cet arrêt privilégiait le bon sens et reconnaissait que les jurys étaient constitués de gens intelligents sur qui on pouvait compter pour faire ce qu'il convient de faire. [par. 81]

En imposant des exigences quant au contenu des mises en garde aux jurés, la majorité coupe le vent soufflé par *Vetrovec*. Je ne partage pas du tout son opinion qu'il faut dire aux jurés de chercher des preuves « substantielles » et « indépendantes » pouvant corroborer les dépositions des témoins douteux. Bien qu'attrayants au premier abord, ces critères détournent les jurés de leur tâche réelle :  valuer la crédibilité du témoin de façon rationnelle et souple.

[68] Je suis d'accord avec la majorité quant à l'issue des pourvois, mais, pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'il faut privilégier une approche fonctionnelle à l'égard des mises en garde de type *Vetrovec* et que la Cour doit préserver l'héritage de cet arrêt et de *Zebedee*.

1. Règle établie dans *Vetrovec*

1.1 *Contexte de Vetrovec*

[69] La common law, en matière de preuve criminelle, a longtemps fourmill  de règles techniques complexes. Il fut un temps où les juges étaient

juries that it was safe to rely on accomplices' testimonial evidence only insofar as it was corroborated. Lord Reading C.J. held in *Baskerville* that the "accomplice corroboration rule" had become a rule of law. This rule was formally adopted by this Court in *Horsburgh v. The Queen*, [1967] S.C.R. 746 (see *Vetrovec*, at pp. 819 *et seq.* and C. J. Arnup, "Has Caution Been Thrown to the Wind?: The Aftermath of *Vetrovec*", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Evidence* (1984), 21, for a historical perspective).

[70] In 1975, the Law Reform Commission of Canada concluded that in this area of the law, the courts had "moved from a wise practice of viewing the evidence of some witnesses with circumspection to a complex technical rule filled with pitfalls for the unwary" and that this rule needed to be substantially simplified (Law of Evidence Project, Study Paper No. 11, *Corroboration* (1975), at p. 7). This position was wholeheartedly endorsed by Dickson J. (as he then was) in *Vetrovec*:

After *Baskerville* courts began to frame the issue in terms of whether the corroborative evidence conformed to Lord Reading's definition, and ignored the real issue, whether there was evidence that bolstered the credibility of the accomplice. The result was, in effect, that in due course 'corroboration' became virtually divorced from the issue of the credibility of the accomplice. Evidence which strengthened credibility was at the same time characterized as not corroborative 'in law'. Corroboration became a legal term of art, wholly unconnected with the original reason for the accomplice warning. [p. 824]

[71] Dickson J.'s objective was to simplify the rules of evidence and the instructions given to juries (A. Lamer, *A Tribute to Chief Justice Dickson*, Address to the Annual Convention of the Criminal Lawyers' Association (December 1989), *Ontario Criminal Lawyers' Association Newsletter*, vol. 10, No. 4, at p. 13) and to rid the law of evidence of

tenus d'informer les jurys de ne se fier aux témoignages de complices que s'ils étaient corroborés. Dans *Baskerville*, le juge en chef lord Reading écrivait que la « règle de corroboration à l'égard des complices » était devenue une règle de droit. La Cour a formellement adopté cet énoncé dans *Horsburgh c. La Reine*, [1967] R.C.S. 746 (voir *Vetrovec*, p. 819 *et suiv.*, et C. J. Arnup, « Has Caution Been Thrown to the Wind?: The Aftermath of *Vetrovec* », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition : Evidence* (1984), 21, pour une revue historique).

[70] En 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a conclu que, dans ce domaine du droit, « on s'est éloigné de la pratique traditionnelle d'antan dont la sagesse dictait une prudence naturelle à l'égard des dépositions de certains témoins, en s'aventurant plutôt dans les dédales des règles de procédure fort complexes et inaccessibles au non-initié » et qu'une simplification substantielle de ces règles s'imposait (Section de recherche sur le droit de la preuve, document préliminaire n° 11, *Corroboration* (1975), p. 7-8). Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a souscrit sans réserve à cette position dans *Vetrovec* :

Après l'arrêt *Baskerville*, les cours ont commencé à formuler la question en se demandant si la preuve corroborante correspondait à la définition donnée par lord Reading et sont passées à côté de la question véritable qui était de savoir s'il y avait des éléments de preuve qui appuyaient la crédibilité du complice. Il en est résulté qu'avec le temps la « corroboration » est devenue complètement étrangère à la question de la crédibilité du complice. En même temps, on considérait que des éléments de preuve qui étayaient la crédibilité n'avaient pas « en droit » l'effet d'une corroboration. La corroboration est devenue un terme technique en droit totalement dissocié de la justification première de la mise en garde contre le témoignage d'un complice. [p. 824]

[71] Le juge Dickson voulait simplifier les règles de preuve et les directives aux jurys (A. Lamer, *A Tribute to Chief Justice Dickson*, allocution prononcée lors du congrès annuel de la Criminal Lawyers' Association (décembre 1989), *Ontario Criminal Lawyers' Association Newsletter*, vol. 10, n° 4, p. 13) et purger le droit de la preuve des

the pointless “cumbersome rules” he described so well in *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at p. 835.

[72] *Vetrovec* simplified the law in that it eliminated the obligation to give a warning for witnesses falling within the “accomplice” category. It ushered in an era of flexibility in the law of criminal evidence. Dickson J. purposely refrained from imposing a formulaic instruction and emphasized that for unreliable witnesses, jurors should be given a clear and sharp warning, which has since been known as a *Vetrovec* warning (see *inter alia* at p. 831). The issue before this Court in the present case is what more should be said, if anything.

1.2 Content of the *Vetrovec* Warning

[73] The majority (at para. 37) endorses the following framework for the content of *Vetrovec* warnings, which is drawn directly from *Sauvé*, at para. 82:

(1) drawing the attention of the jury to the testimonial evidence requiring special scrutiny; (2) explaining *why* this evidence is subject to special scrutiny; (3) cautioning the jury that it is dangerous to convict on unconfirmed evidence of this sort, though the jury is entitled to do so if satisfied that the evidence is true; and (4) that the jury, in determining the veracity of the suspect evidence, should look for evidence from another source tending to show that the untrustworthy witness is telling the truth as to the guilt of the accused. [Emphasis in original.]

I agree with the first three elements, although I would like to stress that they should *not* be used as a checklist for appellate review. Content matters, not form. The first three elements capture the essence of the instructions Dickson J. suggested in *Vetrovec*. I disagree with the majority on the fourth element of this framework, however, as I believe that it will have detrimental effects in this area of the law and that it is both unnecessary and unworkable.

« règles encombrantes » dépourvues de sens qu’il a si bien décrites dans *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 835.

[72] *Vetrovec* a simplifié le droit en supprimant l’obligation de mettre les jurys en garde contre les témoins appartenant à la catégorie des « complices » et a ouvert une ère de souplesse pour le droit de la preuve en matière criminelle. Le juge Dickson a souligné que, dans le cas des témoins peu dignes de foi, il fallait donner aux jurés une mise en garde claire et précise, connue depuis comme étant la mise en garde de type *Vetrovec* (voir, p. ex., p. 831). Il s’est cependant intentionnellement abstenu d’imposer une directive formaliste. La Cour doit déterminer en l’espèce s’il y a lieu d’ajouter quoi que ce soit à cette prescription.

1.2 Contenu de la mise en garde de type *Vetrovec*

[73] Pour ce qui est du contenu des mises en garde de type *Vetrovec*, la majorité adopte (par. 37) le cadre suivant tiré directement de *Sauvé* (par. 82) :

(1) attirer l’attention du jury sur le témoignage qui nécessite un examen particulièrement rigoureux; (2) expliquer *pourquoi* ce témoignage doit être examiné de façon particulièrement rigoureuse; (3) prévenir le jury du danger de prononcer une condamnation sur la foi d’un témoignage non confirmé de ce genre, le jury étant toutefois en droit de le faire s’il est convaincu de la véracité du témoignage en cause; (4) indiquer au jury que, pour déterminer si le récit suspect est véridique, il doit chercher, à partir d’autres sources, des preuves tendant à établir que le témoin douteux dit la vérité quant à la culpabilité de l’accusé. [En italique dans l’original.]

J’accepte les trois premiers éléments, mais je voudrais souligner qu’ils *ne* doivent *pas* servir de liste de contrôle pour l’examen en appel. C’est le contenu qui importe, non la forme. Ces trois éléments rendent compte de l’essence des directives que le juge Dickson a préconisées dans *Vetrovec*. Pour ce qui est du quatrième élément, je pense, contrairement à la majorité, qu’il aura des effets préjudiciables dans ce domaine du droit et qu’il est inutile et impraticable.

2. Independence and Materiality Requirements Are Unnecessary

2.1 *Case Law Is Equivocal*

[74] After *Vetrovec*, jurists attempted to develop the content of modern warnings. As I mentioned above, that case had eliminated the pigeonholing of witnesses required in the past; and the Court did not specify what types of evidence a trial judge could suggest as being corroborative. One author from that period pointed out that the traditional legal definition of corroboration was “bulging with unwieldy distinctions” (A. A. S. Zuckerman, “Corroboration: Judicial Reform in Canada” (1984), 4 *Oxford J. Legal Stud.* 147, at p. 148).

[75] The majority relies heavily on this Court’s decision in *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328. I acknowledge that certain passages in that case can be interpreted as a first step toward the adoption of inflexible corroboration requirements. Indeed, the commentators have diverged on the proper interpretation of this Court’s position in *Kehler* (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at pp. 523-24; D. Stuart, Annotation to *R. v. Kehler* (2004), 19 C.R. (6th) 49; N. Harris, “*Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence: A Necessarily Complex Relationship” (2005), 31 C.R. (6th) 216; J.-G. Boilard, *Guide to Criminal Evidence*, vol. 2 (loose-leaf), at para. 10.016).

[76] In concurring in that case, I did not view it as a departure from the flexibility of *Vetrovec*. This passage from *Kehler* represents my view of that case and of this area of the law in general:

[H]aving considered the totality of the evidence, the trier of fact is entitled to believe the evidence of the disreputable witness — even on disputed facts that are not otherwise confirmed — if the trier is satisfied that the witness, despite his or her frailties or shortcomings, is truthful. [para. 22]

2. Inutilité de l’exigence de corroboration indépendante et substantielle

2.1 *La jurisprudence est ambiguë*

[74] Après *Vetrovec*, des juristes ont entrepris d’élaborer le contenu de mises en garde modernes. Comme je l’ai déjà mentionné, cet arrêt avait supprimé l’obligation de catégoriser les témoins; la Cour n’avait pas précisé les types d’éléments de preuve que le juge du procès pouvait citer en exemple au jury comme preuve corroborante. Selon un auteur de cette époque, la définition juridique traditionnelle de corroboration [TRADUCTION] « fourmille de distinctions alambiquées » (A. A. S. Zuckerman, « Corroboration : Judicial Reform in Canada » (1984), 4 *Oxford J. Legal Stud.* 147, p. 148).

[75] La majorité s’appuie de façon importante sur l’arrêt de la Cour *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328. Je reconnais que certains passages de cette décision peuvent être considérés comme un premier pas vers l’adoption d’exigences rigides en matière de corroboration. D’ailleurs, les auteurs ne s’entendent pas sur l’interprétation qu’il convient de donner à la position prise par la Cour dans *Kehler* (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. 2008), p. 523-524; D. Stuart, Annotation to *R. v. Kehler* (2004), 19 C.R. (6th) 49; N. Harris, « *Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence : A Necessarily Complex Relationship » (2005), 31 C.R. (6th) 216; J.-G. Boilard, *Manuel de preuve pénale*, vol. 2 (feuilles mobiles), par. 10.016).

[76] En souscrivant à la décision de mes collègues dans cet arrêt, je n’ai pas considéré que celui-ci s’éloignait de la souplesse apportée par *Vetrovec*. Le passage suivant de *Kehler* rend bien compte de ma position relativement à cette affaire et à ce point de droit en général :

[E]n présence de faits contestés qui ne sont pas par ailleurs confirmés, le juge des faits peut, après avoir examiné l’ensemble de la preuve, ajouter foi à la déposition du témoin de mauvaise réputation s’il est persuadé que, malgré ses faiblesses ou ses défauts, ce témoin dit la vérité. [par. 22]

Furthermore, since the Court cited no Canadian cases, *Kehler* did not clarify the incipient new technical rules of corroboration or the extent to which the findings in cases such as *R. v. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49 (Man. C.A.) (see paras. 32 and 34), and *R. v. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.) (see para. 32), still stand.

[77] The courts have also wavered on the question whether the trial judge should enumerate potentially corroborative evidence in the charge to the jury. Major J.'s observations in *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, should not be seen as having expanded the rule in *Vetrovec* (at p. 831) on this point:

The extent to which the trial judge should refer to potentially corroborative evidence depends upon the circumstances of the case, although it is obviously not required, nor would it be appropriate, that the potentially corroborative evidence be reviewed exhaustively.

While it is usually a corollary of the *Vetrovec* warning that the trial judge make some reference to evidence that the jury may consider supportive of the impugned evidence, in some cases part or all of the supporting evidence may be extremely prejudicial to the accused, such that to draw the jury's attention to that evidence in tandem with a *Vetrovec* warning could in some circumstances be unfair to the accused. [p. 613]

References to the evidence do not come without risks. They open the door to mistakes and to appeals (see, for example, *R. v. Dhillon* (2002), 166 C.C.C. (3d) 262 (Ont. C.A.)).

2.2 *Independence and Materiality Are Intractable Concepts*

[78] The fourth step of the *Sauvé* framework endorsed by the majority involves the use of the intractable concepts of "independence" and "materiality". For the reasons that follow, my conclusion is that the only logical solution is to refrain from requiring independence and materiality, and instead to tell jurors to focus on credibility.

De plus, comme la Cour ne citait aucune jurisprudence canadienne, *Kehler* n'a pas clarifié les nouvelles règles techniques de corroboration qui voyaient le jour ni précisé dans quelle mesure les conclusions d'arrêts comme *R. c. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49 (C.A. Man.) (voir par. 32 et 34), et *R. c. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.) (voir par. 32), continuaient de s'appliquer.

[77] Les tribunaux ne se sont pas prononcés clairement non plus sur la question de savoir si le juge du procès doit indiquer dans ses directives au jury les éléments de preuve susceptibles d'apporter une corroboration. Il ne faut pas voir dans les observations formulées par le juge Major dans *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, un élargissement de la règle énoncée dans *Vetrovec* (p. 831) sur ce point :

La mesure dans laquelle le juge du procès devrait mentionner la preuve potentiellement corroborante dépend des circonstances de l'affaire, bien qu'il ne soit évidemment ni nécessaire ni approprié que la preuve potentiellement corroborante fasse l'objet d'une analyse exhaustive.

Bien que la mise en garde de type *Vetrovec* soit habituellement assortie de quelque mention par le juge du procès des éléments de preuve que le jury peut considérer comme corroborant la preuve contestée, dans certains cas, la preuve corroborante peut être, en totalité ou en partie, extrêmement préjudiciable à l'accusé, de sorte qu'il pourrait, dans certaines circonstances, être injuste pour ce dernier d'attirer l'attention du jury sur cette preuve au moment de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. [p. 613]

Les renvois à la preuve ne sont pas sans risque. Ils ouvrent la porte aux erreurs et aux appels (voir, p. ex., *R. c. Dhillon* (2002), 166 C.C.C. (3d) 262 (C.A. Ont.)).

2.2 *L'indépendance et le caractère substantiel sont des notions inextricables*

[78] La quatrième étape du cadre d'analyse établi dans *Sauvé* et approuvé par la majorité comporte le recours aux notions inextricables d'« indépendance » et de « caractère substantiel ». Pour les motifs qui suivent, je conclus que la seule solution logique consiste à s'abstenir d'exiger une preuve indépendante et substantielle et à plutôt indiquer au jury de se concentrer sur la crédibilité.

[79] Dickson J. rightly concluded his reasons in *Vetrovec* as follows:

All this takes one back to the beginning and that is the search for the impossible: a rule which embodies and codifies common sense in the realm of the process of determining guilt or innocence of an accused on the basis of a record which includes evidence from potentially unreliable sources such as an accomplice. [p. 832]

(See also G. T. G. Seniuk, “Liars, Scoundrels and the Search for Truth” (2000), 30 C.R. (5th) 244.)

[80] To paraphrase Seniuk, in assessing truthfulness, one does not enumerate the pros and cons, add a sprinkling of independence and materiality, and calculate the balance (“Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit” (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 79, p. 105). Binnie J. correctly explained *Vetrovec* as follows in *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237, at para. 129: “The Court was unanimous in affirming that in this area as in others a label is no substitute for analysis.”

2.2.1 Independence

[81] Even strong proponents of the independence requirement are at a loss to explain what kind of evidence it calls for (Harris, at pp. 224-25). Whatever its exact content may be, it has not been dealt with consistently: see Maclean J.A.’s dissent in *R. v. Kanester*, [1966] 4 C.C.C. 231 (B.C.C.A.), at pp. 241-42 (endorsed by this Court, [1967] 1 C.C.C. 97); *Warkentin v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355, at pp. 378-82; *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4th ed. (loose-leaf)), at par. 31:60.40, fn. 151. At best, a few examples can be found of what is *not* independent evidence (*R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 83).

[82] When enforced mechanically, the requirement of independence has led to disastrous outcomes. One example is the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332, which is best described by D. M. Paciocco and L. Stuesser, at pp. 521-22:

[79] Le juge Dickson a conclu à bon droit dans *Vetrovec* :

Tout cela nous ramène au point de départ, à la poursuite de l’impossible : trouver une règle qui incorpore et codifie le bon sens en regard d’un processus qui consiste à déterminer la culpabilité ou l’innocence d’un accusé d’après un dossier qui comporte des témoignages de sources qui peuvent être douteuses comme le témoignage d’un complice. [p. 832]

(Voir aussi G. T. G. Seniuk, « Liars, Scoundrels and the Search for Truth » (2000), 30 C.R. (5th) 244.)

[80] Pour paraphraser Seniuk, l’appréciation de la véracité ne se fait pas en alignant les points favorables et défavorables, en ajoutant un soupçon d’indépendance et de caractère substantiel et en calculant le résultat (« Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit » (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 79, p. 105). Le juge Binnie, dans *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237, par. 129, a correctement expliqué *Vetrovec* : « La Cour a confirmé à l’unanimité que, dans ce domaine comme dans d’autres domaines, une étiquette ne remplace pas une analyse. »

2.2.1 Indépendance

[81] Même les ardents défenseurs de l’exigence de corroboration indépendante ont du mal à expliquer le genre de preuve qu’elle requiert (Harris, p. 224-225). Et cette exigence, quel qu’en soit le contenu exact, n’a pas été traitée de façon uniforme : voir la dissidence du juge Maclean dans *R. c. Kanester*, [1966] 4 C.C.C. 231 (C.A.C.-B.), p. 241-242 (approuvée par la Cour, [1967] 1 C.C.C. 97); *Warkentin c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355, p. 378-382; *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4^e éd. (feuilles mobiles)), par. 31:60.40, note 151. On peut tout au plus trouver quelques exemples de ce que *n’est pas* une preuve indépendante (*R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 83).

[82] Appliquée mécaniquement, l’exigence de preuve indépendante a donné des résultats désastreux. En est un exemple la décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332, que décrit bien l’ouvrage de D. M. Paciocco et L. Stuesser, p. 521-522 :

[T]he Crown offered evidence as corroboration during a rape prosecution that 1) human blood of a type matching the blood type of the complainant was found on the accused's shorts, 2) hair similar to the complainant's was found in his car, 3) the handle on his car was broken, 4) the accused's clothing matched the description provided by the complainant, as did the licence number, 5) she had a bruise on her left cheek, 6) she was distraught immediately after the incident, and 7) marks were found in the car consistent with the claim by the complainant that there would be foot marks on the ceiling which were made by her while she was being assaulted.

The Ontario Court of Appeal held that none of this corroborated the rape allegation. Items 5) and 6) would be some evidence to confirm that a rape had occurred if the injuries and emotional condition were pronounced enough, but it did not confirm the identity of the accused as the rapist. Items 3), 4), and 7) were not corroborative because their relevance depended on the testimony of the complainant. In other words, as items of evidence they were not "independent" enough to be corroborative. As for items 1) and 2), these were equally consistent with the truth as with the falsity of her allegation because her hair and blood type could get where they were without her having been raped. While all of this evidence was admissible and might well support a conviction, the trial judge erred in law by failing to tell the jury that the evidence of the complainant remained uncorroborated. [Emphasis added.]

I cannot in good conscience endorse a rule which has led to such a result.

[83] There are not two discrete categories of evidence, that which is independent and that which is not. Rather, various types of evidence will sit on a continuum between these two poles, which explains why attempts at definition lead nowhere (*R. v. Gagnon* (2000), 147 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at paras. 14 and 48; *Murphy v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603, approved in *Vetrovec*, at p. 827). Evidence which is more independent will of course be more likely to confirm an unsavoury witness's testimony, but verifying the reliability of testimonial evidence on this basis is no different

[TRADUCTION] [L]e ministère public avait présenté une preuve corroborante lors d'un procès pour viol, selon laquelle 1) du sang humain correspondant au groupe sanguin de la plaignante avait été trouvé sur le caleçon de l'accusé, 2) des cheveux semblables à ceux de la plaignante avaient été trouvés dans la voiture de l'accusé, 3) une poignée de sa voiture était brisée, 4) les vêtements de l'accusé correspondaient à la description faite par la plaignante, tout comme le numéro de sa plaque d'immatriculation, 5) la plaignante présentait une ecchymose à la joue droite, 6) elle était en désarroi immédiatement après l'incident et 7) l'automobile de l'accusé présentait des marques concordant avec la déclaration de la plaignante selon laquelle elle avait laissé des traces de pied au plafond de la voiture, qui avaient été faites lors de l'agression.

La Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'aucun de ces éléments ne corroboraient l'allégation de viol. Les éléments 5) et 6) pourraient confirmer qu'il y avait eu viol, selon la gravité de la blessure et de l'état émotionnel, mais non l'identité de l'accusé en tant qu'auteur du viol. Les éléments 3), 4) et 7) n'avaient pas valeur de corroboration parce que leur pertinence reposait sur le témoignage de la plaignante. Autrement dit, il ne s'agissait pas d'éléments de preuve suffisamment « indépendants » pour être corroborants. Quant aux éléments 1) et 2), ils étaient tout aussi conciliables avec la véracité qu'avec la fausseté du témoignage de la plaignante parce que ses cheveux et du sang appartenant à son groupe sanguin pouvaient se trouver là sans qu'il y ait eu viol. Bien que tous ces éléments de preuve aient été admissibles et qu'ils aient pu fonder une déclaration de culpabilité, le juge du procès a commis une erreur de droit en ne disant pas au jury que le témoignage de la plaignante n'était pas corroboré. [Je souligne.]

En toute conscience, je ne peux approuver une règle qui a mené à un tel résultat.

[83] Il n'existe pas deux catégories distinctes de preuve, celle des preuves indépendantes et celle des preuves non indépendantes. Il y a plutôt divers types de preuve se situant entre ces deux pôles, ce qui explique pourquoi les tentatives de définition ne mènent nulle part (*R. c. Gagnon* (2000), 147 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), par. 14 et 48; *Murphy c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603, approuvé dans *Vetrovec*, p. 827). Il est évident qu'un élément de preuve indépendant fournit probablement une confirmation plus solide à la déposition d'un témoin douteux, mais vérifier la fiabilité d'un témoignage sur cette

from what diligent jurors would do regarding any other testimony or disputable evidence.

[84] Both the Ontario Court of Appeal, in *Gagnon* at p. 206, and the Manitoba Court of Appeal, in *R. v. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53, at paras. 51-52, have held that *Vetrovec*'s legacy of flexibility eliminated the requirement that corroborating evidence be independent of the witness. I agree that this is what the law should be.

2.2.2 Materiality

[85] While the requirement of materiality may at first glance seem easier to pin down than that of independence, a more thorough review shows that it is not. In her comprehensive study of corroboration, A. A. Wakeling, *Corroboration in Canadian Law* (1977), at pp. 19-22, does not suggest a compact definition of materiality (p. 26). As in the case of the independence requirement, defining materiality is a futile line-drawing exercise.

[86] The once strict, if ill-defined, requirement of materiality has been getting weaker and weaker. In *Vetrovec*, at p. 833, Dickson J. held that circumstantial evidence can be confirmatory even if it does not directly implicate the accused. In *Kehler*, at para. 15, Fish J. stated that corroborative evidence must be relevant to the unsavoury witness's testimony but need not bear on a disputed part of that testimony. One author aptly described what I deem to be the logical outcome of this line of reasoning:

The findings from the Court in both *Vetrovec* and *Kehler* could lead to a conclusion that the issue of confirmatory evidence can be left on a very general level with the trier-of-fact. Given that the confirmatory evidence does not have to directly implicate the accused, it could be argued that essentially all other evidence supporting the Crown case is potentially capable of serving as confirmatory evidence. The rules concerning confirmatory evidence might accordingly be summarized as merely requiring that the trier-of-fact carefully examine the testimony of the *Vetrovec* witness in the context of the evidence as a whole and determine whether or not they

base ne diffère aucunement de ce que des jurés prudents feraient à l'égard de tout autre témoignage ou de tout autre élément de preuve contestable.

[84] La Cour d'appel de l'Ontario, dans *Gagnon*, p. 206, et la Cour d'appel du Manitoba, dans *R. c. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53, par. 51-52, ont toutes deux jugé que le principe de souplesse établi par *Vetrovec* avait éliminé l'exigence de l'indépendance de la preuve corroborante par rapport au témoin. Je conviens que c'est ce que devrait être le droit.

2.2.2 Caractère substantiel

[85] Bien qu'à première vue l'exigence de preuve substantielle paraisse plus facile à définir que celle de preuve indépendante, cette perception se dément après examen. Dans son étude exhaustive de la corroboration, A. A. Wakeling, *Corroboration in Canadian Law* (1977), p. 19-22, ne propose pas de définition monolithique du caractère substantiel (p. 26). Comme pour l'exigence d'indépendance, il s'agit là d'un exercice futile de caractérisation.

[86] L'exigence de caractère substantiel, jadis stricte malgré ses contours obscurs, s'affaiblit de plus en plus. Dans *Vetrovec*, p. 833, le juge Dickson a indiqué qu'une preuve circonstancielle peut être confirmative même si elle n'implique pas directement l'accusé. Dans *Kehler*, par. 15, le juge Fish a déclaré que la preuve confirmative doit être pertinente à l'égard de la déposition du témoin douteux mais qu'elle n'avait pas à porter sur un point contesté de cette déposition. Un auteur a décrit avec justesse ce que j'estime être la conséquence logique de ce raisonnement :

[TRADUCTION] Les conclusions de la Cour dans *Vetrovec* et dans *Kehler* pourraient nous amener à considérer que la question de la preuve confirmative peut, à un niveau très général, être laissée au juge des faits. Étant donné que la preuve confirmative n'a pas à impliquer directement l'accusé, il est possible de soutenir que pratiquement tous les autres éléments de preuve étayant la thèse du ministère public peuvent servir de preuve confirmative. On peut donc résumer les règles régissant la preuve confirmative en disant qu'elles exigent simplement du juge des faits qu'il examine avec soin la déposition du témoin visé par *Vetrovec* en tenant

believe the witness' evidence. Such a formulation of the rules for confirmatory evidence in *Vetrovec* cautions would create relative simplicity in this area of the law and would provide a trier-of-fact with a broad discretion to determine whether or not it is safe for them to rely upon the evidence of a *Vetrovec* witness.

(Harris, at p. 223)

[87] Some may suggest that “workarounds” have been used. In *Kehler*, Fish J. endorsed one party’s submission that corroborating evidence had to “be capable of restoring the trier’s faith in the relevant aspects of the witness’ account” (para. 12 (emphasis deleted)). This should not be interpreted as an incremental departure from what Dickson J. intended in *Vetrovec* when he said (at p. 833) that the evidence had to be “capable of inducing a rational belief” that the testimony was true.

2.2.3 Alternatives to the Majority’s Approach

[88] The majority suggests what is at best a formula for what jurors are already asked to do in any event: study the evidence in a structured and sensitive fashion to determine whether a witness should be believed and, more generally, whether the accused is guilty beyond a reasonable doubt.

[89] In the past decade, several high-profile wrongful conviction cases have exposed limitations of the criminal justice system and the limited reliability of some types of witnesses, particularly “jailhouse informants” (*The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998); *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow* (2001); *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken* (2006); *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell* (2007)). Although the empirical evidence on the efficacy of *Vetrovec* warnings is mixed (see the numerous references cited in L. Dufraimont, “Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence

compte de l’ensemble de la preuve et qu’il se demande s’il ajoute ou non foi à ce témoignage. Une telle formulation des règles régissant la preuve confirmative dans les mises en garde de type *Vetrovec* instaurerait une certaine simplicité dans ce domaine de droit et donnerait au juge des faits un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer s’il est prudent de se fier à la déposition d’un témoin visé par *Vetrovec*.

(Harris, p. 223)

[87] Certains peuvent affirmer qu’on a cherché à contourner la difficulté. Ainsi, dans *Kehler*, le juge Fish a approuvé l’argument d’une partie selon lequel la preuve confirmative devait « permettre de rétablir la confiance du juge des faits à l’égard des aspects pertinents du récit du témoin » (par. 12 (soulignement omis)). Il ne faut pas y voir un éloignement progressif de ce que le juge Dickson voulait exprimer dans *Vetrovec* par « susceptible de faire naître une conviction logique » (p. 833) que le témoignage est véridique.

2.2.3 Autres options

[88] La démarche préconisée par la majorité correspond tout au plus à ce que les jurés doivent faire de toute manière : examiner la preuve de façon rationnelle et attentive pour apprécier la crédibilité d’un témoin et pour déterminer, plus généralement, si l’accusé est coupable hors de tout doute raisonnable.

[89] Au cours de la dernière décennie, plusieurs cas célèbres de déclaration de culpabilité injustifiée ont mis au jour les limites du système de justice criminelle et la fiabilité limitée de certains types de témoins, en particulier les « dénonciateurs sous garde » (*Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998); *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow* (2001); *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken* (2006); *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell* (2007)). Bien que les preuves empiriques de l’efficacité des mises en garde de type *Vetrovec* aillent dans des sens divers (voir les nombreuses références citées

Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions?” (2008), 33 *Queen’s L.J.* 261), I believe they serve an important purpose, and I want to emphasize that my disagreement with the majority relates solely to the proper content of a *Vetrovec* warning. My colleague would limit the jury’s adjudicative freedom with a strong technical rule, but I believe that enlightening the jury is both sufficient and preferable.

[90] In any case, *Vetrovec* warnings will always be only one of the mechanisms used to minimize the risk of wrongful conviction. I need not expand on the other mechanisms that currently exist, the most important of which is the criminal standard of proof, and which also include prohibitions on most forms of hearsay and character evidence. However, several additional mechanisms could be crafted to prevent miscarriages of justice. For example, one option would be for judges to carefully use their common law power of exclusionary discretion (Paciocco and Stuesser, at pp. 40-45) to exclude testimonial evidence which is extremely prejudicial and has little probative value. Instead of looking for innovative solutions, Fish J. turns back the clock and returns to the old law, which is just as unsatisfactory now as it was before *Vetrovec*.

3.3 *Jury Instructions: Simpler Is Better*

[91] Jurors are sufficiently sophisticated to understand lengthy and complex instructions, but only insofar as those instructions consist in a well-defined intellectual exercise, which is not the case where the fourth element of the *Sauvé* framework is concerned. The justice system should strive for simplicity. In long trials, which have become common where serious charges are laid, every added level of complexity increases the risk of error for both the trial judge and the jury.

dans L. Dufraimont, « Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions? » (2008), 33 *Queen’s L.J.* 261), j’estime que ces mises en garde remplissent une fonction importante. Je tiens donc à signaler que je m’écarte de l’opinion majoritaire uniquement pour ce qui est des éléments que doit comporter une mise en garde de type *Vetrovec*. Mes collègues veulent restreindre la latitude décisionnelle du jury au moyen d’une règle technique stricte, mais je crois qu’il est suffisant et préférable de l’éclairer.

[90] Quoi qu’il en soit, les mises en garde de type *Vetrovec* ne constitueront toujours qu’un élément des mécanismes servant à minimiser le risque de déclaration de culpabilité injustifiée. Je n’ai pas besoin de m’étendre sur les autres mécanismes existants, dont le plus important est la norme de preuve applicable en matière criminelle, qui englobent les règles interdisant la plupart des formes de ouï-dire et de preuve de moralité. Toutefois, on pourrait créer plusieurs autres mécanismes de prévention des erreurs judiciaires. Les juges pourraient notamment exercer avec circonspection le pouvoir discrétionnaire qu’ils tiennent de la common law d’exclure des éléments de preuve sans grande valeur probante mais extrêmement préjudiciables (Paciocco et Stuesser, p. 40-45). Au lieu de chercher des solutions novatrices, le juge Fish se tourne vers le passé et revient au droit ancien, qui est aussi lacunaire actuellement qu’avant *Vetrovec*.

3.3 *Les directives au jury : la simplicité a bien meilleur goût*

[91] Les jurés sont suffisamment intelligents pour comprendre des directives longues et complexes, mais seulement dans la mesure où elles consistent en un exercice intellectuel bien circonscrit, ce qui n’est pas le cas du quatrième élément du cadre établi par *Sauvé*. Le système de justice doit tendre à la simplicité. Dans les longs procès qui, en cas d’accusations graves, sont devenus courants, chaque niveau supplémentaire de complexité augmente les risques d’erreur tant pour le juge du procès que pour le jury.

[92] English judges of the early nineteenth century understood this. In *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820), 33 How. St. Tr. 1337, Garrow B. instructed the jury as follows, at p. 1483:

. . . you are to look to the circumstances, to see whether there are such a number of important facts confirmed as to give you reason to be persuaded that the main body of the story is correct; . . . you are, each of you, to ask yourselves this question . . . Do I, upon the whole, feel convinced in my conscience, that his evidence is true, and such as I may safely act upon?

In *Vetrovec*, at pp. 823-24, Dickson J. rightly called this the “common sense” approach.

[93] In *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, Dickson C.J. wrote: “Whenever possible, we should retain simplicity in charges . . .” (p. 333). Similarly, in *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109, Major J. wrote that “long and detailed instructions at the end of a trial may be more confusing than helpful” (para. 27). The principles of judicial economy point in the same direction: simplicity reduces the number of technical appeals and makes the system more efficient.

[94] An analogy can be made between instructions on reasonable doubt and the appropriate content of a *Vetrovec* warning. In *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, this Court said: “A reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt. It must not be based upon sympathy or prejudice. Rather, it is based on reason and common sense. It is logically derived from the evidence or absence of evidence” (para. 39). A nearly identical instruction could be given in a *Vetrovec* warning:

If you choose to believe the witness, the reasons should be neither imaginary nor frivolous. Belief must not be based upon sympathy or prejudice. Rather, it is based on reason and common sense. It is logically derived from the evidence or absence of evidence.

[92] Les juges anglais du début du 19^e siècle le comprenaient bien. Dans *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820), 33 How. St. Tr. 1337, le baron Garrow a instruit le jury en ces termes :

[TRADUCTION] . . . vous devez examiner les circonstances pour voir si suffisamment de faits importants sont confirmés pour vous convaincre que l’essentiel de la version est exact; [. . .] chacun de vous doit se poser la question suivante [. . .] Suis-je convaincu, en mon for intérieur, que, dans l’ensemble, ce témoignage est vrai de sorte que je peux m’y fier sans crainte? [p. 1483]

Dans *Vetrovec*, p. 823-824, le juge Dickson a qualifié avec raison cette démarche de solution de « bon sens ».

[93] Dans *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson a écrit : « Lorsque c’est possible, il convient que les exposés au jury restent simples . . . » (p. 333). De même, dans *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109, le juge Major a indiqué que « des directives longues et détaillées à la clôture du procès peuvent embrouiller davantage qu’elles n’éclairent » (par. 27). Le principe de l’économie des ressources judiciaires va dans le même sens : en restant simple, on réduit le nombre d’appels fondés sur des questions techniques et on rend le système plus efficient.

[94] On peut établir un parallèle entre les directives sur le doute raisonnable et celles sur les éléments que devraient comporter les mises en garde de type *Vetrovec*. Dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, la Cour a déclaré : « Un doute raisonnable n’est pas un doute imaginaire ou frivole. Il ne doit pas reposer sur la sympathie ou sur un préjugé. Il doit reposer plutôt sur la raison et le bon sens. Il doit logiquement découler de la preuve ou de l’absence de preuve » (par. 39). Une directive analogue pourrait figurer dans les mises en garde de type *Vetrovec* :

Si vous décidez de croire le témoin, ce ne doit pas être pour des raisons imaginaires ou frivoles. Le crédit accordé au témoin ne doit reposer ni sur la sympathie ni sur les préjugés. Il doit reposer plutôt sur la raison et le bon sens. Il doit logiquement découler de la preuve ou de l’absence de preuve.

When told to decide whether they have a reasonable doubt that an accused is guilty, jurors are never asked to evaluate evidence piecemeal. This Court made this clear in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, and the principle from that case stands and has been applied repeatedly. If this holistic philosophy is sound for the most central principle of our criminal justice system, it must be sound for the content of a *Vetrovec* warning (Seniuk, “Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit”, at pp. 87-96).

[95] The following passage from *Vetrovec*, at p. 826, including the quotation from Wigmore it contains, is instructive:

The reason for requiring corroboration is that we believe the witness has good reason to lie. We therefore want some other piece of evidence which tends to convince us that he is telling the truth. Evidence which implicates the accused does indeed serve to accomplish that purpose but it cannot be said that this is the only sort of evidence which will accredit the accomplice. This is because, as Wigmore said, the matter of credibility is an entire thing, not a separable one:

. . . whatever restores our trust in him personally restores it as a whole; if we find that he is desiring and intending to tell a true story, we shall believe one part of his story as well as another; whenever, then, by any means, that trust is restored, our object is accomplished, and it cannot matter whether the efficient circumstance related to the accused’s identity or to any other matter. The important thing is, not *how* our trust is restored, but whether it *is* restored at all [*Wigmore on Evidence*, vol. 7 (Chadbourn rev. 1978), § 2059, at p. 424].

I also adopt the following remark by Zuckerman:

What is needed is, of course, a practice inhibiting the jury from placing undue faith in the testimony of tainted witnesses However, no rule of law can improve in this respect on the ordinary canons of rational reasoning, which are designed and commonly used for precisely this purpose: for drawing correct conclusions and averting false ones. [p. 149]

[96] It suffices that there be evidence capable of causing the jurors to entertain a rational belief that

Lorsque le juge invite les jurés à déterminer s’ils ont un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l’accusé, il ne leur demande jamais d’apprécier la preuve élément par élément. La Cour l’a bien précisé dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; le principe qui en découle demeure et il a été maintes fois appliqué. Si cette philosophie holistique vaut pour la règle la plus fondamentale de notre système de justice criminelle, il doit en aller de même pour le contenu de la mise en garde de type *Vetrovec* (Seniuk, « Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit », p. 87-96).

[95] Le passage suivant de *Vetrovec*, p. 826, avec l’extrait de Wigmore qu’il renferme, est éclairant sur ce point :

On exige la corroboration parce qu’on croit que le témoin a de bons motifs de mentir. On cherche donc d’autres éléments de preuve qui tendent à nous convaincre qu’il dit la vérité. Des éléments de preuve qui impliquent l’accusé servent effectivement à atteindre ce but, mais on ne peut pas dire que ce soit le seul genre de preuve qui puisse accorder du crédit au complice. Il en est ainsi parce que, comme le dit Wigmore, la crédibilité est une chose globale, non divisible :

[TRADUCTION] . . . ce qui rétablit notre confiance en lui personnellement la rétablit complètement; si nous concluons qu’il veut dire la vérité, nous allons ajouter foi à l’ensemble de sa version des événements; chaque fois que par quelque moyen, notre confiance est rétablie, notre fin est atteinte et il importe peu que ce qui produit ce résultat ait un lien avec l’identité de l’accusé ou tout autre sujet. L’important, ce n’est pas *comment* notre confiance est rétablie mais qu’elle le *soit* [*Wigmore on Evidence*, vol. 7 (Chadbourn rév. 1978), § 2059, p. 424].

Je fais mienne l’observation suivante de Zuckerman :

[TRADUCTION] Ce qu’il faut, naturellement, c’est une pratique qui empêche le jury d’accorder un crédit indu à la déposition d’un témoin douteux [. . .] Toutefois, nulle règle de droit ne peut faire mieux, à cet égard, que les principes ordinaires du raisonnement rationnel, lesquels sont conçus et généralement appliqués précisément à cette fin : parvenir à des conclusions justes et éviter les conclusions erronées. [p. 149]

[96] Il suffit que les preuves puissent faire naître chez les jurés la conviction logique que le témoin

the witness is telling the truth (*Vetrovec*, at p. 833), and it is not for a court of appeal to inquire beyond that point. I believe that jurors should be instructed to look for elements which reinforce the witness's credibility, as Moldaver J.A. suggested in *R. v. Krugel* (1999), 143 C.C.C. (3d) 367 (Ont. C.A.), at para. 98: "In light of *Vetrovec*, there is only one question that must be asked in deciding whether evidence is capable of being confirmatory — does the evidence strengthen our belief that the suspect witness is telling the truth?"

4. Application to the Facts

[97] The trial judge's charge was fully consistent with the first three steps of the *Sauvé* framework, which I believe should constitute the complete rule for the content of a *Vetrovec* warning. First, he drew the jury's attention to the problematic testimony. Second, he explained why there was a greater risk that the witnesses' testimony was unreliable given their lifestyles and criminal backgrounds. Third, he said that it would be dangerous to convict the accused on the basis of the testimony in question in the absence of confirmation by other evidence. The charge was complete. The trial judge gave no instructions regarding independence or materiality, and that was the correct approach.

[98] Therefore, I concur with the majority in the result: both appeals should be dismissed and the convictions of Khela and Sahota upheld. I also agree with the solution the majority proposes for the subsidiary ground of appeal (paras. 57-63).

5. Conclusion

[99] There has been a general trend in the law of evidence towards more flexible rules, as trial judges and juries are shown the trust they need to perform their fact-finding duties properly. The majority's decision in this case is a step back from that trend. I share the concern of Moldaver J.A. in *Zebedee*,

dit la vérité (*Vetrovec*, p. 833), et il n'appartient pas aux tribunaux d'appel de pousser l'examen plus loin. Je crois qu'il faut donner comme directive aux jurés de chercher des éléments qui renforcent la crédibilité du témoin, comme le préconise le juge Moldaver dans *R. c. Krugel* (1999), 143 C.C.C. (3d) 367 (C.A. Ont.), par. 98 : [TRADUCTION] « Compte tenu de *Vetrovec*, pour déterminer si des éléments de preuve peuvent être confirmatifs, il suffit de se demander s'ils renforcent notre conviction que le témoin douteux dit la vérité. »

4. Application aux faits

[97] L'exposé du juge du procès au jury correspondait en tous points aux trois premières étapes du cadre établi par *Sauvé*, lesquelles devraient selon moi constituer la règle complète régissant le contenu de la mise en garde de type *Vetrovec*. Premièrement, le juge a attiré l'attention du jury sur les témoignages qui posaient des problèmes. Deuxièmement, il a expliqué pourquoi les antécédents criminels des témoins et leur mode de vie élevaient le risque qu'ils ne soient pas des témoins fiables. Troisièmement, il a indiqué qu'il était dangereux de déclarer un accusé coupable sur le fondement des témoignages en question en l'absence de corroboration par d'autres éléments de preuve. Cet exposé était complet. Le juge n'a donné aucune directive à propos du caractère indépendant ou substantiel de la preuve et, en cela, il a suivi la bonne démarche.

[98] Je partage donc l'avis de la majorité quant au résultat : il y a lieu de rejeter les deux pourvois et de maintenir les déclarations de culpabilité à l'égard de MM. Khela et Sahota. Je souscris également à la solution que propose la majorité en ce qui concerne le moyen d'appel subsidiaire (par. 57-63).

5. Conclusion

[99] La tendance générale en matière de droit de la preuve converge vers un assouplissement des règles, ce qui confère aux juges instruisant les procès et aux jurés la confiance dont ils ont besoin pour bien s'acquitter de leur fonction d'appréciation des faits. La décision de la majorité en

which Cromwell J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal expressed as follows in the companion case of *R. v. Smith*, 2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490: “I would not wish to see the useful guidance given in *Sauvé* and similar cases converted into a vehicle for return to ‘blind and empty formalism’ which was renounced by the Supreme Court in *Vetrovec*” (para. 121).

[100] Despite statements by the majority that it does not wish to depart from *Vetrovec*, the proposed framework does exactly that. Although the majority says that its intention is to provide guidance to trial judges (para. 14), the framework and the requirements thereof can only be seen as mandatory. It is foreseeable that courts of appeal will from now on use the four elements of the *Sauvé* framework as review checklists. Technical appeals are likely to flourish.

[101] Finally, I am troubled by the reference my colleague makes, in his opening paragraph, to Deuteronomy 19:15. Many centuries ago, religion, myths and the criminal law coalesced to produce rules and penalties that would not be tolerated today. Courts are now neutral and the criminal law does not need support from religion.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Gurkirpal Singh Khela: Peck and Company, Vancouver.

Solicitor for the appellant Jodh Singh Sahota: Gil D. McKinnon, Vancouver.

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

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

l'espèce représente un pas en arrière par rapport à cette tendance. Je partage les préoccupations exprimées par le juge Moldaver dans *Zebedee*, que le juge Cromwell, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, a reprises dans *R. c. Smith*, 2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490 : [TRADUCTION] « Il serait regrettable si les indications utiles formulées dans *Sauvé* et dans des décisions similaires devaient servir à opérer un retour au “formalisme aveugle et vide de sens” que la Cour suprême avait délaissé dans *Vetrovec* » (par. 121).

[100] La majorité déclare qu'elle ne veut pas s'écarter de *Vetrovec*, mais le cadre qu'elle propose produit exactement cet effet. Son intention, affirme-t-elle, est de fournir des précisions qui aident les juges de première instance (par. 14). Or, on peut faire autrement que de considérer comme obligatoires ce cadre et les exigences qu'il comporte. On peut dorénavant s'attendre à ce que les tribunaux d'appel se servent des quatre éléments du cadre proposé dans *Sauvé* comme d'une liste de contrôle. On assistera probablement à une augmentation du nombre d'appels fondés sur des points techniques.

[101] Enfin, je trouve troublant que, dans le premier paragraphe de ses motifs, mon collègue prenne appui sur le Deutéronome 19:15. Il y a bien des siècles, la religion, les mythes et le droit criminel fusionnaient pour établir des règles et des châtiements qui seraient intolérables aujourd'hui. À notre ère, les tribunaux ont acquis le statut d'institutions neutres et le droit criminel n'a pas besoin du soutien de la religion.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appellant Gurkirpal Singh Khela : Peck and Company, Vancouver.

Procureur de l'appellant Jodh Singh Sahota : Gil D. McKinnon, Vancouver.

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

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

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario): Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.