

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**John Griffin** *Respondent*

and

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Earl Roy Harris** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. GRIFFIN**

**Neutral citation: 2009 SCC 28.**

File Nos.: 32649, 32650.

2008: November 14; 2009: June 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Trial — Charge to jury — Burden of proof — Circumstantial evidence — Reasonable doubt — Whether trial judge erred in his instructions to jury on burden of proof and its application to circumstantial evidence — Whether trial judge erred by suggesting reasonable doubt is doubt for which a reason can be supplied.*

*Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — State of mind exception — Charge to jury — Deceased making statement to his girlfriend shortly before his death indicating that if harm came to him it would be at the hands of her “cousin’s family”, a reference to one of the accused — Whether deceased’s statement admissible under “state of mind” exception to hearsay rule — If so, whether trial judge correctly instructed jury on limited use that could be made of statement.*

The accused, G and H, were charged with first degree murder following the shooting death of P. The identity

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**John Griffin** *Intimé*

et

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Earl Roy Harris** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. GRIFFIN**

**Référence neutre : 2009 CSC 28.**

N<sup>os</sup> du greffe : 32649, 32650.

2008 : 14 novembre; 2009 : 18 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Fardeau de la preuve — Preuve circonstancielle — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en suggérant que le doute raisonnable est un doute qui peut être motivé?*

*Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception relative à l'état d'esprit — Exposé au jury — Déclaration de la victime, peu avant sa mort, à sa petite amie indiquant que s'il lui arrivait quelque chose, ce serait « la famille de ton cousin », en faisant référence à un des accusés — La déclaration de la victime est-elle admissible en vertu de l'exception à la règle du ouï-dire relative à « l'état d'esprit »? — Dans l'affirmative, le juge du procès a-t-il donné au jury des directives correctes concernant l'utilisation restreinte que ce dernier pouvait faire de la déclaration?*

Les accusés G et H ont été inculpés de meurtre au premier degré à la suite du décès par coup de feu de P.

of the killer was the sole issue at trial. P's girlfriend was the only witness who provided direct evidence on this issue and she identified G as the shooter. P and both accused were all heavily involved in the drug trade. The Crown's theory was that the shooting was retribution for P's failure to repay a large drug-related debt, and that G was the shooter while H acted as the lookout. Circumstantial evidence formed the core of the case against G, and the entirety of that against H. The Crown led evidence that P was driven into hiding and was fearful for his safety in the weeks preceding his death, and that G was on a relentless search for P.

P's girlfriend testified that shortly before his death, P said to her, "If anything happens to me it's your cousin's family." She understood that P was referring to G, and that he was afraid. Acknowledging the need for an appropriate limiting instruction, the trial judge ruled that the statement was admissible to show the state of mind of P and to rebut the defence proposition that others would have had a motive to kill P at the beginning of 2003.

In his charge to the jury on the burden of proof, the trial judge correctly instructed the jury that, in order to base a verdict of guilt on circumstantial evidence, they had to be convinced beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused was the only reasonable inference that could be drawn. However, he also stated that the accused was entitled to an acquittal if the jury found that there was an "equally rational inference" that did not point to guilt, and added that "[i]f there is a second inference that's as reasonable, you will not be able to base a verdict of guilt on circumstantial evidence." Following a question from the jury on whether reasonable doubt can be based upon feelings and intuitions, the trial judge repeated his previous instructions, including the ambiguous "equally rational inference" language. He added: "Whether you find there is a reasonable doubt, or whether you find there is not a reasonable doubt, you should individually be in a position to be able to explain your position." Defence counsel objected to the use of the "equally rational inference" terminology, arguing that it could suggest to the jury that a burden of proof rested on the accused. The trial judge recalled the jury and gave a clarification using the correct language. In providing a limiting instruction to the jury in respect of P's statement of fear of G, the trial judge told the jury the remark could be used to determine the state of mind of P shortly before his death, and to eliminate other potential

L'identité du meurtrier était la seule question en litige au procès. La petite amie de P était le seul témoin à avoir fourni une preuve directe sur ce point et elle a identifié G comme étant le tireur. P et les deux accusés étaient tous très impliqués dans le trafic de la drogue. Selon la thèse du ministère public, P a été abattu par représailles parce qu'il n'avait pas remboursé une importante dette de drogue et G était le tireur alors que H faisait le guet. La preuve présentée contre G était essentiellement circonstancielle alors que celle qui pesait contre H l'était entièrement. Le ministère public a présenté des éléments de preuve en vue d'établir que, dans les semaines précédant sa mort, P avait jugé nécessaire de se cacher et craignait pour sa sécurité, et que G recherchait P avec acharnement.

La petite amie de P a témoigné que dans les semaines précédant le meurtre de P, ce dernier lui a dit : « S'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin. » Elle a compris que P faisait référence à G, et qu'il avait peur. Reconnaisant qu'une directive restrictive s'imposait, le juge du procès a conclu à l'admissibilité des déclarations en vue d'établir l'état d'esprit de P et pour réfuter la thèse de la défense selon laquelle d'autres personnes auraient pu avoir un motif de tuer P au début de 2003.

Dans son exposé au jury concernant le fardeau de la preuve, le juge du procès a indiqué correctement aux jurés que, pour fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion raisonnable à tirer de la preuve était la culpabilité de l'accusé. Toutefois, il a également affirmé que l'accusé avait droit à un acquittement si le jury pouvait tirer une « conclusion également rationnelle » qui suggérerait l'innocence de l'accusé, et il a ajouté que « [s]il existe une deuxième conclusion tout aussi raisonnable, vous ne pourrez pas vous fonder sur la preuve circonstancielle pour justifier un verdict de culpabilité. » En réponse à une question des jurés relative à la possibilité que le doute raisonnable puisse se fonder sur des impressions ou des intuitions, le juge du procès a répété ses directives, notamment l'expression ambiguë « conclusion également rationnelle ». Il a ajouté : « Si vous concluez qu'il existe un doute raisonnable, ou si vous concluez qu'il n'en existe pas, chacun d'entre vous devrait pouvoir expliquer sa position. » Un avocat de la défense s'est opposé à l'emploi de l'expression « conclusion également rationnelle », plaidant qu'elle était susceptible d'amener les jurés à penser qu'un fardeau de preuve incombait à l'accusé. Le juge du procès a rappelé le jury et lui a donné les précisions en utilisant les termes appropriés. En donnant au jury une directive restrictive relativement à la déclaration de P disant qu'il avait peur

people who would want to do P harm, as far as P was concerned.

The jury found G guilty as charged and H guilty of the included offence of manslaughter. The majority of the Court of Appeal set aside the convictions and ordered a new trial on the basis of the trial judge's errors in his instructions on the burden of proof, and in the limiting instruction given in respect of P's statement of fear of G.

*Held* (LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeals should be allowed and the convictions restored.

*Per* Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The trial judge did not err in his instructions to the jury on the burden of proof. The trial judge fulfilled the essential requirement of an instruction on circumstantial evidence by instilling in the jury that in order to convict, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference that can be drawn from the circumstantial evidence is that the accused is guilty. Read in context, the words "equally rational" and "as reasonable" were not used as measures of the comparative value or weight of a non-guilty inference, but to describe the quality of any inference, guilty or otherwise, which might be drawn from the circumstantial evidence. When the instructions on circumstantial evidence are read as a whole, it is more likely than not that they would have been understood by the jury in the manner intended by the trial judge. Moreover, the clarifying recharge was entirely correct. It was sufficient that the trial judge called the jury's attention to his last instruction on circumstantial evidence, and then corrected the potentially ambiguous "equally rational inference" language with a clear and complete direction. [1] [33-36] [38]

There is no dispute regarding the correctness of the general instruction on reasonable doubt given in the main charge and repeated in the judge's reply to the jury's question. It entirely accords with the *Lifchus* standard. There is also no error in the additional impugned instruction that an individual juror should be able to explain his or her point of view and identify

de G, le juge du procès a dit aux jurés que la remarque pouvait être utilisée pour déterminer l'état d'esprit de P peu avant sa mort et pour éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal, selon lui.

Le jury a reconnu G coupable de l'infraction reprochée et il a reconnu H coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé les condamnations et ordonné un nouveau procès en raison des erreurs commises par le juge du procès dans ses directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve ainsi que dans la directive restrictive relativement à la déclaration de P disant qu'il avait peur de G.

*Arrêt* (les juges LeBel et Fish sont dissidents) : Les pourvois sont accueillis et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

*Les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein* : Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans ses directives au jury portant sur le fardeau de la preuve. Le juge du procès a respecté l'exigence essentielle d'une directive en matière de preuve circonstancielle en faisant comprendre aux jurés que, pour prononcer un verdict de culpabilité, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle est que l'accusé est coupable. Interprétés dans leur contexte, les termes « également rationnelle » et « tout aussi raisonnable » n'ont pas été utilisés pour mesurer la valeur ou le poids comparatif d'une conclusion de non-culpabilité mais pour décrire les attributs de toute conclusion, de culpabilité ou autre, pouvant être tirée de la preuve circonstancielle. Lorsque les directives relatives à la preuve circonstancielle sont considérées dans leur ensemble, elles auraient, selon toute vraisemblance, été comprises par les jurés de la manière souhaitée par le juge du procès. En outre, les nouvelles directives visant à clarifier celles qui avaient été données étaient entièrement correctes. Il suffisait que le juge du procès attire l'attention des jurés sur sa dernière directive concernant la preuve circonstancielle, et qu'il corrige le recours à l'expression potentiellement ambiguë « conclusion également rationnelle » en donnant une autre directive claire et complète. [1] [33-36] [38]

Nul ne conteste le bien-fondé de la directive générale sur le doute raisonnable, donnée dans l'exposé principal et reprise dans la réponse du juge à la question des jurés. Cet exposé est tout à fait conforme à la norme établie dans l'arrêt *Lifchus*. De même, aucune erreur n'entache la directive additionnelle attaquée selon laquelle chacun des jurés devrait être en mesure d'expliquer

specific reasons for reasonable doubt. Having regard to the jury charge as a whole and in light of the precise question from the jury on the role of feelings or intuitions in a reasonable doubt analysis, the instruction was simply a caution to jurors to base their verdict not on feelings or intuitions, but on a serious consideration of the evidence. [41-42] [44]

There is no reason to disturb the trial judge's ruling on the admissibility of the deceased's statement made to his girlfriend shortly before his death. That statement was tendered and admitted for the truth of the fact that P himself feared G, a purpose that does not exceed the scope of the traditional "state of mind" exception to the hearsay rule, under which declarations of present state of mind are admissible where the declarant's state of mind is relevant and the statement is made in a natural manner and not under circumstances of suspicion. In the present case, there was no argument that the statement was made under circumstances of suspicion. P's fear of G was a relevant fact because P's fearful state of mind was probative of the nature of the relationship between he and G in the time period preceding the murder. Such information may afford evidence of the accused's animus or intention to act against the victim, making it relevant to motive and, in turn, to the issue of identification. Accordingly, it was important for the jury to know that P went into hiding and feared for his safety in the weeks preceding his death because of his fear of G, and not because of his fear of someone else, as the defence suggested. The trial judge found that the statement's probative value outweighed its possible prejudicial effect and admitted the statement into evidence. His decision accorded with the applicable legal principles, and as such, it is entitled to deference. [59] [62-66] [74]

The trial judge properly instructed the jury not to use P's statement for the prohibited purpose of proving G's state of mind, or to conclude that G in fact intended to harm P. He correctly explained that the sole permissible use the jury could make of the statement was as proof of P's state of mind shortly before his death. He also clearly qualified his assertion that the statement could be used to eliminate other potential people who would want to do P harm with the phrase "as far as P was concerned". This instruction accurately set out the very purpose for which the statement was tendered: to demonstrate that as far as P was concerned — in his state of mind — G was the only person with cause to do him harm. [71]

son point de vue et de donner les raisons précises justifiant son doute raisonnable. Compte tenu de l'exposé aux jurés dans son ensemble et de la question précise qu'ils ont posée concernant le rôle que peuvent jouer les impressions ou les intuitions dans une analyse du doute raisonnable, la directive était simplement une mise en garde aux jurés les invitant à fonder leur verdict non pas sur des impressions ou des intuitions, mais sur un examen sérieux de la preuve. [41-42] [44]

Il n'y a aucune raison de modifier la décision du juge du procès concernant l'admissibilité de la déclaration que la victime a faite à sa petite amie peu avant sa mort. La déclaration a été présentée et admise en preuve en vue d'établir que P lui-même avait peur de G, ce qui n'excède pas la portée de l'exception à la règle du ouï-dire relative à « l'état d'esprit », selon laquelle les déclarations concernant l'état d'esprit existant sont admissibles lorsqu'il est utile de savoir quel était l'état d'esprit du déclarant et que la déclaration paraît avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses. En l'espèce, personne n'a prétendu que la déclaration avait été faite dans des circonstances douteuses. La peur que P avait de G constituait un élément pertinent parce que la peur éprouvée par P sert à établir la nature de la relation entre ce dernier et G dans la période précédant le meurtre. Ce renseignement peut servir à établir l'animosité que nourrissait l'accusé ou son intention d'agir contre la victime, ce qui le rendait pertinent en ce qui concerne le mobile, lequel est lui-même pertinent à l'identification. Par conséquent, il importait que le jury sache que P s'était caché et qu'il craignait pour sa sécurité dans les semaines précédant sa mort parce qu'il avait peur de G, et non parce qu'il craignait une autre personne, comme l'a suggéré la défense. Le juge du procès a conclu que la valeur probante de la déclaration l'emportait sur l'effet préjudiciable qu'elle risquait d'avoir et il a admis cette déclaration en preuve. Sa décision respectait les principes juridiques applicables et par conséquent, elle commande la déférence. [59] [62-66] [74]

Le juge du procès a indiqué comme il se doit au jury de ne pas utiliser la déclaration de P dans le but interdit de prouver l'état d'esprit de G ou pour conclure que G avait effectivement l'intention de faire du mal à P. Il a correctement expliqué que la déclaration pouvait uniquement servir à prouver l'état d'esprit de P peu avant sa mort. En outre, en ajoutant les mots « selon P », le juge a sensiblement nuancé son affirmation selon laquelle la déclaration pourrait être utilisée pour éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu vouloir du mal à P. Cette directive énonce avec exactitude l'objectif même de cet élément de preuve : pour démontrer que selon P — dans son état d'esprit — G était la seule personne ayant une raison de lui faire du mal. [71]

*Per* LeBel and Fish JJ. (dissenting): A new trial should be ordered on the basis of errors in the jury instructions on the burden of proof and of the trial judge's admission of P's out-of-court statement. The first deficiency in the charge on the burden of proof involved the explanation of how the standard of reasonable doubt applies to circumstantial evidence. Having chosen to elaborate on the basic principle that the jury could return a guilty verdict based on the circumstantial evidence if guilt was the only rational inference they could draw from the evidence, the trial judge should have said that if there was any other (as opposed to an "equally") rational inference arising from the proven facts that did not point to guilt, the jury would be bound to acquit. Furthermore, in his response to the specific question from the jury as to whether feelings or intuitions could form the basis for reasonable doubt, the trial judge repeated three more times the incorrect component of this instruction, using the term "equally". Because the jury was likely to have paid particular attention to the answer to their question, this would have amplified the misdirection. In order to ensure that a misdirection to the jury has been successfully rectified, a trial judge will generally have to repeat the direction he or she has given, acknowledge that it was incorrect, tell the jury to put it out of their minds and then tell them in plain and simple terms what the law is. The second deficiency arose in the trial judge's instruction that the jurors should be able to explain in some detail the basis for any reasonable doubt they might have. While instructing a jury that they should be able to explain their doubts would not necessarily constitute reversible error, here the trial judge's instructions went one step further, requiring the jury to be able to identify a specific reason for their doubt. In light of either of the uncorrected deficiencies in the charge on the burden of proof, and considering their combined effect in particular, it cannot be said that there is no reasonable possibility the jury was misled in this case. The error was serious. It may well have had significant consequences. The curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can therefore not be applied. [77-80] [83-87]

The trial judge also erred in admitting the victim's impugned out-of-court statement. The statement was inadmissible hearsay, under either the traditional exceptions or the principled approach. It was not admissible to prove G's state of mind and support an inference that

*Les juges* LeBel et Fish (dissidents) : Un nouveau procès devrait être ordonné en raison des erreurs commises dans les directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve et de l'admission, par le juge du procès, de la déclaration extrajudiciaire faite par P. La première lacune dans les directives du juge du procès relatives au fardeau de la preuve concerne l'explication fournie quant à la façon dont la norme du doute raisonnable s'applique à une preuve circonstancielle. Dans la mesure où il a choisi d'expliquer aux jurés le principe de base qu'ils pouvaient rendre un verdict de culpabilité sur le fondement d'une preuve circonstancielle si la culpabilité était la seule conclusion rationnelle qu'ils pouvaient tirer de la preuve, le juge du procès aurait dû dire au jury qu'il devait prononcer un verdict d'acquiescement s'il arrivait à toute autre conclusion rationnelle (plutôt qu'« également » rationnelle) découlant des faits établis et donnant à penser que l'accusé n'était pas coupable. En outre, dans sa réponse à la question précise du jury quant à savoir si le doute raisonnable pouvait se fonder sur des impressions ou des intuitions, le juge du procès a répété à trois reprises l'élément erroné de sa directive, en utilisant le terme « également ». En raison de la possibilité que le jury porte une attention particulière à la réponse du juge, cette explication a sans doute renforcé la directive erronée. Afin de veiller à ce qu'une directive erronée soit corrigée de façon satisfaisante, le juge du procès devra généralement répéter la directive qu'il a donnée, reconnaître qu'elle était inexacte, indiquer aux jurés de ne pas en tenir compte et ensuite leur expliquer l'état du droit dans un langage simple et compréhensible. La deuxième lacune découlait des directives du juge du procès indiquant aux jurés qu'ils devraient être en mesure d'expliquer avec une certaine précision pourquoi ils auraient un doute raisonnable. Bien qu'indiquer aux jurés qu'ils devraient être en mesure de motiver leurs doutes ne constituerait pas nécessairement une erreur donnant lieu à révision, les directives du juge du procès en l'espèce sont allées plus loin en exigeant que les jurés soient en mesure de motiver leur doute de façon précise. Compte tenu de chacune des lacunes non corrigées que comportent les directives portant sur le fardeau de la preuve et, plus particulièrement, de leur effet combiné, on ne saurait conclure qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que les jurés aient été induits en erreur en l'espèce. Il s'agissait d'une erreur grave. Elle a vraisemblablement eu d'importantes conséquences. La disposition réparatrice de l'al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne peut donc pas être appliquée. [77-80] [83-87]

Le juge du procès a également commis une erreur en admettant en preuve la déclaration extrajudiciaire contestée de la victime. Cette déclaration constituait une preuve par ouï-dire inadmissible, tant selon les exceptions traditionnelles que selon l'exception raisonnée.

he had a motive to harm P. The basis for P's statement that G wished to harm him, and whether P's perception was accurate, are unknown and purely a matter of speculation. In addition, the statement in question is a statement of opinion which cannot be overcome by any hearsay exception, and there is a substantial risk that it was accorded undue weight: it lacked probative value, and it was highly prejudicial. Similarly, the statement is not admissible to establish P's state of mind that he was afraid of G. The state of mind of a victim is irrelevant unless it tends to support a permissible inference regarding a relevant fact. Since P's basis for his belief is not known, a court cannot rely upon this statement. P's state of mind is therefore irrelevant on its own, and it is impermissible to use it to infer G's motive. P's statement was also not admissible to eliminate other suspects, as it could not possibly support an inference that unidentified third parties did not wish him harm. Finally, the statement could not be admitted to support other circumstantial evidence, because its probative value for this purpose is greatly outweighed by its prejudicial effect. This great risk of prejudice could not be attenuated by a limiting instruction. It is difficult to justify admitting the statement for a marginally probative and tangential purpose while insisting that the jury not use it in the most obvious and prejudicial way possible. The decision to admit the statement cannot be characterized as "harmless", nor can the evidence against the accused be described as "overwhelming". Accordingly, the curative proviso cannot remedy this error. [77] [88] [97-99] [102-110]

### Cases Cited

By Charron J.

**Referred to:** *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. v. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. v. Foreman* (2002), 6 C.R. (6th) 201; *R. v. Pasqualino*, 2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319; *R. v. Lemky* (1992), 17 B.C.A.C. 71,

Il n'était pas admissible de prouver l'état d'esprit de G pour étayer une conclusion suivant laquelle G avait une raison de vouloir s'en prendre à P. On ne sait pas pour quelle raison P a déclaré que G lui voulait du mal, ou si sa perception était juste; ses raisons relèvent de la pure conjecture. De plus, la déclaration énonce une opinion qu'aucune exception à la règle du oui-dire ne peut écarter. Il subsiste un risque sérieux qu'on lui ait accordé trop d'importance; elle était dépourvue de force probante et demeurait très préjudiciable. De même, la déclaration n'est pas admissible pour établir l'état d'esprit de P, soit qu'il avait peur de G. L'état d'esprit d'une victime n'est pas pertinent sauf s'il tend à étayer une inférence acceptable portant sur un fait pertinent. Comme on ne sait pas pourquoi P se croyait en danger, une cour ne peut pas s'appuyer sur cette déclaration. L'état d'esprit de P n'est donc pas pertinent en soi, et il ne saurait être utilisé pour tirer des conclusions quant au mobile de G. La déclaration de P n'était pas non plus admissible en preuve pour « éliminer » d'autres suspects puisqu'il n'était pas possible qu'elle permette de conclure qu'aucune autre personne non identifiée ne voulait s'en prendre à lui. Enfin, la déclaration ne pouvait être admise pour étayer un autre élément de preuve circonstancielle parce que son effet préjudiciable possible l'emporte nettement sur sa valeur probante. Ce risque important de préjudice ne pouvait être atténué par une directive restrictive. Il est difficile de justifier l'admission en preuve de la déclaration en lui accordant une valeur probante faible et indirecte tout en insistant pour que les jurés ne l'utilisent pas de la manière qui s'impose d'emblée et qui est la plus préjudiciable. La décision d'admettre la déclaration ne peut être qualifiée d'« inoffensive », et on ne saurait dire non plus que la preuve présentée contre l'accusé était « accablante ». Par conséquent, la disposition réparatrice ne peut remédier à cette erreur. [77] [88] [97-99] [102-110]

### Jurisprudence

Citée par la juge Charron

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. c. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361; *R. c. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. c. Foreman* (2002), 6 C.R. (6th) 201; *R. c. Pasqualino*, 2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319; *R. c. Lemky*

aff'd [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

By LeBel and Fish JJ. (dissenting)

*R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Moon*, [1969] 3 All E.R. 803; *R. v. Seguin* (1979), 45 C.C.C. (2d) 498; *R. v. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85; *R. v. Carpenter* (1993), 14 O.R. (3d) 641; *R. v. Cavanagh* (1976), 15 O.R. (2d) 173; *Shapiro v. Wilkinson*, [1943] O.R. 806; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Russell*, 2000 SCC 55, [2000] 2 S.C.R. 731; *R. v. Beauchamp*, 2000 SCC 54, [2000] 2 S.C.R. 720; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Cowell*, [2002] O.J. No. 4783 (QL); *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *Shepard v. United States*, 290 U.S. 96 (1933); *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823.

#### Statutes and Regulations Cited

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

#### Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Doyon and Côté J.J.A.), 2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 237 C.C.C. (3d) 374, 58 C.R. (6th) 86, [2008] Q.J. No. 3589 (QL), [2008] Q.J. No. 3590 (QL), 2008 CarswellQue 3430, setting aside the convictions of both accused and ordering a new trial. Appeals allowed, LeBel and Fish JJ. dissenting.

*Thierry Nadon and Geneviève Dagenais*, for the appellant.

(1992), 17 B.C.A.C. 71, conf. par [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Citée par les juges LeBel et Fish (dissidents)

*R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Moon*, [1969] 3 All E.R. 803; *R. c. Seguin* (1979), 45 C.C.C. (2d) 498; *R. c. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85; *R. c. Carpenter* (1993), 14 O.R. (3d) 641; *R. c. Cavanagh* (1976), 15 O.R. (2d) 173; *Shapiro c. Wilkinson*, [1943] O.R. 806; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Russell*, 2000 CSC 55, [2000] 2 R.C.S. 731; *R. c. Beauchamp*, 2000 CSC 54, [2000] 2 R.C.S. 720; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Cowell*, [2002] O.J. No. 4783 (QL); *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *Shepard c. United States*, 290 U.S. 96 (1933); *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823.

#### Lois et règlements cités

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

#### Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa : La Commission, 1975.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont. : Butterworths, 1999.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Doyon et Côté), 2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 237 C.C.C. (3d) 374, 58 C.R. (6th) 86, [2008] Q.J. No. 3589 (QL), [2008] Q.J. No. 3590 (QL), 2008 CarswellQue 3430, qui ont annulé les déclarations de culpabilité des accusés et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvois accueillis, les juges LeBel et Fish sont dissidents.

*Thierry Nadon et Geneviève Dagenais*, pour l'appelante.

*Louis Belleau*, for the respondent Griffin.

*Louis Belleau*, pour l'intimé Griffin.

No one appeared for the respondent Harris.

Personne n'a comparu pour l'intimé Harris.

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

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

CHARRON J. —

LA JUGE CHARRON —

## 1. Introduction

## 1. Introduction

[1] Following their joint trial for first degree murder before a judge and jury, John Griffin was found guilty as charged and Earl Harris was found guilty of the included offence of manslaughter. Each appealed his conviction on similar grounds, only two of which remain at issue. Both grounds concern the trial judge's instructions to the jury. The first ground of appeal relates to the instructions on the burden of proof, and the second to the directions on the permissible use of a statement made by the deceased shortly before his death. Doyon J.A. of the Court of Appeal of Quebec (Baudouin J.A. concurring) gave effect to both grounds and ordered a new trial; Côté J.A., in dissent, would have dismissed the appeals: 2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 237 C.C.C. (3d) 374. The Crown appeals to this Court as of right on both grounds.

[1] À la suite d'un procès conjoint pour meurtre au premier degré devant juge et jury, John Griffin a été reconnu coupable de l'infraction reprochée et Earl Harris a été reconnu coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Chacun d'eux a fait appel de sa condamnation pour des motifs similaires; les deux seuls motifs encore en litige concernent les directives du juge au jury. Le premier moyen d'appel a trait aux directives portant sur le fardeau de la preuve, et le deuxième a trait aux directives relatives à l'utilisation qu'il est permis de faire d'une déclaration de la victime faite peu avant sa mort. Le juge Doyon de la Cour d'appel du Québec (avec l'accord du juge Baudouin) a accepté les deux moyens d'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La juge Côté, dissidente, aurait rejeté les appels : 2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 58 C.R. (6th) 86. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour quant aux deux moyens d'appel.

[2] For the reasons that follow, I would allow the appeals and restore the convictions.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de rétablir les déclarations de culpabilité.

## 2. The Evidence at Trial

## 2. La preuve présentée au procès

### 2.1 *The Shooting*

### 2.1 *La fusillade*

[3] Griffin and Harris were charged with first degree murder following the shooting death of Denis Poirier on February 2, 2003. The murder took place at approximately 4:45 p.m., near the intersection of Atwater Avenue and Workman

[3] Messieurs Griffin et Harris ont été accusés de meurtre au premier degré à la suite du décès par coup de feu de Denis Poirier le 2 février 2003. Le meurtre a eu lieu vers 16 h 45, près de l'intersection de l'avenue Atwater et de la rue Workman à

Street in Montreal. Just prior to his death, Poirier and his girlfriend, Jennifer Williams, were eating take-out food in her parked car. Poirier exited the car to urinate in a parking lot on Workman Street. Moments later, he was shot.

[4] The identity of Poirier's killer was the sole issue at trial. Williams was the only witness who provided direct evidence of the shooter's identity. She testified that she saw him round the corner of Atwater Avenue and Workman Street, approach Poirier, and fire a weapon three times in his direction, twice after Poirier had gone down. Williams was able to identify the shooter as Griffin.

[5] A second eyewitness to the shooting, Father Yvon Lavoie, observed part of the scene from the window of the presbytery overlooking the parking lot on Workman Street. Father Lavoie saw the profile of a man with a weapon in his right hand. He saw the man fire three shots in a downward direction, but could not see at whom or what the man was shooting. Father Lavoie was unable to identify the shooter from police photos, nor could he identify Griffin as the assailant in court.

[6] The victim and the respondents, Griffin and Harris, were all heavily involved in the drug trade. The Crown's theory was that the shooting was retribution for Poirier's failure to repay a large drug-related debt, and that Griffin was the shooter while Harris acted as the lookout. In support of its theory, the Crown led evidence that in the weeks leading up to the killing, Poirier was afraid for his safety and had gone into hiding. During this time, Griffin, at times accompanied by Harris, searched for Poirier with increasing urgency. Apart from the direct evidence of Williams and Father Lavoie, the Crown's case against Griffin was based on circumstantial evidence. The case against Harris was entirely circumstantial. The circumstantial evidence is summarized in some detail by Doyon J.A. in the Court of Appeal below. The main features

Montréal. Juste avant sa mort, M. Poirier mangeait des mets à emporter en compagnie de sa petite amie, Jennifer Williams, dans la voiture stationnée de cette dernière. Il a été abattu peu après être sorti de la voiture pour uriner dans un stationnement de la rue Workman.

[4] L'identité du meurtrier de M. Poirier était la seule question en litige au procès. Madame Williams est le seul témoin à avoir fourni une preuve directe de l'identité du meurtrier. Elle a déclaré l'avoir vu tourner au coin de l'avenue Atwater et de la rue Workman, s'approcher de M. Poirier et tirer trois fois dans sa direction, dont deux fois après que M. Poirier se soit effondré. Madame Williams a été en mesure d'identifier M. Griffin comme étant le tireur.

[5] Un deuxième témoin oculaire de la fusillade, le père Yvon Lavoie, a vu une partie de la scène à partir de la fenêtre du presbytère donnant sur le stationnement situé sur la rue Workman. Le père Lavoie a vu un homme de profil qui tenait une arme dans sa main droite. Il l'a vu tirer trois coups de feu vers le bas, mais il n'a pas pu voir sur qui ou quoi l'homme tirait. Le père Lavoie n'a pas été en mesure d'identifier le tireur sur des photos que les policiers lui ont montrées, ni, pendant le procès, d'identifier M. Griffin comme étant l'agresseur.

[6] La victime et les intimés, MM. Griffin et Harris, étaient tous très impliqués dans le trafic de la drogue. Selon la thèse du ministère public, M. Poirier a été abattu par représailles parce qu'il n'avait pas remboursé une importante dette de drogue et M. Griffin était le tireur alors que M. Harris faisait le guet. À l'appui de sa thèse, le ministère public a produit des éléments de preuve établissant que, dans les semaines précédant le meurtre, M. Poirier craignait pour sa sécurité et se cachait. Pendant ce temps, M. Griffin, parfois accompagné de M. Harris, s'est mis à chercher M. Poirier avec une ardeur de plus en plus agressive. La preuve du ministère public contre M. Griffin était circonstancielle, sauf pour les témoignages directs de M<sup>me</sup> Williams et du père Lavoie. La preuve présentée contre M. Harris était entièrement circonstancielle.

of the case against Griffin and Harris are the following.

## 2.2 *The Drug Debt*

[7] Matthew Demaine and Joe Besso were drug users and friends of Poirier. Demaine worked at the Claremont, a Montreal restaurant frequented by both Griffin and Poirier.

[8] Demaine testified that on December 27, 2002, he saw Griffin, Harris and a man identified as “Peter the Italian” at the restaurant. He observed Poirier hand over a bag to Peter, during the course of what appeared to be a drug transaction. Sometime after this encounter, Poirier stopped coming to the restaurant. In fact, he left his home and went into hiding at the Clarion Hotel.

[9] In early January 2003, Griffin went to the restaurant. He appeared impatient and told Demaine that he had set up a meeting with Poirier for that day. Poirier never showed up, but later called Demaine, asking him to tell Griffin that everything was all right. Demaine relayed the message.

[10] On January 5, 2003, Peter told Demaine that Poirier owed him an outstanding debt that was to be paid no later than the next day or “he’s done”. Demaine also overheard Peter say to Besso:

This guy is a friend of yours. . . . Well, you tell him he’s got until 5 o’clock tomorrow and if he doesn’t pay me, he can keep the money and he can keep the rest of the shit and I’m going to put a hit on him.

[11] That evening, Demaine and Poirier met in the bar at the Clarion Hotel where Poirier was hiding. Poirier described his financial problems to Demaine. He owed Griffin and Peter approximately \$100,000 following drug-related transactions that

Le juge Doyon de la Cour d’appel fait un résumé passablement détaillé de la preuve circonstancielle. Les points saillants de la preuve présentée contre MM. Griffin et Harris sont exposés ci-dessous.

## 2.2 *La dette de drogue*

[7] Matthew Demaine et Joe Besso étaient des consommateurs de drogues et des amis de M. Poirier. Monsieur Demaine travaillait au restaurant Claremont, un établissement situé à Montréal que fréquentaient MM. Griffin et Poirier.

[8] Monsieur Demaine a déclaré dans son témoignage que, le 27 décembre 2002, il avait vu M. Griffin, M. Harris et un homme surnommé [TRADUCTION] « Peter l’Italien » au restaurant. Il a vu M. Poirier remettre un sac à Peter au cours de ce qui semblait être une transaction de drogue. Dans la période qui a suivi cette rencontre, M. Poirier a cessé de fréquenter le restaurant. En fait, il a quitté son domicile pour aller se cacher à l’hôtel Clarion.

[9] Au début du mois de janvier 2003, M. Griffin s’est rendu au restaurant. Il semblait impatient et il a dit à M. Demaine qu’il avait organisé une rencontre avec M. Poirier le même jour. Monsieur Poirier ne s’est jamais présenté, mais plus tard il a communiqué avec M. Demaine pour lui demander de dire à M. Griffin que tout allait bien. Monsieur Demaine a fait le message.

[10] Le 5 janvier 2003, Peter a dit à M. Demaine que M. Poirier avait une dette envers lui et qu’il devait rembourser la somme due au plus tard le lendemain, sans quoi, avait-il ajouté, [TRADUCTION] « il est fait ». Monsieur Demaine a également entendu Peter dire à M. Besso :

[TRADUCTION] Ce gars-là est un de tes amis [. . .] Alors, dis-lui qu’il a jusqu’à 5 h demain et que s’il ne me rembourse pas, il peut garder l’argent et il peut garder le reste de la coke, et je vais mettre un contrat sur sa tête.

[11] Le même soir, M. Demaine et M. Poirier se sont rencontrés au bar de l’hôtel Clarion où se cachait M. Poirier. Ce dernier a fait part à M. Demaine de ses problèmes financiers. Il devait environ 100 000 \$ à M. Griffin et à Peter à la suite de

had gone sour. He explained to Demaine that he could not repay the debt, in part because an intermediary had refused to pay tens of thousands of dollars due to him on the pretext that the quantity and quality of the drug he had provided was unsatisfactory, and because Poirier owed him money.

### 2.3 *Griffin's Search for Poirier*

[12] Following Poirier's failure to attend the scheduled meeting at the restaurant, Griffin set out on a relentless search for Poirier. He visited the restaurant frequently and called Demaine daily, demanding to know where Poirier was hiding.

[13] Around January 19, 2003, Griffin's efforts to track down Poirier intensified. He went to the restaurant and gave Demaine "one last chance" to disclose Poirier's whereabouts. Demaine refused. He was afraid that if Griffin found him, Poirier would be killed.

[14] On January 21, 2003, Poirier telephoned Demaine several times, anxiously asking if he knew where Besso, who had disappeared, could be found. Demaine did not know.

[15] On January 22, 2003, a man arrived at the restaurant and told Demaine, "Johnny [Griffin] wants to talk to you." Griffin was waiting outside. He ordered Demaine into a vehicle, struck him, and refused to tell him where they were going as the car drove away from the restaurant. The vehicle stopped at a building and Demaine was told to go into the basement. Besso was there and it was obvious that he had been badly beaten. Griffin told Demaine "don't worry", he would not be beaten like Besso. Instead, Griffin said that unless he disclosed who had been "dealing" for Poirier and where Poirier was hiding, "I'm going to fucking kill you." Demaine divulged that Poirier was at the Clarion Hotel. Griffin made a call on his cell phone,

transactions de drogues qui avaient mal tourné. Il a expliqué à M. Demaine qu'il n'était pas en mesure de rembourser sa dette, notamment parce qu'un des intermédiaires avait refusé de lui rembourser des dizaines de milliers de dollars, sous prétexte que la quantité et la qualité de la drogue qu'il avait fournie n'étaient pas satisfaisantes, et parce que M. Poirier lui devait de l'argent.

### 2.3 *Les recherches de M. Griffin en vue de trouver M. Poirier*

[12] Après que M. Poirier eut omis de se présenter au restaurant comme prévu, M. Griffin s'est mis à chercher M. Poirier avec acharnement. Il venait souvent au restaurant et il appelait M. Demaine tous les jours pour lui demander où se cachait M. Poirier.

[13] Vers le 19 janvier 2003, M. Griffin a intensifié les efforts en vue de retrouver M. Poirier. Il s'est rendu au restaurant et il a donné une [TRADUCTION] « dernière chance » à M. Demaine de lui dire où se trouvait M. Poirier. Monsieur Demaine a refusé. Il craignait que M. Poirier soit abattu si M. Griffin le trouvait.

[14] Le 21 janvier 2003, M. Poirier a téléphoné à M. Demaine à plusieurs reprises et lui a demandé avec insistance s'il savait où se trouvait M. Besso, qui avait disparu. Monsieur Demaine ne le savait pas.

[15] Le 22 janvier 2003, un homme s'est présenté au restaurant et a dit à M. Demaine : [TRADUCTION] « Johnny [M. Griffin] veut te parler. » Monsieur Griffin attendait à l'extérieur. Il a enjoint à M. Demaine de monter à bord du véhicule, l'a frappé et il a refusé de lui dire où ils allaient pendant que la voiture s'éloignait du restaurant. Le véhicule s'est arrêté devant un immeuble et M. Demaine a reçu l'ordre d'aller dans la cave. Monsieur Besso s'y trouvait et il avait manifestement été brutalement battu. Monsieur Griffin a dit à M. Demaine [TRADUCTION] « ne t'en fais pas », ajoutant qu'il ne serait pas battu comme M. Besso. Monsieur Griffin lui a plutôt dit qu'à moins qu'il ne lui indique qui faisait des « affaires » pour le compte de M. Poirier

telling the person on the other end, “[Y]ou want to do some work tonight? Heavy, pretty heavy”, and then departed, leaving Demaine and Besso sequestered for several hours.

[16] Griffin returned, accompanied by Harris, and ordered Demaine into the same vehicle that had brought him earlier. A man named Ronald Turner drove. The group set out to find Poirier. En route, Griffin ordered Demaine to telephone Poirier and set up a meeting. After several attempts, Demaine was successful in reaching Poirier, but Poirier refused to meet with him. Griffin was furious. He struck Demaine several times, demanding that he persuade Poirier to meet with him by telling him that he feared for his life.

[17] The four men drove first to Poirier’s residence. Griffin and Harris got out and looked for Poirier but he was not there. They next went to the Clarion Hotel. Griffin and Harris entered the hotel, leaving Demaine in the vehicle with Turner. Demaine managed to escape and found refuge in the nearby Ambassador Hotel, where he had the concierge call the police, to whom he relayed the story of his abduction.

[18] That same evening, January 22, 2003, Poirier met with his girlfriend Williams at the bar of the Clarion Hotel. Poirier left the bar at regular intervals throughout the evening to make phone calls and check his messages, and he grew increasingly stressed as the evening went on. Around 11 p.m., Poirier suggested that Williams depart, and as she was leaving he said to her: “If anything happens to me it’s your cousin’s family.” A first cousin of Williams had a child with a first cousin of Griffin, and Williams immediately understood that Poirier was referring to Griffin. Poirier did not explain

et où ce dernier se cachait, il allait le [TRADUCTION] « tuer câlce ». Monsieur Demaine a révélé que M. Poirier se trouvait à l’hôtel Clarion. Monsieur Griffin a fait un appel avec son téléphone cellulaire et a dit à son interlocuteur : [TRADUCTION] « [V]eux-tu travailler ce soir? Du travail sérieux, pas mal sérieux. » Ensuite il est parti, laissant MM. Demaine et Besso enfermés pendant plusieurs heures.

[16] Monsieur Griffin est revenu en compagnie de M. Harris et il a donné l’ordre à M. Demaine de monter dans le véhicule qui l’avait emmené plus tôt. Un certain Ronald Turner conduisait. Le groupe est parti à la recherche de M. Poirier. En route, M. Griffin a ordonné à M. Demaine d’appeler M. Poirier et d’organiser une réunion. Après plusieurs tentatives, M. Demaine a réussi à joindre M. Poirier, mais celui-ci a refusé de le rencontrer. Monsieur Griffin était furieux. Il a frappé M. Demaine à plusieurs reprises et a exigé que ce dernier persuade M. Poirier de le rencontrer en lui disant qu’il craignait pour sa vie.

[17] Les quatre hommes se sont d’abord rendus à la résidence de M. Poirier. Messieurs Griffin et Harris sont sortis de la voiture et ont tenté en vain de trouver M. Poirier. Ensuite, ils se sont rendus à l’hôtel Clarion. Messieurs Griffin et Harris y sont entrés, laissant M. Demaine dans l’automobile avec M. Turner. Monsieur Demaine a réussi à s’enfuir et s’est réfugié à l’hôtel Ambassador situé tout près, où il a demandé au concierge d’appeler la police, à qui il a fait le récit de son enlèvement.

[18] Le même soir, le 22 janvier 2003, M. Poirier a rencontré sa petite amie, M<sup>me</sup> Williams, au bar de l’hôtel Clarion. Pendant la soirée, il a quitté le bar à intervalles réguliers pour faire des appels et prendre ses messages, et s’est montré de plus en plus anxieux. Vers 23 h, M. Poirier a invité M<sup>me</sup> Williams à partir et au moment de son départ il lui a dit : [TRADUCTION] « S’il m’arrive quelque chose, c’est la famille de ton cousin. » Un cousin germain de M<sup>me</sup> Williams avait eu un enfant avec un cousin germain de M. Griffin, et M<sup>me</sup> Williams a immédiatement compris que M. Poirier parlait

to Williams why he feared for his safety but she understood he was afraid of Griffin.

[19] The following day, during phone conversations with both Williams and Demaine, Poirier relayed that he had seen Griffin and Harris enter the Clarion Hotel the previous day and had fled to hide in another room. Williams testified that he told her he was “scared for his life” and “didn’t know what to do”.

#### 2.4 *The Fatal February 2nd Meeting*

[20] In the week preceding the February 2, 2003 shooting, Griffin contacted Poirier’s friend Steven Lauti in an effort to gather information about Poirier’s whereabouts. Lauti did not have any information.

[21] Griffin also met with Jesse McBrearty, who regularly provided Poirier with cocaine, and asked that McBrearty notify him if he planned on meeting with Poirier. McBrearty did not know the nature of the relationship between the two men, only that he had been asked to facilitate a meeting between them.

[22] Shortly thereafter, a meeting was organized between McBrearty and Poirier for February 2, 2003. The two were scheduled to convene at the corner of Atwater Avenue and Workman Street, where Poirier intended to purchase cocaine from McBrearty. McBrearty contacted Griffin and told him of the meeting.

[23] Poirier arrived at the intersection of Atwater Avenue and Workman Street at the designated time on February 2. He was accompanied by Williams, and the two arrived in her car. As McBrearty had not yet appeared, Poirier and Williams went to purchase some take-out food, and then returned to Atwater and Workman. Poirier telephoned McBrearty to see when he would arrive, who in turn called Griffin to relay that Poirier was getting

de M. Griffin. Monsieur Poirier n’a pas expliqué à M<sup>me</sup> Williams pourquoi il craignait pour sa sécurité, mais elle a compris qu’il avait peur de M. Griffin.

[19] Le lendemain, pendant des conversations téléphoniques avec M<sup>me</sup> Williams et M. Demaine, M. Poirier a fait savoir qu’il avait vu M. Griffin et M. Harris entrer à l’hôtel Clarion le jour précédent et qu’il s’était enfui pour se cacher dans une autre chambre. Madame Williams a déclaré qu’il lui avait dit qu’il [TRADUCTION] « craignait pour sa vie » et qu’il « ne savait pas quoi faire ».

#### 2.4 *La rencontre fatale du 2 février*

[20] Dans la semaine précédant la fusillade du 2 février 2003, M. Griffin a communiqué avec Steven Lauti, un ami de M. Poirier, dans le but d’obtenir des renseignements sur les allées et venues de M. Poirier. Monsieur Lauti n’en savait rien.

[21] Monsieur Griffin a aussi rencontré Jesse McBrearty, qui fournissait régulièrement de la cocaïne à M. Poirier, et lui a demandé de le mettre au courant s’il prévoyait rencontrer M. Poirier. Monsieur McBrearty ne connaissait pas la nature des rapports qu’entretenaient les deux hommes; il savait seulement qu’on lui avait demandé de faciliter leur rencontre.

[22] Peu après, M. McBrearty et M. Poirier se sont fixés rendez-vous le 2 février 2003. Les deux hommes devaient se rencontrer au coin de l’avenue Atwater et de la rue Workman, où M. Poirier avait l’intention d’acheter de la cocaïne à M. McBrearty. Ce dernier a communiqué avec M. Griffin et l’a mis au courant du rendez-vous.

[23] Le 2 février, à l’heure prévue, M. Poirier est arrivé à l’intersection de l’avenue Atwater et de la rue Workman dans la voiture de M<sup>me</sup> Williams qui l’accompagnait. Comme M. McBrearty n’était pas encore arrivé, M. Poirier et M<sup>me</sup> Williams sont allés acheter des mets à emporter et sont ensuite retournés au coin des rues Atwater et Workman. Monsieur Poirier a ensuite appelé M. McBrearty pour savoir quand il arriverait, lequel à son tour

impatient. Griffin told McBrearty: “Don’t worry I’ll be there soon.”

[24] Cellular telephone records indicate that Griffin contacted Harris three times in the moments immediately preceding the murder, and that both men were within a few blocks of the Atwater and Workman intersection at this time. In the moments directly following Poirier’s murder, Griffin again telephoned Harris from the same vicinity. Telephone records further confirm that McBrearty was no where near the site of the shooting at the relevant time.

[25] Upon his arrest on February 5, 2003, Griffin was in possession of the licence plate number of Williams’s car. She had only owned the vehicle for a short time.

[26] Neither Griffin nor Harris testified at trial. The evidence regarding Poirier’s debt to Griffin and the latter’s desire to have the debt repaid was uncontested. The defence argued the existence of a reasonable doubt, alleging that individuals other than Griffin could have wanted to harm Poirier as a result of certain “unfortunate” drug-related transactions in which he had been involved.

### 3. Analysis

#### 3.1 *Instructions to the Jury on the Burden of Proof*

[27] The first ground of appeal concerns the instructions to the jury on the burden of proof. The majority in the court below was of the view that the trial judge erred in his instructions on the burden of proof and its application to circumstantial evidence. Although the trial judge correctly instructed the jury on several occasions that, in order to base a verdict of guilt on circumstantial evidence, they had to be convinced beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused was the only reasonable

a communiqué avec M. Griffin pour lui dire que M. Poirier commençait à s’impatier. Monsieur Griffin a dit à M. McBrearty : [TRADUCTION] « Ne t’en fais pas, je serai là bientôt. »

[24] Des relevés d’appel de téléphone cellulaire indiquent que M. Griffin a communiqué avec M. Harris trois fois dans les minutes qui ont précédé le meurtre, et que les deux hommes se trouvaient alors à quelques pâtés de maisons de l’intersection des rues Atwater et Workman. Dans les minutes qui ont suivi le meurtre de M. Poirier, toujours dans le même secteur, M. Griffin a de nouveau appelé M. Harris par téléphone. Les relevés des appels téléphoniques confirment qu’au moment en cause, M. McBrearty ne se trouvait pas près du lieu du meurtre.

[25] Lors de son arrestation, le 5 février 2003, M. Griffin avait en sa possession le numéro de la plaque d’immatriculation de la voiture de M<sup>me</sup> Williams. Elle n’en était propriétaire que depuis peu.

[26] Ni M. Griffin ni M. Harris n’ont témoigné au procès. La preuve concernant la dette que M. Poirier avait envers M. Griffin ainsi que le fait que ce dernier voulait être remboursé ne sont pas contestés. La défense a fait valoir l’existence d’un doute raisonnable en prétendant que d’autres personnes que M. Griffin auraient pu vouloir s’en prendre à M. Poirier en raison de certaines opérations de drogue [TRADUCTION] « malencontreuses » auxquelles il avait participé.

### 3. Analyse

#### 3.1 *Directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve*

[27] Le premier moyen d’appel concerne les directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle. Bien que le juge du procès ait à maintes reprises indiqué correctement aux jurés que, pour fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, ils devaient être convaincus hors

inference that could be drawn, the trial judge elsewhere used language suggesting that an inference other than guilt would have to be “as reasonable” in order to lead to an acquittal. In the majority’s view, this language constituted legal error and the corrected instruction given to the jury during the course of their deliberations was insufficient to remedy any potential confusion. The majority further found that the error was compounded by “an excessively demanding instruction to motivate reasonable doubt” (para. 75) given in response to a question from the jury asking whether a reasonable doubt could be based on “feelings, intuitions, et cetera”. Côté J.A. disagreed on both points, finding no legal error.

[28] After explaining the difference between direct and circumstantial evidence and noting that circumstantial evidence formed the core of the case against Griffin, and the entirety of that against Harris, the trial judge gave the following impugned instruction on the burden of proof and circumstantial evidence:

And the point that has to be kept into mind and that is extremely important, because I’ve talked about drawing inferences or drawing rational inferences, and this is something you should note. Before basing a verdict of guilt on circumstantial evidence, so before basing a verdict of guilt on circumstantial evidence, you must be convinced beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused is the only reasonable inference to draw from the facts you have chosen to rely upon. I’ll repeat that.

Before basing a verdict of guilt on circumstantial evidence, you must be convinced, beyond a reasonable doubt, that the guilt of the accused is the only reasonable inference to draw from the facts which you have chosen to rely upon.

In other words, if there is an equally reasonable inference, which would indicate an innocent purpose, you

de tout doute raisonnable que la seule conclusion raisonnable à tirer de la preuve était la culpabilité de l’accusé, il a à d’autres moments employé des termes laissant entendre que, pour justifier un acquittement, une conclusion autre que la culpabilité de l’accusé devait être [TRADUCTION] « tout aussi raisonnable ». Selon les juges majoritaires, le juge du procès a commis une erreur de droit en s’exprimant ainsi et le correctif apporté pendant les délibérations du jury n’a pas suffi à dissiper de possibles ambiguïtés. Les juges formant la majorité ont en outre conclu qu’[TRADUCTION] « une directive trop exigeante concernant la justification d’un doute raisonnable » (par. 75), donnée en réponse à une question du jury visant à savoir si un doute raisonnable pouvait se fonder sur des [TRADUCTION] « impressions, des intuitions, etc. », avait aggravé l’erreur commise par le juge du procès. La juge Côté a exprimé son désaccord sur ces deux points, estimant qu’aucune erreur de droit n’avait été commise.

[28] Après avoir expliqué la différence entre une preuve directe et une preuve circonstancielle et avoir signalé que la preuve présentée contre M. Griffin était essentiellement circonstancielle alors que celle qui pesait contre M. Harris l’était entièrement, le juge du procès a donné comme suit la directive contestée concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle :

[TRADUCTION] Et le point qu’il faut garder à l’esprit et qui est extrêmement important étant donné que j’ai parlé de tirer des conclusions ou de tirer des conclusions rationnelles, il s’agit d’un point à retenir. Avant de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, alors avant de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que la culpabilité de l’accusé est la seule conclusion raisonnable que l’on peut tirer des faits sur lesquels vous avez choisi de vous appuyer. Je reprends cela.

Avant de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, vous devez être convaincus, hors de tout doute raisonnable, que la culpabilité de l’accusé est la seule conclusion raisonnable pouvant être tirée des faits sur lesquels vous avez choisi de vous appuyer.

Autrement dit, s’il existe une conclusion également raisonnable, qui indiquerait l’innocence de l’accusé, vous

could not render a verdict of guilt, because you would not [be] in a position to say, the only reasonable inference that I draw from this circumstantial evidence is guilt. If there is a second inference that's as reasonable, you will not be able to base a verdict of guilt on circumstantial evidence.

However, after your careful examination of all the evidence, if you arrive at the conclusion, the particular case, the only rationale inference to draw from the circumstantial evidence, which you rely upon, is guilt, then it would be your duty to render a verdict of guilt in those circumstances. [Emphasis added; A.R., at pp. 79-80.]

[29] Counsel made no objection on this point at the conclusion of the main charge.

[30] After two days of deliberation, the jury requested further guidance from the trial judge in this note:

Can we please get a legal definition of reasonable doubt? What things can it be based upon, for example, feelings, intuitions, et cetera? If mostly based on circumstantial evidence, where do we draw the line? Please advise. [A.R., at p. 209]

[31] With the consent of counsel, the trial judge responded to the jury's question by repeating both the instruction provided in his main charge on the definition of reasonable doubt, which is not in issue here, and the instruction on the application of the burden of proof to circumstantial evidence set out above, this time characterizing an inference other than guilt as an "equally rational inference". In addition, the trial judge gave a specific response to the suggestion in the jury's question that a reasonable doubt might be based on feelings or intuitions. I return to the latter component of the judge's answer to the jury's question later in these reasons. I deal first with the alleged error in the instructions on circumstantial evidence.

[32] Following the judge's response to the jury's question, counsel for the respondents objected to the use of the "equally rational inference" terminology, arguing that it could suggest to the jury

ne pourrez pas prononcer un verdict de culpabilité parce que vous ne serez pas en mesure de dire la culpabilité est la seule conclusion que je puisse tirer de la preuve circonstancielle. S'il existe une deuxième conclusion tout aussi raisonnable, vous ne pourrez pas vous fonder sur la preuve circonstancielle pour justifier un verdict de culpabilité.

Toutefois, si, après un examen approfondi de l'ensemble de la preuve, vous arrivez à la conclusion que, dans l'espèce, la seule conclusion raisonnable pouvant être tirée de la preuve circonstancielle, sur laquelle vous vous appuyez, est la culpabilité, alors il sera de votre devoir de prononcer un verdict de culpabilité dans les circonstances. [Je souligne; d.a., p. 79-80.]

[29] Les avocats n'ont soulevé aucune objection à ce sujet à la fin de l'exposé principal.

[30] Après deux jours de délibération, le jury a demandé des directives additionnelles au juge du procès dans la note suivante :

[TRADUCTION] Auriez-vous l'obligeance de nous donner une définition juridique du doute raisonnable? Sur quoi peut-il se fonder, par exemple, des impressions, des intuitions, etc.? Où tirer la ligne s'il se fonde principalement sur une preuve circonstancielle? Veuillez nous éclairer. [d.a., p. 209]

[31] Avec le consentement des avocats, le juge du procès a répondu à la question des jurés en répétant la directive fournie dans son exposé principal concernant la définition du doute raisonnable, qui n'est pas en litige en l'espèce, ainsi que la directive concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle, reproduite ci-dessus, cette fois en qualifiant une conclusion autre que la culpabilité de [TRADUCTION] « conclusion également rationnelle ». De plus, le juge du procès a explicitement répondu à la question des jurés, laquelle laissait entendre qu'il était possible qu'un doute raisonnable se fonde sur des impressions ou des intuitions. Je reviendrai sur la dernière partie de la réponse qu'il a donnée aux jurés. Je vais d'abord traiter de l'erreur qui aurait été commise dans les directives relatives à la preuve circonstancielle.

[32] À la suite de la réponse du juge au jury, l'avocat des intimés s'est opposé à l'emploi de l'expression « conclusion également rationnelle » et a plaidé qu'elle était susceptible d'amener les jurés à penser

that a burden of proof rested on the accused. In the absence of the jury, the trial judge explained to counsel that his use of the phrase “equally rational inference” in this context was equivalent to saying “another reasonable inference”. Nevertheless, out of an abundance of caution, he recalled the jury and gave the following clarification:

Just on the last point when dealing with circumstantial evidence and reasonable doubt and the way the two (2) meld together, I just want to make sure that it's clear in your mind that in order to render a verdict of guilt, based upon circumstantial evidence, the guilt of the accused would have to be the only rational inference that you could draw from the circumstantial evidence.

If there's any other rational inference that you can draw from the evidence that would mean that you would not be able to render a verdict of guilt based on the circumstantial evidence, because then there would be — at best you would have reached maybe a probability or a likelihood of guilt, but not have reached that higher standard of proof beyond a reasonable doubt. [A.R., at p. 216]

[33] We have long departed from any legal requirement for a “special instruction” on circumstantial evidence, even where the issue is one of identification: *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860. The essential component of an instruction on circumstantial evidence is to instill in the jury that in order to convict, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference that can be drawn from the circumstantial evidence is that the accused is guilty. Imparting the necessary message to the jury may be achieved in different ways: *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at para. 20. See also *R. v. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361, at paras. 108-10; *R. v. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380 (Ont. C.A.), at para. 29.

[34] There is no question that the instructions in the present case fulfilled this essential requirement. The trial judge repeatedly made clear to the jury that a guilty verdict can only be rendered if guilt

qu'un fardeau de preuve incombait à l'accusé. En l'absence des jurés, le juge du procès a expliqué aux avocats que l'emploi de l'expression « conclusion également rationnelle » dans ce contexte équivalait à dire [TRADUCTION] « une autre conclusion raisonnable ». Néanmoins, par surcroît de prudence, il a rappelé le jury et lui a donné les précisions suivantes :

[TRADUCTION] Uniquement en ce qui concerne le dernier point traitant de la preuve circonstancielle et du doute raisonnable et de la façon dont les deux (2) s'amalgament, je veux simplement m'assurer qu'il est clair à vos yeux que pour prononcer un verdict de culpabilité fondé sur une preuve circonstancielle, la culpabilité de l'accusé doit être la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle.

Si vous pouvez tirer de la preuve une autre conclusion rationnelle, cela signifie que vous ne pouvez pas prononcer un verdict de culpabilité fondé sur une preuve circonstancielle, parce qu'il y aurait alors — au mieux vous auriez conclu peut-être qu'il est probable ou vraisemblable que l'accusé soit coupable, mais votre conclusion n'aurait pas satisfait à la norme plus exigeante que constitue la preuve hors de tout doute raisonnable. [d.a., p. 216]

[33] Cette Cour a depuis longtemps écarté toute obligation que des « directives spéciales » soient données au jury relativement à la preuve circonstancielle, même lorsque la question en litige concerne l'identification : *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860. L'élément essentiel d'une directive en matière de preuve circonstancielle consiste à faire comprendre aux jurés que, pour prononcer un verdict de culpabilité, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle est que l'accusé est coupable. Il y a différentes façons de communiquer ce message aux jurés : *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (C.A. Ont.), par. 20. Voir également *R. c. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361, par. 108-110; *R. c. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Ont.), par. 29.

[34] Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce les directives respectaient cette exigence essentielle. Le juge du procès a précisé à maintes reprises au jury qu'un verdict de culpabilité ne peut être prononcé que s'il

is the sole rational inference to be drawn from the circumstantial evidence. The issue to be resolved, rather, is whether the use of the words “equally rational” and “as reasonable” detracted from the otherwise correct instructions by leading jurors to believe, as the respondents contend, that they could only acquit if they found an innocent inference from the circumstantial evidence of the same weight as an inference of guilt. It is argued that the impugned language had the potential to engage the jury in an abstract comparative exercise, assessing the qualitative reasonableness of one inference against another when the mere existence of any rational, non-guilty inference is sufficient to raise a reasonable doubt.

[35] Read in context, as all jury instructions must be, it becomes apparent that the words “equally rational” and “as reasonable” were not used as measures of the comparative value or weight of a non-guilty inference, but, as the judge himself explained to counsel, to describe the quality of *any* inference, guilty or otherwise, which might be drawn from the circumstantial evidence. Indeed, no one argues that the jury should be entitled to base its decision on *irrational* or *unreasonable* inferences. When the instructions on circumstantial evidence are read as a whole, it is more likely than not that they would have been understood by the jury in the manner intended by the trial judge. That said, it is my view that the instructions on this point were not as clear as they could have been and, consequently, the trial judge was wise to recharge the jury as he did.

[36] Both parties and the court below, unanimous on this point, agreed that the clarifying recharge was entirely correct. Griffin and Harris argue, however, that this final charge could not have rectified any possible confusion that may have resulted from the use of the impugned language because the trial judge failed to refer back to the problematic phrases employed in the earlier instructions.

s’agit de la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle. La question à trancher consiste plutôt à déterminer si l’emploi des expressions « également rationnelle » et « tout aussi raisonnable » s’écarterait des directives par ailleurs appropriées en amenant les jurés à croire, comme le soutiennent les intimés, que l’acquittement ne pouvait être prononcé que s’ils pouvaient tirer de la preuve circonstancielle une conclusion d’innocence tout aussi probante qu’une conclusion de culpabilité. Les intimés soutiennent que les propos contestés étaient susceptibles d’inciter les jurés à se livrer à un exercice comparatif abstrait nécessitant une analyse qualitative du caractère raisonnable d’une conclusion par rapport à une autre, alors que la simple existence d’une conclusion rationnelle de non-culpabilité est suffisante pour soulever un doute raisonnable.

[35] Interprétés dans leur contexte, comme doivent l’être toutes les directives au jury, il devient manifeste que les termes « également rationnelle » et « tout aussi raisonnable » n’ont pas été utilisés pour mesurer la valeur ou le poids comparatif d’une conclusion de non-culpabilité mais plutôt, comme le juge du procès l’a lui-même expliqué aux avocats, pour décrire les attributs de *toute* conclusion, de culpabilité ou autre, pouvant être tirée de la preuve circonstancielle. D’ailleurs, nul ne soutient qu’un jury devrait pouvoir fonder sa décision sur des inférences *irrationnelles* ou *déraisonnables*. Lorsque les directives relatives à la preuve circonstancielle sont considérées dans leur ensemble, elles auraient, selon toute vraisemblance, été comprises par les jurés de la manière souhaitée par le juge du procès. Cela dit, je suis d’avis que les directives à ce sujet auraient pu être plus claires et, par conséquent, le juge du procès a agi sagement en donnant de nouvelles directives aux jurés.

[36] Les deux parties ainsi que tous les juges de la Cour d’appel conviennent que les nouvelles directives visant à clarifier celles qui avaient été données étaient entièrement correctes. Messieurs Griffin et Harris soutiennent toutefois que cette dernière directive ne pouvait avoir dissipé les ambiguïtés que les termes contestés étaient susceptibles d’avoir causées parce que le juge du procès n’est pas revenu

This argument was accepted by the majority of the Court of Appeal, and rejected by Côté J.A.

[37] Griffin suggests that the trial judge should have instructed the jury in terms akin to the following:

What was required to correct the deleterious effect of the defective instructions was for the trial judge to tell the jury that they didn't need to determine whether any innocent inference they may consider was more reasonable or as reasonable, or less reasonable than an inference of guilt and that, as long as an inference not indicating guilt could be considered rational or reasonable and was not inconsistent with the evidence, they must acquit. [R.F., at para. 52]

[38] With respect, I agree with Côté J.A. that an instruction along the lines proposed by Griffin would serve only to exacerbate any potential confusion stemming from the previous instructions. It was sufficient that the trial judge called the jury's attention to his last instruction on circumstantial evidence, and then corrected the potentially ambiguous "equally rational inference" language with a clear and complete direction.

[39] I now turn to the trial judge's answer to the jury's question whether a reasonable doubt could be based on feelings or intuitions. After canvassing the gist of his proposed answer with counsel and obtaining their approval, the trial judge instructed the jury as follows:

So, when you ask in your question, is it feelings, is it intuitions, I would answer no to that question. Whether you find there is a reasonable doubt, or whether you find there is not a reasonable doubt, you should individually be in a position to be able to explain your position. You should be able to say, for instance, "Listen, I have a reasonable doubt on this essential element, and here's why I have a reasonable doubt. I can't rely on Witness A and B. I don't find Witness A and B credible. And here's why I don't find Witness A and B credible, because

sur les expressions problématiques utilisées dans les directives précédentes. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accepté cet argument et la juge Côté l'a rejeté.

[37] Selon M. Griffin, le juge du procès aurait dû formuler les instructions aux jurés d'une manière semblable à ce qui suit :

[TRADUCTION] Pour corriger l'effet préjudiciable des directives erronées, le juge du procès aurait dû dire aux jurés qu'ils n'ont pas à déterminer si une conclusion d'innocence qu'ils envisagent de tirer est plus raisonnable, aussi raisonnable ou moins raisonnable qu'une conclusion de culpabilité et que, pour autant qu'une conclusion n'indiquant pas que l'accusé est coupable puisse être considérée comme rationnelle ou raisonnable et qu'elle n'est pas incompatible avec la preuve, ils doivent prononcer un verdict d'acquittement. [m.i., par. 52]

[38] Avec égards, j'estime, comme la juge Côté, qu'une directive allant dans le sens de celle que propose M. Griffin ne ferait qu'exacerber les ambiguïtés pouvant résulter des directives précédentes. Il suffisait que le juge du procès attire l'attention des jurés sur sa dernière directive concernant la preuve circonstancielle, et qu'il corrige le recours à l'expression potentiellement ambiguë « conclusion également rationnelle » en donnant une autre directive claire et complète.

[39] Je vais maintenant examiner la réponse du juge du procès à la question des jurés, à savoir si un doute raisonnable pouvait se fonder sur des impressions ou des intuitions. Après avoir élaboré les grandes lignes de sa réponse avec les avocats des parties et avoir obtenu le consentement de ces derniers, le juge du procès a donné au jury la directive suivante :

[TRADUCTION] Ainsi, lorsque vous demandez dans votre question s'il s'agit d'impressions, d'intuitions, je répondrais par la négative. Si vous concluez qu'il existe un doute raisonnable, ou si vous concluez qu'il n'en existe pas, chacun d'entre vous devrait pouvoir expliquer sa position. Vous devriez être en mesure de dire par exemple « écoutez, j'ai un doute raisonnable sur ce point essentiel, et voici pourquoi j'ai un doute raisonnable. Je ne peux m'appuyer sur les témoignages de A et de B. J'estime que ces témoins ne sont pas crédibles.

there's contradictions, or they're not confirmed in the evidence, and I don't accept that Exhibits X, Y and Z help me out on this particular issue," so that you're able as a judge to explain why you are supporting a particular position.

On the other hand, you should be able, also, if your position is, "I don't have a reasonable doubt on this issue. I think the Crown has proved this essential element" to be able to explain it, to be able to say, "The reason I've arrived at that decision," for example, "is that I accept the testimony of Witnesses A and B. I saw them testify. I saw the manner in which they testified. I find that there is confirmation of their testimony within the evidence. I also rely upon Exhibits X, Y and Z, because it adds -- the facts that I garnered out of Exhibits X, Y and Z, reinforce my opinion that the Crown has proved that particular essential element beyond a reasonable doubt."

So, as you can see, it's really a cold objective analysis of the facts, but it's based upon the facts, and you might arrive at the conclusion as "I have a reasonable doubt, because there's a lack of evidence on a particular issue that I think is important in my mind," or there's a contradiction in the evidence.

So, it's not feelings or intuitions, and then -- either way, I mean, you can't say, "Oh, I just got a feeling that the person is guilty." That means that you're not really analyzing the evidence. You should be able to explain beyond simply saying, "Well, I've got a feeling, or I've got an intuition", because you're called upon to base your decision upon the facts that have been -- upon the proof that's been presented to you. [A.R., at pp. 211-13]

[40] Counsel raised no objection to this instruction.

[41] On appeal in the court below Griffin and Harris took issue with the suggestion in the above instruction that an individual juror should be able to explain his or her point of view and identify specific reasons for his or her reasonable doubt. They argued that this instruction tended to shift the burden of proof. The majority accepted this argument, concluding that in combination with the judge's failure to adequately correct the ambiguous "equally rational" and "as reasonable" terminology,

Et voici pourquoi j'estime que les témoins A et B ne sont pas crédibles, parce qu'il y a des contradictions ou parce qu'aucun élément de preuve ne confirme leur témoignage, et je n'estime pas que les pièces X, Y et Z m'aident à cet égard », de sorte qu'en tant que juge, vous êtes en mesure d'expliquer pourquoi vous appuyez une position en particulier.

Par ailleurs, vous devriez aussi pouvoir, si vous dites « je n'ai pas de doute raisonnable sur ce point. Je pense que le ministère public a prouvé cet élément essentiel », être en mesure d'expliquer votre position, être en mesure de dire « j'arrive à cette conclusion », par exemple, « parce que j'accepte le témoignage des témoins A et B. Je les ai vus témoigner. J'ai vu la façon dont ils témoignaient. Je suis d'avis que des éléments de preuve confirment leurs témoignages. Je m'appuie également sur les pièces X, Y et Z parce qu'elles ajoutent -- les faits qui ressortent des pièces X, Y et Z renforcent mon opinion que le ministère public a prouvé cet élément essentiel hors de tout doute raisonnable. »

Donc, comme vous pouvez le voir, il s'agit vraiment d'une analyse froide et objective des faits, mais elle se fonde sur les faits, et vous pourriez arriver à une conclusion comme celle-ci : « j'ai un doute raisonnable, parce que la preuve quant à un point particulier est insuffisante, ce qui me paraît important » ou parce que la preuve est contradictoire.

Donc, il ne s'agit pas d'impressions ou d'intuitions, et alors -- dans un cas comme dans l'autre, cela signifie que vous ne pouvez pas dire « oh, j'ai simplement l'impression que la personne est coupable ». Cela voudrait dire que vous n'analysez pas vraiment la preuve. Vous ne pouvez vous contenter de dire « et bien, j'ai une impression, ou j'ai l'intuition que . . . », parce que vous êtes appelés à fonder votre décision sur les faits qui ont été -- sur la preuve qui vous a été présentée. [d.a., p. 211-213]

[40] Cette directive n'a fait l'objet d'aucune objection.

[41] Devant la Cour d'appel, MM. Griffin et Harris ont contesté le passage de la directive indiquant que chacun des jurés devrait être en mesure d'expliquer son point de vue et de donner les raisons précises justifiant son doute raisonnable. Ils ont soutenu que cette directive tendait à inverser le fardeau de la preuve. Les juges majoritaires ont accepté cet argument et ils ont conclu que l'omission du juge du procès de corriger de façon adéquate l'ambiguïté créée par l'emploi des expressions

this “excessively demanding instruction to motivate reasonable doubt, rendered the trial unfair” (para. 75).

[42] Côté J.A. disagreed with the majority and found no error. Having regard to the jury charge as a whole and in light of the precise question from the jury on the role of feelings or intuitions in a reasonable doubt analysis, the impugned instruction was simply a caution to jurors to base their verdict not on feelings or intuitions, but on a serious consideration of the evidence. Côté J.A. stated the following (at para. 139):

[TRANSLATION] Although it is preferable not to invite jurors to motivate their reasonable doubt, one fact remains, that the standard requires a serious examination of the evidence upon which the verdict is to be based. I do not believe that this instruction led the jurors to apply a standard of proof which is lower than that of proof beyond a reasonable doubt.

[43] As the majority of the Court of Appeal rightly acknowledged (at para. 65), this Court in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, “did not entirely reject a definition of reasonable doubt that would include a reference to reasons”. In settling the preferred approach to a jury charge on reasonable doubt in *Lifchus*, Cory J. noted the appellate controversy on whether a jury *should* be instructed that a reasonable doubt is a doubt “for which one can give a reason” (para. 28). After considering the potential risks and difficulties that accompany such an instruction, he concluded at para. 30:

It follows that it is certainly not essential to instruct jurors that a reasonable doubt is a doubt for which a reason can be supplied. To do so may unnecessarily complicate the task of the jury. It will suffice to instruct the jury that a reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense which must be logically based upon the evidence or lack of evidence.

« également rationnelle » et « tout aussi raisonnable » combinée à cette [TRADUCTION] « directive extrêmement exigeante sur la façon de justifier un doute raisonnable avait rendu le procès inéquitable » (par. 75).

[42] La juge Côté s’est dissociée des juges majoritaires et a conclu qu’aucune erreur n’avait été commise. Compte tenu de l’exposé aux jurés dans son ensemble et de la question précise qu’ils ont posée concernant le rôle que peuvent jouer les impressions ou les intuitions dans une analyse du doute raisonnable, la directive contestée était une simple mise en garde aux jurés les invitant à fonder leur verdict non pas sur des impressions ou des intuitions, mais sur un examen sérieux de la preuve. La juge Côté a déclaré ce qui suit (par. 138) :

Bien qu’il ne soit pas souhaitable d’inviter les jurés à motiver leur doute raisonnable, un fait demeure, la norme exige un examen sérieux de la preuve sur laquelle ils fondent leur verdict. Je ne crois pas que cette directive a amené les jurés à appliquer une norme de preuve inférieure à celle de la preuve hors de tout doute raisonnable.

[43] Comme les juges majoritaires de la Cour d’appel l’ont à bon droit reconnu (par. 65), dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, notre Cour [TRADUCTION] « n’a pas entièrement écarté une définition du doute raisonnable qui inclurait une mention des motifs ». Appelé à déterminer l’approche à privilégier en matière d’exposé au jury sur le doute raisonnable, le juge Cory a constaté dans l’arrêt *Lifchus* que la jurisprudence des cours d’appel ne fait pas l’unanimité sur la question de savoir s’il *serait* opportun d’indiquer à un jury qu’un doute raisonnable est un doute « qu’il est possible de motiver » (par. 28). Après avoir considéré les risques et les difficultés que pourraient comporter des directives en ce sens, il conclut au par. 30 :

Il s’ensuit qu’il n’est certainement pas essentiel de dire aux jurés qu’un doute raisonnable est un doute qu’il est possible de motiver. Cela pourrait compliquer inutilement la tâche du jury. Il suffira de lui dire qu’un doute raisonnable est un doute fondé sur la raison et le bon sens, et qui doit reposer logiquement sur la preuve ou l’absence de preuve.

[44] In my view, the trial judge's instruction in this case accords entirely with the *Lifchus* standard. There is no dispute regarding the correctness of the general instruction on reasonable doubt given in the main charge and repeated in the judge's reply to the jury's question. Among other things, the general reasonable doubt instruction included the explanation suggested in *Lifchus* that "[a] reasonable doubt is based upon reason and common sense. It must logically arise from the evidence or a contradiction in the evidence or an absence of the evidence which you have heard during this trial." In further compliance with *Lifchus*, the trial judge did not "unnecessarily complicate the task of the jury" in the main charge by suggesting that a reasonable doubt is a doubt for which a reason can be supplied. Indeed, at one point in his charge, he stressed that the jury would "not be called upon to justify your final verdict to anyone", telling the jurors:

You will not have to explain why you arrived at a particular verdict. You will not have to stand up and say guilty because or not guilty because. . . .

Furthermore, no one is allowed to ask you, even myself, what happened during your deliberations, what went on, what was the thought process? [A.R., at p. 65]

The substance of the main charge on reasonable doubt was therefore entirely correct.

[45] The jury's question was a clear indication that it still required assistance on the definition of reasonable doubt and the application of this concept to the evidence. This Court has repeatedly stressed the importance of providing clear, precise answers to questions from a jury: *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 139; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at pp. 528-31; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253, at paras. 16 and 19; and *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252, at para. 30. Given the specificity of the query, it was reasonable for the trial judge to decide that more was required than a simple reiteration of the instructions contained in the main charge. In particular, the trial judge recognized that it was important to tell the jury that their verdict must be based, not on feelings or intuitions but rather, as

[44] À mon avis, les directives du juge du procès en l'espèce respectent entièrement le critère de l'arrêt *Lifchus*. Nul ne conteste le bien-fondé de la directive générale sur le doute raisonnable, donnée dans l'exposé principal et reprise dans la réponse du juge à la question des jurés. La directive générale sur le doute raisonnable comportait notamment l'explication suivante proposée dans l'arrêt *Lifchus* : [TRADUCTION] « Un doute raisonnable est un doute fondé sur la raison et le bon sens. Il doit reposer logiquement sur la preuve ou sur une contradiction dans la preuve ou encore sur l'insuffisance de la preuve qui vous a été présentée pendant le procès. » Respectant là encore l'arrêt *Lifchus*, le juge du procès n'a pas « compliqué[é] inutilement la tâche du jury » en suggérant dans l'exposé principal qu'un doute raisonnable est un doute pouvant être justifié. D'ailleurs, à un moment donné, il a souligné que les jurés ne seraient [TRADUCTION] « pas appelés à justifier [leur] verdict définitif à quiconque » et il leur a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Vous n'aurez pas à expliquer pourquoi vous êtes arrivés à un verdict en particulier. Vous n'aurez pas à vous lever et à dire coupable parce que ou non coupable parce que. . . .

De plus, personne, même moi, n'a le droit de vous demander comment se sont déroulées les délibérations, ce qui s'est passé, le raisonnement suivi. [d.a., p. 65]

Pour l'essentiel, l'exposé principal sur le doute raisonnable était donc tout à fait correct.

[45] La question posée par le jury indiquait clairement que les jurés avaient encore besoin d'aide au sujet de la définition du doute raisonnable et de son application à la preuve. À maintes reprises, notre Cour a souligné l'importance de fournir des réponses claires et précises aux questions des jurés : *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, p. 139; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 528-531; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, par. 16 et 19; et *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252, par. 30. Il était raisonnable, vu la précision de la question posée, que le juge du procès décide de ne pas s'en tenir à simplement répéter les directives énoncées dans l'exposé principal. Il a plus particulièrement reconnu l'importance de dire aux jurés que leur verdict devait se fonder non pas sur des impressions ou des intuitions mais plutôt,

set out in *Lifchus* above, “on reason and common sense” which, in turn, “must be logically based upon the evidence or lack of evidence” before the court (emphasis added). The trial judge explained what that meant by setting out generic examples of how a juror’s analysis on reasonable doubt might proceed.

[46] The majority in the court below was of the view that “[s]tanding alone” the suggestion that individual jurors be in a position to explain their conclusion on reasonable doubt “would not necessarily have been problematic” (para. 59). The majority took exception with the examples that the trial judge gave in explaining a reasonable doubt analysis because these examples exacted too demanding a standard for the jury. Doyon J.A. explained his view as follows at para. 60:

[E]ach of the jurors having a reasonable doubt would have to be in a position to explain his or her point of view and identify specific reasons for his or her reasonable doubt. This is the meaning of the very demanding examples given by the trial judge, further to which the jurors would have to be able to say, for instance, that they did not believe a witness and, in addition, be able to explain precisely why they did not believe him.

[47] I respectfully disagree. In my view, the instruction contains no error. As Côté J.A. put it, “the standard requires a serious examination of the evidence upon which the verdict is to be based” (para. 139) and that was the essence of the message conveyed to the jury. It is particularly noteworthy that the trial judge in this case wisely sought the advice of counsel before answering the jury’s question. Questions that arise during the course of jury deliberations are often crucially important and are not always easy to answer. Counsel are well placed to provide valuable assistance to a trial judge in crafting appropriate answers to jury questions. Counsel in this case raised no objection, either to the trial judge’s proposed answer, or to the instructions themselves after they were delivered. One can only conclude that they could perceive no difficulty with the trial judge’s answer in the context it was

comme l’indique l’arrêt *Lifchus*, « sur la raison et le bon sens » lesquels « doi[vent] reposer logiquement sur la preuve ou l’absence de preuve » devant le tribunal (je souligne). Le juge du procès a donné des explications à ce sujet en fournissant des exemples généraux de la façon, pour un juré, de procéder à l’analyse relative au doute raisonnable.

[46] Selon les juges majoritaires de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « [p]rise isolément », la proposition selon laquelle chacun des jurés devrait être en mesure d’expliquer ses conclusions concernant le doute raisonnable [TRADUCTION] « n’aurait pas nécessairement été problématique » (par. 59). La majorité a exprimé son désaccord avec les exemples que le juge du procès a donnés pour expliquer l’analyse du doute raisonnable, jugeant qu’ils exigeaient des jurés l’application d’une norme trop stricte. Le juge Doyon a expliqué son point de vue comme suit au par. 60 :

[TRADUCTION] [I]l faudrait que chacun des jurés ayant un doute raisonnable puisse expliquer son point de vue et donner les raisons précises sur lesquelles repose son doute raisonnable. Voilà ce que signifient les exemples très exigeants apportés par le juge du procès, selon lesquels il faudrait que les jurés soient en mesure de dire, à titre d’exemple, qu’ils n’ont pas cru un témoin et, également, d’expliquer avec précision pourquoi ils ne l’ont pas cru.

[47] En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Selon moi, la directive n’est pas erronée. Comme la juge Côté l’a dit, « la norme exige un examen sérieux de la preuve sur laquelle ils fondent leur verdict » (par. 138), et il s’agit là de l’essence du message transmis au jury. Il faut remarquer en particulier que le juge du procès en l’espèce a eu la sagesse de solliciter l’avis des avocats des parties avant de répondre à la question des jurés. Les questions soulevées pendant les délibérations du jury sont souvent d’une importance cruciale et il n’est pas toujours facile d’y répondre. Les avocats des parties sont en mesure de fournir une aide précieuse au juge du procès dans l’élaboration de réponses appropriées. En l’espèce, les avocats n’ont soulevé aucune objection, que ce soit à l’égard de la réponse proposée par le juge ou à l’égard des directives après qu’elles aient été données aux jurés. Force est

given. In these circumstances, their argument on appeal that the trial judge could have better captured the essence of the definition of reasonable doubt by using different examples resonates hollow.

### 3.2 *Poirier's Statement to Williams*

[48] The sole statement at issue in this appeal is Poirier's statement to Williams, "[i]f anything happens to me it's your cousin's family." Griffin and Harris argued in the court below that this statement should not have been admitted into evidence by the trial judge. The Court of Appeal was divided not on the question of admissibility, but on the likely effect of the trial judge's limiting instruction to the jury on the use that could be made of the impugned statement. In this Court, Griffin and Harris argue in support of the majority's conclusion below that the limiting instruction was insufficient, and also repeat their primary argument that the trial judge erred by admitting Poirier's statement to Williams in the first place. I will deal first with the question of admissibility before commenting on the limiting instruction.

#### 3.2.1 The Admissibility of Poirier's Statement to Williams

[49] Assessing the admissibility of Poirier's statement, "[i]f anything happens to me it's your cousin's family", necessitates a review of what transpired at trial. As is plain from the summary of the evidence provided at the outset of these reasons, both Demaine and Williams testified as to several statements they received from Poirier while he was in hiding in the weeks leading up to his murder. Poirier not being available for cross-examination, these statements of course constitute hearsay if introduced for the proof of their contents. Since several statements the Crown sought to tender at trial arguably fell into the hearsay category, Brunton J. held a *voir dire* at the commencement of the trial,

de conclure que les directives ne posaient pas de problèmes à leurs yeux dans le contexte où elles ont été formulées. Dans ces circonstances, leur argument en appel selon lequel le juge du procès aurait pu mieux faire ressortir l'essence de la définition du doute raisonnable en utilisant d'autres exemples sonne creux.

### 3.2 *La déclaration de M. Poirier à M<sup>me</sup> Williams*

[48] La seule déclaration en litige dans le présent pourvoi est celle que M. Poirier a faite à M<sup>me</sup> Williams : [TRADUCTION] « S'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin. » Messieurs Griffin et Harris ont soutenu devant la Cour d'appel que le juge du procès n'aurait pas dû admettre cette déclaration en preuve. La Cour d'appel était divisée non pas sur la question de l'admissibilité, mais sur l'effet que pouvait produire la directive restrictive que le juge du procès a donnée au jury concernant l'utilisation de la déclaration contestée. Devant notre Cour, MM. Griffin et Harris soutiennent, à l'appui de la conclusion de la majorité de la Cour d'appel, que la directive restrictive était insuffisante, et ils reprennent leur principal argument selon lequel le juge du procès a de toute façon commis une erreur en admettant en preuve la déclaration de M. Poirier à M<sup>me</sup> Williams. Je vais d'abord traiter de la question de l'admissibilité, puis faire des observations concernant la directive restrictive.

#### 3.2.1 L'admissibilité de la déclaration de M. Poirier à M<sup>me</sup> Williams

[49] Pour évaluer l'admissibilité de la déclaration de M. Poirier, à savoir « [s]'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin », il faut examiner ce qui s'est passé au procès. Comme il ressort clairement du résumé de la preuve figurant au début des présents motifs, M. Demaine et M<sup>me</sup> Williams ont tous deux rapporté dans leurs dépositions plusieurs déclarations que M. Poirier leur a faites alors qu'il se cachait dans les semaines précédant sa mort. Monsieur Poirier ne pouvant être contre-interrogé, ces déclarations constituent de toute évidence du ouï-dire si elles sont introduites pour faire foi de leur contenu. Étant donné que plusieurs des déclarations que le ministère public a

based on the preliminary hearing transcripts of the witnesses' testimony, to determine the admissibility of numerous statements made by Poirier to Demaine and Williams.

[50] The Crown argued on the *voir dire* that several of Poirier's statements explained his state of mind or conduct at the time they were spoken and were therefore admissible under the traditional "state of mind" or "present intentions" exception to the hearsay rule. The Crown also relied on the principled exception to the hearsay rule based on the twin criteria of necessity and reliability.

[51] Counsel for Griffin and counsel for Harris made no submissions on the *voir dire* regarding the traditional exception to the hearsay rule, but contested the admission of the statements under the principled exception. Counsel for Griffin argued that Demaine's credibility was questionable, but quickly conceded that this issue could be fully canvassed at trial and was not of concern at the stage of establishing threshold reliability. He presented no other argument. Counsel for Harris raised concerns about the reliability of Williams' testimony in respect of Poirier's statement, "[i]f anything happens to me it's your cousin's family" based on an alleged statement wherein Poirier had told another witness that Griffin had indicated he no longer wanted to kill him. Counsel acknowledged, however, that this other statement was not before the court.

[52] The trial judge ruled the statements admissible. The following excerpt of his reasons on the *voir dire* demonstrates that he was alive to the very concern that now occupies this Court:

While the issue was not raised by the defence, I have directed my attention particularly to the statement received by Ms. Williams from Mr. Poirier to the effect

cherché à mettre en preuve au procès constituaient vraisemblablement une preuve par ouï-dire, au début du procès, le juge Brunton a procédé à un voir-dire sur la base de la transcription des dépositions des témoins lors de l'enquête préliminaire afin de déterminer l'admissibilité de plusieurs déclarations que M. Poirier aurait faites à M. Demaine et à M<sup>me</sup> Williams.

[50] Lors du voir-dire, le ministère public a soutenu que plusieurs des déclarations de M. Poirier expliquaient son état d'esprit ou sa conduite au moment où il les a faites et qu'elles étaient donc admissibles en vertu de l'exception traditionnelle de « l'état d'esprit » ou des « intentions existantes » à la règle du ouï-dire. Le ministère public s'est également appuyé sur l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire fondée sur le double critère de la nécessité et de la fiabilité.

[51] Les avocats de M. Griffin et de M. Harris n'ont soumis aucune observation lors du voir-dire concernant l'exception traditionnelle à la règle du ouï-dire, mais ils ont contesté l'admission des déclarations sur le fondement de l'exception raisonnée. L'avocat de M. Griffin a fait valoir que la crédibilité de M. Demaine était douteuse, mais il a rapidement concédé que cette question pourrait être examinée en détail au procès et qu'elle n'était pas pertinente pour établir le seuil de fiabilité. Il n'a fait valoir aucun autre argument. L'avocate de M. Harris a déclaré avoir des doutes quant à la fiabilité du témoignage de M<sup>me</sup> Williams concernant le fait que M. Poirier lui aurait dit : « S'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin », en raison du fait que M. Poirier aurait déclaré à un autre témoin que M. Griffin avait dit qu'il n'avait plus l'intention de le tuer. L'avocate de M. Harris a toutefois reconnu que la preuve de cette autre déclaration n'avait pas été faite.

[52] Le juge du procès a conclu à l'admissibilité des déclarations. Les extraits suivants de ses motifs relatifs au voir-dire montrent qu'il était conscient du problème qui intéresse maintenant notre Cour :

[TRADUCTION] Bien que la défense n'ait pas soulevé cette question, je me suis attardé à la déclaration de M. Poirier à M<sup>me</sup> Williams dans laquelle il aurait indiqué

that if anything happened to him, it would be due to her cousin's family. As I have mentioned, Ms. Williams will provide evidence which links this phrase to Mr. Griffin.

As pointed out in *Smith and Starr*, the "state of mind" or "present intentions" traditional exception to the hearsay rule does not permit the admissibility of hearsay to show the state of mind of a third party. The same holds true if a statement is admitted pursuant to the principled exception to the hearsay rule.

In *Starr*, Iacobucci J. would have declared the proposed hearsay of the declarant inadmissible for a number of reasons. One was based upon the fact that the trier of fact was asked to infer Starr's intentions by use of the declarant's hearsay statement. Iacobucci J. felt that in such a case, the prejudice occasioned to *Starr* outweighed the probative value of the evidence.

I have asked myself whether the same situation exists in the present case. Is it not tempting to leap from the fact that Poirier's state of mind is to the effect that if anything happened to him it would be due implicitly to Griffin to an inference that his death was in fact caused by Griffin?

If the evidence was not relevant to some other issue in the trial, it might well be that the prejudicial nature of the evidence would outweigh its probative value. I am of the opinion that the evidence does address another issue.

During the voir dire, I was provided the testimony of Ms. Williams rendered during the preliminary inquiry. During her cross-examination, questions were posed in an attempt to show that Mr. Poirier was concerned about his safety well before he had had any dealings with Mr. Griffin. No doubt the questions were posed to establish that someone other than John Griffin had a motive to kill Poirier.

The hearsay statement of Poirier pointing to his belief, shortly before his death, that if harm came to him it would be at the hands of Griffin is relevant to rebut the notion that others would also have had a motive to kill him at the beginning of 2003.

In these circumstances, while appropriate jury instructions will have to be given, I am of the opinion that the probative value of the hearsay evidence of Poirier, which implicitly identifies Mr. Griffin as someone who wishes him harm, outweighs any prejudicial effect.

(2005 CanLII 5629, at paras. 26-33)

que s'il devait lui arriver quelque chose, ce serait la faute de la famille du cousin de M<sup>me</sup> Williams. Comme je l'ai déjà dit, M<sup>me</sup> Williams fournira une preuve établissant un lien entre cette phrase et M. Griffin.

Comme le soulignent les arrêts *Smith et Starr*, l'exception traditionnelle à la règle du ouï-dire relative à l'« état d'esprit » ou aux « intentions existantes » ne permet pas de conclure à l'admissibilité d'une preuve par ouï-dire pour établir l'état d'esprit d'un tiers. Cela vaut également si une déclaration est admise en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

Dans *Starr*, le juge Iacobucci aurait déclaré la preuve par ouï-dire du déclarant inadmissible pour plusieurs raisons, notamment parce que le juge des faits était appelé à déterminer les intentions de M. Starr en utilisant la déclaration relatée. Le juge Iacobucci estimait que dans ce cas, le préjudice causé à l'accusé l'emportait sur la valeur probante de la preuve.

Je me suis demandé si la situation était la même en l'espèce. Partant du fait que M. Poirier pensait que si quelque chose devait lui arriver, ce serait implicitement la faute de M. Griffin, n'est-il pas tentant de sauter à la conclusion que c'est M. Griffin qui a causé sa mort?

Si la preuve ne concerne pas d'autres questions en litige, il est bien possible que le caractère préjudiciable de la preuve l'emporte sur sa valeur probante. Or, je suis d'avis que la preuve concerne d'autres points en litige.

Pendant le voir-dire, on m'a fourni la transcription de la déposition de M<sup>me</sup> Williams à l'enquête préliminaire. Pendant son contre-interrogatoire, des questions lui ont été posées en vue de montrer que M. Poirier craignait pour sa sécurité bien avant qu'il n'ait eu affaire à M. Griffin. Il ne fait pas de doute que ces questions ont été posées en vue d'établir qu'une personne autre que John Griffin avait une raison de tuer M. Poirier.

La déclaration relatée de M. Poirier signalant qu'il croyait, peu de temps avant sa mort, que s'il lui arrivait quelque chose ce serait à cause de M. Griffin est utile pour réfuter la thèse voulant qu'au début de 2003, d'autres personnes avaient des raisons de le tuer.

Dans ces circonstances, bien qu'il sera nécessaire de donner des directives appropriées aux jurés, je suis d'avis que la valeur probante de la déclaration relatée de M. Poirier, dans laquelle il identifie de façon implicite M. Griffin en tant que personne qui lui veut du mal, l'emporte sur son effet préjudiciable.

(2005 CanLII 5629, par. 26-33)

[53] In this Court, Griffin and Harris argue that the trial judge ought to have ruled Poirier's statement to Williams inadmissible because it "contained no expression whatsoever of his own intentions", nor did it indicate that he feared Griffin. In the respondents' submission, the statement, "[i]f anything happens to me it's your cousin's family" expressed nothing but Poirier's belief that Griffin intended to harm him. As such, Poirier's was a statement about Griffin's intentions, not his own, and it was therefore inadmissible hearsay. Alternatively, Griffin and Harris argue that if the statement was admissible as expressive of Poirier's state of mind, the prejudicial effect of the statement outweighed its probative value.

[54] I will deal firstly with the argument that the impugned statement was one of Griffin's "present intentions", not Poirier's and, as such, fell outside the scope of the traditional exception to the hearsay rule.

[55] As the trial judge noted in his ruling on the *voir dire*, the danger inherent in admitting Poirier's statement into evidence was that the jury might be tempted to leap from the fact of Poirier's fear of Griffin to the conclusion that Griffin in fact intended to kill him, and ultimately carried out the murder. In other words, the concern was that the jury might take the statement as proof of Griffin's intentions. Citing both *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144, the trial judge correctly observed that the "state of mind" or "present intentions" exception to the hearsay rule does not permit the admission of hearsay to show the state of mind of a third party. This principle requires some further elaboration in the context of this case.

[56] In *Smith*, Lamer C.J. cited with approval at p. 927, the following excerpt from *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.J.), *per* Doherty J. (as he then was), at pp. 343-44:

[53] Devant notre Cour, MM. Griffin et Harris ont soutenu que le juge du procès aurait dû conclure à l'inadmissibilité de la déclaration de M. Poirier à M<sup>me</sup> Williams parce qu'elle [TRADUCTION] « ne révélait aucune expression de ses propres intentions » ni qu'il avait peur de M. Griffin. Selon les observations des intimés, la déclaration « [s]'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin » n'exprime rien d'autre que la croyance de M. Poirier que M. Griffin lui voulait du mal. En tant que telle, la déclaration concernait les intentions de M. Griffin et non celles de M. Poirier, et constituait donc une preuve par ouï-dire inadmissible. Subsidiairement, MM. Griffin et Harris plaident que si la déclaration était admissible parce qu'elle montrait l'état d'esprit de M. Poirier, son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante.

[54] Dans un premier temps, je vais examiner l'argument selon lequel la déclaration contestée reflétait l'une des « intentions existantes » de M. Griffin et non de M. Poirier et n'était donc pas visée par l'exception traditionnelle à la règle du ouï-dire.

[55] Comme le juge du procès l'a fait remarquer dans sa décision relative au voir-dire, le danger inhérent à l'admission en preuve de la déclaration de M. Poirier était que les jurés soient tentés, en raison du fait que M. Poirier avait peur de M. Griffin, de sauter à la conclusion que M. Griffin avait effectivement l'intention de le tuer, et qu'en bout de ligne il avait commis le meurtre. Autrement dit, on craignait que la déclaration constitue aux yeux des jurés une preuve des intentions de M. Griffin. Citant les arrêts *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, le juge du procès a à juste titre fait remarquer que l'exception à la règle du ouï-dire relative à l'« état d'esprit » ou aux « intentions existantes » ne permet pas l'admission d'une preuve par ouï-dire pour démontrer l'état d'esprit d'un tiers. Ce principe doit être expliqué davantage dans le contexte du présent pourvoi.

[56] Dans l'arrêt *Smith*, le juge Lamer a cité en l'approuvant (à la p. 927) l'extrait suivant de l'arrêt *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C.J. Ont.), le juge Doherty (maintenant juge de la Cour d'appel), p. 343-344 :

An utterance indicating that a deceased had a certain intention or design will afford evidence that the deceased acted in accordance with that stated intention or plan where it is reasonable to infer that the deceased did so. . . .

The rules of evidence as developed to this point do not exclude evidence of utterances by a deceased which reveal her state of mind, but rather appear to provide specifically for their admission where relevant. The evidence is not, however, admissible to show the state of mind of persons other than the deceased (unless they were aware of the statements), or to show that persons other than the deceased acted in accordance with the deceased's stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person. [Emphasis added.]

[57] Writing for the majority in *Starr*, Iacobucci J. referred to the above passage in *Smith* and elaborated on the reasons why a statement of intention cannot be admitted to prove the intentions of someone other than the declarant, stating in part at para. 172:

[T]here are very good reasons behind the rule against allowing statements of present intention to be used to prove the state of mind of someone other than the declarant. As noted above, the central concern with hearsay is the inability of the trier of fact to test the reliability of the declarant's assertion. When the statement is tendered to prove the intentions of a third party, this danger is multiplied. If a declarant makes a statement about the intentions of a third party, there are three possible bases for this statement: first, it could be based on a prior conversation with the accused; second, it could be based on a prior conversation with a fourth party, who indicated the third party's intentions to the declarant; or third, it could be based on pure speculation on the part of the declarant. Under the first scenario, the statement is double hearsay. Since each level of double hearsay must fall within an exception, or be admissible under the principled approach, the mere fact that the declarant is making a statement of present intention is insufficient to render it admissible. The second level of hearsay must also be admissible. [Emphasis in original deleted.]

[TRANSLATION] Une déclaration montrant qu'une personne décédée avait une certaine intention ou un certain dessein contribue à prouver que cette dernière a donné suite à cette intention ou à ce dessein explicite lorsqu'il est raisonnable de déduire qu'elle l'a fait. . . .

Les règles de preuve établies jusqu'à ce jour n'excluent pas la preuve des déclarations d'une personne décédée qui révèlent son état d'esprit, mais paraissent plutôt prévoir expressément leur admission lorsque cela est utile. Toutefois, la preuve n'est pas admissible pour montrer l'état d'esprit de personnes autres que la personne décédée (à moins que celles-ci n'aient été au courant des déclarations) ou pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble. [Je souligne.]

[57] S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Starr*, le juge Iacobucci a fait référence au passage de l'arrêt *Smith* reproduit ci-dessus et il a précisé les raisons pour lesquelles une déclaration d'intention ne saurait être admise pour faire la preuve des intentions d'une personne autre que le déclarant. Il a dit notamment ce qui suit au par. 172 :

[D]excellentes raisons sous-tendent la règle interdisant l'utilisation des déclarations d'intention existante pour prouver l'état d'esprit d'une personne autre que le déclarant. Comme nous l'avons vu, le principal problème que pose le ouï-dire est l'incapacité du juge des faits de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Lorsque la déclaration est présentée pour prouver les intentions d'un tiers, ce danger s'accroît. La déclaration qu'une personne fait au sujet des intentions d'un tiers peut avoir trois fondements : premièrement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec l'accusé; deuxièmement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec une quatrième personne, qui a fait part des intentions du tiers au déclarant; troisièmement, elle peut être fondée sur de simples hypothèses de la part du déclarant. Selon le premier scénario, la déclaration constitue du double ouï-dire. Étant donné que chaque niveau du double ouï-dire doit relever d'une exception ou être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, le simple fait que le déclarant fasse une déclaration d'intention existante est insuffisant pour la rendre admissible. Le deuxième niveau de ouï-dire doit également être admissible. [Soulignement dans l'original omis.]

[58] Applying *Smith* and *Starr* to the facts of the present case, there is no doubt that Poirier's statement cannot be admitted as proof of Griffin's intentions, because we do not know the basis on which Poirier came to believe that if he was harmed, Griffin would be responsible. Hence, Poirier's statement is not admissible to prove a third party's intentions, unless the "second level of hearsay" is also admissible. The same principle applies to statements of present state of mind. If, for example, Poirier had said to Williams that his friend Besso was afraid of Griffin, the statement could not be admitted to prove that Besso in fact feared Griffin. That the deceased's hearsay statement about *his own* state of mind or intention to follow a particular course of action cannot constitute proof of *another person's* state of mind or intentions only makes good sense.

[59] In the case before us, however, the statement at issue was not admitted to prove the state of mind or intentions of a third party. No one questioned at trial, or in the court below, that the inference that Poirier feared Griffin could be drawn from the former's statement to Williams. The statement was tendered and admitted for the truth of the fact that *Poirier* himself feared Griffin, a purpose that does not exceed the scope of the "state of mind" exception to the hearsay rule. As this Court stated in *Starr*, declarations of present state of mind are admissible under the traditional exception to the hearsay rule where the declarant's state of mind is relevant and the statement is made in a natural manner and not under circumstances of suspicion (para. 168). In the present case, there was no argument that the statement was made under circumstances of suspicion. Poirier's fear of Griffin was a relevant fact — it was relevant to motive and, in turn to the issue of identification. Although a declarant's hearsay statement cannot constitute proof of a third party's state of mind, this does not mean that the declarant's state of mind can have no bearing on other issues in the case. I will explain.

[58] L'application des arrêts *Smith* et *Starr* aux faits de l'espèce m'amène à conclure qu'il ne fait pas de doute que la déclaration de M. Poirier ne peut être admise en tant que preuve des intentions de M. Griffin parce que nous ne savons pas sur quel fondement M. Poirier en est venu à croire que M. Griffin serait responsable de ce qui pourrait lui arriver. La déclaration de M. Poirier n'est donc pas admissible pour prouver les intentions d'un tiers, à moins que le « deuxième niveau de ouï-dire » soit également admissible. Ce principe s'applique également aux déclarations révélant l'état d'esprit existant. Si, par exemple, M. Poirier avait dit à M<sup>me</sup> Williams que son ami M. Besso avait peur de M. Griffin, la déclaration n'aurait pu être admise en vue de prouver que M. Besso avait effectivement peur de M. Griffin. Il est logique que la déclaration relatée de la personne décédée concernant *son propre* état d'esprit ou *sa propre* intention de prendre une mesure donnée ne puisse constituer une preuve de l'état d'esprit ou des intentions d'*une autre personne*.

[59] Dans le présent pourvoi toutefois, la déclaration en litige n'a pas été admise en preuve en vue d'établir l'état d'esprit ou les intentions d'un tiers. Au procès ou devant la Cour d'appel, nul n'a mis en doute qu'il était permis d'inférer de sa déclaration à M<sup>me</sup> Williams que M. Poirier craignait M. Griffin. La déclaration a été présentée et admise en preuve en vue d'établir que *M. Poirier* lui-même avait peur de M. Griffin, ce qui n'exécède pas la portée de l'exception à la règle du ouï-dire relative à « l'état d'esprit ». Comme notre Cour l'a dit dans *Starr*, les déclarations concernant l'état d'esprit existant sont admissibles en vertu de l'exception traditionnelle à la règle du ouï-dire lorsqu'il est utile de savoir quel était l'état d'esprit du déclarant et que la déclaration paraît avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses (par. 168). En l'espèce, personne n'a prétendu que la déclaration avait été faite dans des circonstances douteuses. La peur que M. Poirier avait de M. Griffin constituait un élément pertinent — pertinent en ce qui concerne le mobile, lequel est lui-même pertinent à l'identification. Certes, une déclaration relatée ne peut servir à établir l'état d'esprit d'un tiers, mais cela ne signifie pas que l'état d'esprit du déclarant ne peut avoir d'incidence sur d'autres aspects du litige. Je m'explique.

[60] As stated earlier, the sole issue at trial was the identity of Poirier's killer. Although Poirier's state of mind may have no direct bearing on the resolution of the identity of his murderer, it is well established that a deceased's mental state may be relevant to the question of an accused's motive. As Doherty J. explained in the oft-approved judgment in *P. (R.)*, at p. 339:

... the deceased's mental state may bear no direct relevance to the ultimate issue of identification but it will none the less be relevant to that issue if it is relevant to another fact (e.g., motive) which is directly relevant to the ultimate issue of identification.

In turn, that evidence of motive is relevant and admissible particularly where, on the issues of identity and intention, the evidence is purely circumstantial, is equally well established at law: *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at pp. 834-38.

[61] The state of the relationship between a deceased and an accused in the time period leading up to the former's murder has been recognized as probative of the issue of motive. For example, in *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, identity was the crucial issue at trial. The trial judge admitted statements made by the deceased expressing fear of the accused on the basis that such statements were probative of the issues of "malice, motive, [and] state of mind" (para. 104) which in turn were relevant to identity. The Nova Scotia Court of Appeal agreed (at para. 133):

[The deceased's] state of mind and [the accused's] state of mind are probative of the relationship between them at the time of [the deceased's] murder. Therefore, they are probative of motive, which is relevant to identity.

[62] The conclusion in *Assoun* echoes that of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Foreman* (2002), 6 C.R. (6th) 201, where the court considered the relationship between a deceased's state of mind and the

[60] Comme je l'ai déjà signalé, l'identité du meurtrier de M. Poirier était la seule question en litige au procès. Bien que l'état d'esprit de M. Poirier puisse ne pas avoir d'incidence directe sur la question de l'identité de son meurtrier, il est bien établi que l'état psychologique d'une victime peut aider à établir les raisons ayant poussé l'accusé à agir. Comme l'explique le juge Doherty à la p. 339 de l'arrêt *P. (R.)*, souvent cité avec approbation :

[TRADUCTION] [L]'état psychologique de la personne décédée peut ne pas avoir d'incidence directe sur la question ultime de l'identification, mais être néanmoins pertinent à cet égard s'il éclaire un autre fait (p. ex., le mobile) qui se rapporte directement à la question ultime de l'identification.

Par ailleurs, il est également bien établi en droit que la preuve visant à démontrer le mobile est pertinente et admissible, particulièrement dans les cas où, sur les questions de l'identité et de l'intention, la preuve est strictement circonstancielle : *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 834-838.

[61] L'état de la relation entre la victime d'un meurtre et un accusé dans la période ayant précédé le crime constitue un élément de preuve probant relativement à la question du mobile. À titre d'exemple, dans *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, l'identité était la principale question en litige au procès. Le juge a admis en preuve les déclarations de la personne décédée révélant qu'elle avait peur de l'accusé parce que ces déclarations démontraient la [TRADUCTION] « malice, le mobile et l'état d'esprit » (par. 104), des éléments pertinents à l'identité. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a souscrit à cette conclusion (par. 133) :

[TRADUCTION] [L]'état d'esprit [de la personne décédée] et l'état d'esprit [de l'accusé] révèlent la nature de leur relation dans la période précédant la mort de la victime. Par conséquent, cette preuve est probante relativement au mobile, qui à son tour est utile pour établir l'identité.

[62] La conclusion tirée dans l'arrêt *Assoun* reprend celle de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Foreman* (2002), 6 C.R. (6th) 201, où la cour a examiné le rapport entre l'état d'esprit d'une

issue of motive. Upholding the trial judge's admission of statements made by the deceased shortly before her death in which she expressed fear of the accused, the court stated as follows (at para. 30):

Motive refers to an accused's state of mind. . . . [T]he deceased's state of mind was one link in a chain of reasoning which could lead to a finding that the [accused] had a motive to kill [the deceased]. In that way, evidence of [the deceased's] state of mind had an indirect connection to the appellant's state of mind.

[63] The connection between a deceased's state of mind and that of an accused arises by virtue of a pre-existing relationship between the two; if a deceased and an accused are unknown to one another, this course of logic can find no application. That the relationship between a deceased and an accused was acrimonious or that the two had engaged in a dispute in the period leading up to a murder are highly relevant to the issue of motive because such information may afford evidence of the accused's animus or intention to act against the victim: *R. v. Pasqualino*, 2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319, at para. 31. See also *R. v. Lemky* (1992), 17 B.C.A.C. 71, aff'd [1996] 1 S.C.R. 757. This is not to say that a deceased's state of mind alone is capable of proving motive. Insofar as it affords evidence of the nature of the relationship between a deceased and an accused, however, a deceased's state of mind is one piece of evidence that may be relevant to the issue of motive.

[64] In the instant appeal, Poirier's fearful state of mind is probative of the nature of the relationship between he and Griffin in the time period immediately preceding the murder. The two were known to one another prior to the murder and had engaged in drug-related transactions resulting in a sizeable debt owed to Griffin by Poirier. Poirier sensed that Griffin's animus towards him was increasing throughout January 2003 and it is apparent that he acted accordingly: Poirier refused to meet with Griffin, he went into hiding at the

personne décédée et la question du mobile. En maintenant la décision du juge du procès d'admettre en preuve les déclarations de la victime faites peu avant sa mort, dans lesquelles elle avait indiqué avoir peur de l'accusé, la cour a affirmé ce qui suit (par. 30) :

[TRADUCTION] Le mobile est lié à l'état d'esprit de l'accusé. [ . . . ] [L']état d'esprit de la victime constitue un élément du raisonnement susceptible de mener à la conclusion que l'accusé avait une raison de tuer [la victime]. En ce sens, la preuve relative à l'état d'esprit de [la victime] avait un lien indirect avec l'état d'esprit de l'appellant.

[63] Le lien entre l'état d'esprit d'une personne décédée et celui de l'accusé résulte de la préexistence d'une relation entre eux; dans le cas où la personne décédée et l'accusé ne se connaissaient pas, ce raisonnement ne peut s'appliquer. Le fait que la relation entre la personne décédée et l'accusé ait été acrimonieuse ou qu'ils se soient querellés dans la période ayant précédé le meurtre est très pertinent à la question du mobile parce que ce renseignement peut servir à établir l'animosité que nourrissait l'accusé ou son intention d'agir contre la victime : *R. c. Pasqualino*, 2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319, par. 31. Voir également *R. c. Lemky* (1992), 17 B.C.A.C. 71, conf. par [1996] 1 R.C.S. 757. Cela ne signifie pas que l'état d'esprit d'une personne décédée suffit à lui seul à prouver l'existence d'un mobile. Toutefois, dans la mesure où il permet d'établir la nature de la relation entre une personne décédée et un accusé, l'état d'esprit d'une personne décédée est un élément de preuve susceptible d'être pertinent quant à la question du mobile.

[64] Dans le présent pourvoi, la peur éprouvée par M. Poirier sert à établir la nature de la relation entre ce dernier et M. Griffin dans la période précédant immédiatement le meurtre. Ils se connaissaient avant le meurtre et ils avaient participé à des transactions de drogue à la suite desquelles M. Poirier devait d'importantes sommes d'argent à M. Griffin. Monsieur Poirier a senti tout au long du mois de janvier 2003 que l'animosité de M. Griffin à son égard montait et, de toute évidence, il a agi en conséquence : M. Poirier a refusé de rencontrer

Clarion Hotel, and, by way of the statement now at issue before this Court, he told his girlfriend that he believed that Griffin intended him harm. All of these facts make it more likely that Griffin had the motive ascribed to him by the Crown than would otherwise be the case. Indeed, quite apart from this statement, the evidence that Griffin had a motive to harm Poirier was overwhelming.

[65] In addition to its broad relevance as one piece of a large puzzle of circumstantial evidence going to proof of motive, Poirier's state of mind took on an elevated importance in light of the defence argument advanced in this case. In admitting the impugned statement, the trial judge correctly observed that Poirier's particularized fear of Griffin was evidence that tended to rebut the defence proposition that someone other than Griffin might have had a motive to kill Poirier in January 2003. While Poirier's fear of Griffin was not conclusive on this issue, the evidence was highly relevant to the question of identity. That Poirier was driven into hiding and was fearful for his safety in the weeks preceding his death because of his fear of Griffin, and not because of his fear of someone else as suggested by the defence, could be properly considered as one piece of circumstantial evidence refuting the defence theory that someone other than Griffin may have killed Poirier.

[66] Thus, the trial judge correctly appreciated that the deceased's mental state was highly probative of the issue of motive and that it took on additional probative value in that it tended to rebut the specific defence proposition that someone other than Griffin may have had a motive to kill Poirier in January 2003. Properly acknowledging the need for an appropriate limiting instruction, the trial judge found that the statement's probative value outweighed its possible prejudicial effect and admitted the statement into evidence. The trial

M. Griffin, il a trouvé refuge à l'hôtel Clarion et, en faisant la déclaration qui est en litige devant notre Cour, il a fait savoir à sa petite amie qu'il croyait que M. Griffin lui réservait un mauvais sort. Tous ces faits font en sorte qu'il est vraisemblable que le mobile de M. Griffin était celui que lui attribuait le ministère public. D'ailleurs, abstraction faite de cette déclaration, la preuve démontrant que M. Griffin avait une raison de vouloir s'en prendre à M. Poirier était accablante.

[65] En plus de sa pertinence générale comme pièce du vaste puzzle de la preuve circonstancielle visant à établir le mobile, l'état d'esprit de M. Poirier a pris une importance accrue en raison de l'argument avancé par la défense en l'espèce. En admettant en preuve le témoignage contesté, le juge du procès a à juste titre fait remarquer que la peur avouée qu'éprouvait M. Poirier à l'égard de M. Griffin constituait une preuve visant à réfuter la thèse de la défense selon laquelle une personne autre que M. Griffin aurait pu avoir un motif de tuer M. Poirier au mois de janvier 2003. Bien que la peur qu'éprouvait M. Poirier à l'endroit de M. Griffin ne soit pas un élément de preuve concluant à cet égard, cette preuve était très pertinente à la question de l'identité. Le fait que dans les semaines précédant sa mort, M. Poirier ait jugé nécessaire de se cacher et craignait pour sa sécurité parce qu'il avait peur de M. Griffin, et non parce qu'il craignait une autre personne, comme l'a suggéré la défense, pouvait avec raison être considéré comme un élément de preuve circonstancielle réfutant la thèse de la défense selon laquelle il était possible qu'une personne autre que M. Griffin ait assassiné M. Poirier.

[66] Ainsi, le juge du procès a correctement estimé que l'état mental de la victime était extrêmement probant quant au mobile et qu'il prenait une valeur probante additionnelle parce qu'il tendait à réfuter la thèse de la défense voulant qu'une personne autre que M. Griffin ait pu avoir un motif de tuer M. Poirier au mois de janvier 2003. Ayant à juste titre reconnu qu'une directive restrictive s'imposait dans les circonstances, le juge du procès a conclu que la valeur probante de la déclaration l'emportait sur l'effet préjudiciable qu'elle risquait

judge's decision accorded with the applicable legal principles, and as such, it is entitled to deference: *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 36, and *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 81. I see no reason to disturb the trial judge's ruling on admissibility.

### 3.2.2 The Limiting Instruction

[67] I now turn to the limiting instruction given to the jury in respect of Poirier's statement of fear of Griffin. The trial judge first told the jury that it should approach the evidence regarding statements by Poirier to others with caution given that Poirier was not under oath, nor present in court to be observed or cross-examined. An instruction to the same effect was also given during the course of the trial at the time the various hearsay statements were introduced in evidence. The trial judge informed the jurors that they should carefully assess the credibility of those witnesses recounting utterances by Poirier before deciding to place any reliance on such statements. The trial judge then gave the following directions on the permissible uses to which Poirier's statement to Williams could be put:

That remark can be used, one, to determine the state of mind of Mr. Poirier shortly before his death, that he felt, his state of mind was, that if he was in any danger, it would be due to Mr. Griffin. It cannot be used as proof of the state of mind of Mr. Griffin. It cannot be used by you to arrive at the conclusion that indeed Mr. Griffin had a state of mind where he wanted to cause harm to Mr. Poirier.

That state of mind of Mr. Poirier, if you accept that evidence, that he felt at that particular moment in time, that if he was in danger, it was because of Mr. Griffin, can address another issue. There was cross-examination, both of madam Williams and of other witnesses, which show that beginning in the autumn of two thousand and two (2002), Mr. Poirier had some security concerns. You will recall that madam Williams left their common residence to go live on Cavendish Street in the autumn, well before it would appear -- that Mr. Poirier would have had any dealings or that the event that would

d'avoir et il a admis cette déclaration en preuve. La décision du juge du procès respectait les principes juridiques applicables et par conséquent, elle commande la déférence : *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 36, et *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 81. Je ne vois aucune raison d'intervenir dans la décision du juge du procès quant à l'admissibilité.

### 3.2.2 La directive restrictive

[67] J'examine maintenant la directive restrictive que le juge du procès a donnée au jury concernant la déclaration faisant ressortir que M. Poirier avait peur de M. Griffin. Le juge du procès a d'abord dit au jury qu'il devait examiner avec prudence la preuve relative aux déclarations de M. Poirier à d'autres personnes parce que M. Poirier n'avait pas prêté serment et n'était pas présent devant le tribunal où il aurait été possible de l'observer et de le contre-interroger. Une directive en ce sens a également été donnée pendant le procès, au moment où les diverses déclarations relatées ont été présentées en preuve. Le juge du procès a indiqué aux jurés qu'ils devaient soigneusement évaluer la crédibilité des témoins relatant des propos tenus par M. Poirier avant de décider de se fier à ces déclarations. Le juge du procès a ensuite donné les directives suivantes concernant l'utilisation, par le jury, de la déclaration de M. Poirier à M<sup>m</sup>c Williams :

[TRADUCTION] Cette remarque peut être utilisée, premièrement, pour déterminer l'état d'esprit de M. Poirier peu avant sa mort, soit qu'il croyait, qu'il pensait que s'il se trouvait en danger, ce serait à cause de M. Griffin. Elle ne peut être utilisée comme preuve de l'état d'esprit de M. Griffin. Vous ne pouvez vous en servir pour conclure que M. Griffin voulait effectivement faire du mal à M. Poirier.

L'état d'esprit de M. Poirier, si vous acceptez cette preuve, à savoir qu'il croyait à ce moment précis que s'il se trouvait en danger, c'était à cause de M. Griffin, peut être utile dans l'examen d'une autre question. Les contre-interrogatoires de M<sup>m</sup>c Williams et d'autres témoins révèlent qu'au début de l'automne deux mille deux (2002), M. Poirier avait des craintes quant à sa sécurité. Vous vous rappellerez qu'à l'automne, M<sup>m</sup>c Williams a quitté leur résidence pour aller vivre sur la rue Cavendish et ce bien avant, semble-t-il, que M. Poirier ait eu affaire à M. Griffin ou que l'événement

have lead to the conflict with Mr. Griffin would have occurred. There is also evidence that he would have had business problems with other people, Mr. Jeobbey, the [h]ash deal, where he would have owed money to Mr. Jeobbey.

So, there is proof for you to consider that perhaps Mr. Poirier had other people who weren't very happy with him. But you can use, if you accept that he said it, when he tells madam Williams, shortly before his death: If anything happens to me, it's going to be due to your cousin's family. You can use that to eliminate other potential people who would want to do him harm, as far as he was concerned. In other words, as far as he was concerned, shortly before his death, notwithstanding the problems he had with other people, he felt that the only source of real problems for him was his cousin's family, but that goes again to his state of mind. And I emphasize again that you cannot use that evidence to impute a state of mind, to give a state of mind to Mr. Griffin. You cannot use that statement to say, Mr. Griffin wanted to cause him harm. [Emphasis added; A.R., at pp. 104-6.]

[68] Doyon J.A. for the majority of the Court of Appeal was of the opinion that this instruction properly limited the statement for use in establishing Poirier's state of mind, but not Griffin's. Indeed, he stated, "[i]f the trial judge had limited the use of the statement to establish that Mr. Poirier was afraid of Mr. Griffin, I would have rejected this ground of appeal" (para. 90). Doyon J.A.'s difficulty arose from the second part of the instruction, where the trial judge told the jury that it could use the statement to "eliminate other potential people who would want to do him harm, as far as he was concerned". Doyon J.A. was of the opinion that there existed "a reasonable likelihood that the jury improperly used the statement of the deceased to actually eliminate other potential murderers, instead of limiting this conclusion to the victim's state of mind" (para. 90). In his view, "[t]he distinction between actually eliminating other potential murderers and limiting this conclusion to the victim's state of mind is so tenuous that it is virtually impossible to conclude that the jury applied it" (para. 89).

ayant engendré le conflit avec M. Griffin se soit produit. La preuve montre également que M. Poirier aurait eu des problèmes à la suite de transactions avec une autre personne, M. Jeobbey -- la transaction de hash -- à la suite de laquelle il devait de l'argent à M. Jeobbey.

Il y a donc des éléments de preuve à prendre en compte, indiquant qu'il y avait peut-être d'autres personnes qui en voulaient à M. Poirier. Mais vous pouvez vous servir de la déclaration, si vous acceptez qu'il l'a faite, dans laquelle il a dit à M<sup>me</sup> Williams, peu avant sa mort : « S'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin. » Vous pouvez utiliser cette déclaration pour éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal, selon lui. Autrement dit, selon lui, peu avant sa mort, quels que soient les problèmes qu'il ait pu avoir avec d'autres personnes, il estimait que la famille de son cousin était la seule source de véritables problèmes pour lui, mais cela concerne encore une fois son état d'esprit. Et je tiens à répéter que vous ne pouvez utiliser cette preuve pour imputer un état d'esprit, attribuer un état d'esprit à M. Griffin. Vous ne pouvez utiliser cette déclaration pour dire que M. Griffin voulait lui faire du mal. [Je souligne; d.a., p. 104-106.]

[68] S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge Doyon était d'avis que ces directives indiquaient à bon droit que la déclaration pouvait servir à établir l'état d'esprit de M. Poirier, mais non celui de M. Griffin. Il a d'ailleurs dit ce qui suit : [TRADUCTION] « Si le juge du procès avait indiqué que la déclaration ne pouvait servir qu'à établir que M. Poirier avait peur de M. Griffin, j'aurais rejeté ce moyen d'appel » (par. 90). C'est la deuxième partie de la directive qui a posé problème au juge Doyon, la partie où le juge du procès a dit aux jurés qu'ils pouvaient utiliser la déclaration pour [TRADUCTION] « éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal, selon lui ». Le juge Doyon était d'avis qu'il existait [TRADUCTION] « une probabilité raisonnable que les jurés utilisent à tort la déclaration du défunt pour éliminer d'autres meurtriers potentiels, plutôt que de s'en tenir à déterminer l'état d'esprit de la victime » (par. 90). À son avis, [TRADUCTION] « [l]a distinction entre éliminer d'autres meurtriers potentiels et se limiter à utiliser cette conclusion pour déterminer l'état d'esprit de la victime est tellement ténue qu'il est pratiquement impossible de conclure que le jury a fait cette distinction » (par. 89).

[69] Côté J.A. disagreed, finding that the limiting instruction was correct in law, and that the jury must be trusted to have followed the judge's directions. As she put it (at para. 174): [TRANSLATION] "In my view, the intelligence of jurors should be trusted as to their comprehension of instructions concerning the limited use which they can make of this evidence": *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 695.

[70] I agree with Côté J.A.

[71] The trial judge properly instructed the jury not to use Poirier's statement for the prohibited purpose of proving Griffin's state of mind, or to conclude that Griffin in fact intended to harm Poirier. He correctly explained that the sole permissible use the jury could make of the statement was as proof of Poirier's state of mind shortly before his death. He also clearly qualified his assertion that the statement could be used to "eliminate other potential people who would want to do him harm" with the phrase "as far as he was concerned", "he" being Poirier. This instruction accurately set out the very purpose for which the statement was tendered — to demonstrate that *as far as Poirier was concerned* — *in his state of mind* — Griffin was the only person with cause to do him harm. After making this statement, the trial judge immediately re-emphasized that the jury could not use Poirier's statement to impute a state of mind to Griffin. The trial judge did not invite the jury to use the statement for a prohibited purpose. Accordingly, the instructions contained no error.

[72] In my respectful view, the majority erred in finding that the distinction drawn by the trial judge in his limiting instruction "between actually eliminating other potential murderers and limiting this conclusion to the victim's state of mind" was "so tenuous that it is virtually impossible to conclude that the jury applied it" (para. 89). To make too much of the risk that the jury *might* misuse evidence is contrary to established principles of law regarding jury trials. As Côté J.A. aptly noted, juries must be trusted to have the requisite intelligence to

[69] La juge Côté n'était pas de cet avis. Elle a conclu que la directive restrictive était correcte en droit et qu'il faut croire que le jury a suivi les directives du juge. Comme elle l'a dit (au par. 173) : « À mon sens, il faut faire confiance à l'intelligence des jurés quant à leur compréhension des directives sur l'utilisation restreinte qu'ils pouvaient faire de cette preuve » : *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 695.

[70] Je suis d'accord avec la juge Côté.

[71] Le juge du procès a indiqué comme il se doit au jury de ne pas utiliser la déclaration de M. Poirier dans le but interdit de prouver l'état d'esprit de M. Griffin ou pour conclure que M. Griffin avait effectivement l'intention de faire du mal à M. Poirier. Il a correctement expliqué que la déclaration pouvait uniquement servir à prouver l'état d'esprit de M. Poirier peu avant sa mort. Il a en outre sensiblement nuancé son affirmation selon laquelle la déclaration pourrait être utilisée pour [TRADUCTION] « éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal » en ajoutant les mots « selon lui », « lui » étant M. Poirier. Cette directive énonce avec exactitude l'objectif même de cet élément de preuve — à savoir démontrer que *selon M. Poirier* — *dans son état d'esprit* — M. Griffin était la seule personne ayant une raison de lui faire du mal. Immédiatement après avoir fait cette affirmation, le juge du procès a à nouveau insisté sur le fait que le jury ne pouvait utiliser la déclaration de M. Poirier pour attribuer un état d'esprit à M. Griffin. Le juge n'a pas invité les jurés à utiliser la déclaration à une fin non permise. Les directives ne contenaient donc pas d'erreur.

[72] À mon avis, les juges majoritaires ont commis une erreur en concluant que la distinction faite par le juge du procès dans sa directive restrictive [TRADUCTION] « entre effectivement éliminer d'autres meurtriers potentiels et n'utiliser cette conclusion que pour déterminer l'état d'esprit de la victime » était [TRADUCTION] « tellement ténue qu'il est pratiquement impossible de conclure que le jury a fait cette distinction » (par. 89). Trop insister sur le risque que le jury *puisse* faire mauvais usage de la preuve est contraire aux règles de

perform their duties in accordance with the instructions given to them by the trial judge. Dickson C.J. made this point quite forcefully in *Corbett*, at p. 692. His words are entirely apposite here:

In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. We should regard with grave suspicion arguments which assert that depriving the jury of all relevant information is preferable to giving them everything, with a careful explanation as to any limitations on the use to which they may put that information. So long as the jury is given a clear instruction as to how it may and how it may not use evidence of prior convictions put to an accused on cross-examination, it can be argued that the risk of improper use is outweighed by the much more serious risk of error should the jury be forced to decide the issue in the dark. [Emphasis in original deleted.]

[73] Dickson C.J. went on to note that in many situations — for example, when dealing with similar fact evidence or prior inconsistent statements — the jury is permitted to hear and use evidence relevant to one issue, but not to another. All that is required in each case is a clear direction to the jury indicating the permissible and impermissible uses to which the evidence may and may not be put. Dickson C.J. explained, at p. 695:

If risk that the jury might misuse evidence were enough to render such evidence inadmissible in all cases, then in each of the situations just identified, the

droit bien établies régissant les procès devant jury. Comme la juge Côté l'a signalé avec justesse, il faut faire confiance à la capacité intellectuelle des jurés de s'acquitter de leurs fonctions conformément aux directives du juge du procès. Le juge en chef Dickson s'est exprimé avec force en ce sens dans *Corbett*, p. 692. Son propos à ce sujet est tout à fait pertinent :

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l'expérience des juges confirme que les jurys s'acquittent de leurs obligations d'une manière conforme à la loi. Il faut donc se montrer très méfiant face à des arguments portant qu'il vaut mieux priver les jurés de renseignements pertinents que de tout leur divulguer en prenant bien soin d'expliquer les restrictions imposées à l'usage qu'ils peuvent faire de ces renseignements. Pourvu que le jury reçoive des directives claires quant à la façon dont il peut se servir ou ne pas se servir de la preuve de condamnations antérieures produite au cours du contre-interrogatoire de l'accusé, on peut prétendre que le risque de mauvais usage cède le pas devant le risque beaucoup plus grave d'erreur qui surgirait si le jury était obligé de se prononcer à l'aveuglette sur la question en litige. [Soulignement dans l'original omis.]

[73] Le juge en chef Dickson fait ensuite remarquer que dans plusieurs situations — par exemple, lorsqu'il est appelé à considérer une preuve de faits similaires ou des déclarations antérieures contradictoires — il est permis au jury d'entendre et d'utiliser des éléments de preuve qui se rapportent à une question, mais non à une autre. Il suffit dans chaque cas de donner au jury des directives claires quant aux utilisations de la preuve qui sont permises et à celles qui ne le sont pas. Le juge en chef Dickson explique ce qui suit à la p. 695 :

Si le risque que le jury fasse mauvais usage de certains éléments de preuve suffisait pour les rendre inadmissibles dans tous les cas, alors l'exclusion serait

evidence would have to be excluded. Yet the risk of error inherent in depriving the jury of such information is so strong that the balance is struck by allowing the evidence to be received, subject to the trial judge's discretion, but at the same time insisting on a careful direction from the trial judge as to the permissible conclusion or inferences which may be drawn.

[74] In the present case, it was important for the jury to know that Poirier went into hiding and feared for his safety not because of some other drug deal that may have turned sour or because he feared the police, as was suggested in the course of the trial, but because he feared Griffin. To leave the jury in the dark on this important feature of the case would distort the truth seeking function of the trial. Furthermore, there was nothing particularly complex about the limited use the jury could make of this evidence. That a statement made *by Poirier*, about the person *he* feared at the time, could only go to establishing *his* state of mind and not that of Griffin or anyone else, is at its core a proposition that entirely accords with common sense, the very attribute which gives the jury its strength.

#### 4. Disposition

[75] I would allow the appeals and restore the convictions.

The following are the reasons delivered by

LEBEL AND FISH JJ. (dissenting) —

##### I. Introduction

[76] The relevant facts are fully and accurately set out in the reasons of Charron J., and we have nothing to add in that regard. With respect, however, we are of a different opinion and have arrived at a different result. We would dismiss the Crown's appeals and confirm the order of the Court of Appeal for a new trial for both respondents.

obligatoire dans chacun des cas qui viennent d'être mentionnés. Pourtant, le risque d'erreur est tellement grand lorsque le jury est privé de ces renseignements qu'on assure l'équilibre entre les parties en permettant la réception des éléments de preuve en question, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès; mais on tient en même temps à ce que le juge du procès prenne soin de donner des directives concernant les conclusions qui peuvent en être tirées.

[74] En l'espèce, il importait que le jury sache que M. Poirier s'était caché et qu'il craignait pour sa sécurité non pas en raison de quelque autre transaction de drogue ayant possiblement mal tourné ou parce qu'il craignait la police, comme il a été suggéré pendant le procès, mais bien parce qu'il avait peur de M. Griffin. Omettre de présenter aux jurés cet élément important de la preuve fausserait le processus de recherche de la vérité intrinsèque aux procès. De plus, l'utilisation limitée que le jury pouvait faire de la preuve n'avait rien de particulièrement complexe. Le fait qu'une déclaration faite *par M. Poirier* au sujet de la personne dont *il* avait peur à l'époque ne puisse servir qu'à établir *son* état d'esprit et non celui de M. Griffin ou de toute autre personne est pour l'essentiel une proposition tout à fait conforme au bon sens, l'attribut qui justement fait la force du jury.

#### 4. Dispositif

[75] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES LEBEL ET FISH (dissidents) —

##### I. Introduction

[76] Les faits pertinents sont fidèlement et intégralement exposés dans les motifs de la juge Charron, et nous n'avons rien à y ajouter. Avec égards, cependant, nous ne partageons pas son point de vue et nous arrivons à un résultat différent. Nous sommes d'avis de rejeter les pourvois du ministère public et de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner que les deux intimés subissent un nouveau procès.

[77] We agree with Doyon J.A. (Baudouin J.A. concurring) that a new trial must be ordered on the basis of errors in the jury instructions on the burden of proof. Doyon J.A. also concluded that the trial judge should have limited more strictly the jury's use of an out-of-court statement made by the victim, Denis Poirier, about his fear of the respondent, John Griffin. In our view, that statement should not have been put before the jury in the first place. It was inadmissible hearsay, under either the traditional exceptions or the principled approach. The admission of the statement likewise requires a new trial.

## II. Analysis

### A. *The Instructions on the Burden of Proof*

[78] There were two substantial deficiencies in the trial judge's charge on the burden of proof. The first involved the explanation of how the standard of reasonable doubt applies to circumstantial evidence. The second arose from the instruction that the jurors should be able to explain in some detail the basis of any reasonable doubt they might have.

[79] In his original charge, the trial judge explained that the jury could return a guilty verdict based on the circumstantial evidence if guilt was the only rational inference they could draw from the evidence. This much was correct, and as explained in *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860, it was unnecessary to say more. Unfortunately, the trial judge did. The judge twice proceeded to add that the accused was entitled to an acquittal if the jury found that there was an "equally" rational inference suggesting innocence. On a third occasion, the trial judge stated that "[i]f there is a second inference that's as reasonable, you will not be able to base a verdict of guilt on circumstantial evidence" (emphasis added). Having chosen to elaborate on the basic principle, the trial judge should have said that if there was

[77] Nous sommes d'accord avec le juge Doyon, qui a statué (avec l'appui du juge Baudouin) que les erreurs commises dans les directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve imposent la tenue d'un nouveau procès. Le juge Doyon a également conclu que le juge du procès aurait dû encadrer plus rigideusement l'utilisation par le jury d'une déclaration extrajudiciaire faite par la victime, Denis Poirier, indiquant qu'il avait peur de l'appelant John Griffin. À notre avis, cette déclaration n'aurait d'ailleurs pas dû être présentée aux jurés. Il s'agissait d'une preuve par ouï-dire inadmissible, tant selon les exceptions traditionnelles que selon l'exception raisonnée. L'admission de la déclaration rend également nécessaire la tenue d'un nouveau procès.

## II. Analyse

### A. *Les directives relatives au fardeau de la preuve*

[78] Les directives du juge du procès relatives au fardeau de la preuve comportent deux lacunes fondamentales. La première concerne l'explication fournie quant à la façon dont la norme du doute raisonnable s'applique à une preuve circonstancielle. La deuxième découle des directives indiquant aux jurés qu'ils devraient être en mesure d'expliquer avec une certaine précision pourquoi ils auraient un doute raisonnable.

[79] Dans sa directive initiale, le juge du procès a expliqué aux jurés qu'ils pouvaient rendre un verdict de culpabilité sur le fondement d'une preuve circonstancielle si la culpabilité était la seule conclusion rationnelle qu'ils pouvaient tirer de la preuve. Cet énoncé est exact, et comme la Cour l'a expliqué dans *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860, il n'était pas nécessaire d'en dire davantage. Malheureusement, le juge du procès ne s'est pas arrêté là. À deux reprises, il a ajouté que l'accusé avait droit à un acquittement si le jury pouvait tirer une conclusion « également » rationnelle qui suggérerait l'innocence de l'accusé. À une troisième occasion, il a déclaré que [TRADUCTION] « [s]'il existe une deuxième conclusion tout aussi raisonnable, vous ne pourrez pas vous fonder sur la

*any other* (as opposed to an *equally*) rational inference arising from the proven facts that did not point to guilt, the jury would be bound to acquit. The trial judge's instruction, read as a whole, might well have been understood to suggest that a reasonable inference not pointing to guilt will be insufficient for an acquittal if it is not *as* reasonable as the inference that the accused is guilty. As Doyon J.A. noted, such a standard would come "dangerously close" to a balance of probabilities (2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 237 C.C.C. (3d) 374, at para. 43).

[80] Following the trial judge's initial charge, the jury returned with the following question:

Can we please get a legal definition of reasonable doubt? What things can it be based upon, for example, feelings, intuitions, et cetera? If mostly based on circumstantial evidence, where do we draw the line? Please advise.

In his response to this specific question from the jury, the trial judge repeated three more times the incorrect component of this instruction, using the term "equally". Because the jury was likely to have paid particular attention to the answer to their question, this would have amplified the misdirection (see *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253, at para. 16).

[81] Pursuant to an objection by defence counsel, the trial judge gave additional instructions, finally using the correct language. However, he did not draw the jury's attention to the repeated error in his previous instructions. On the contrary, he reiterated a statement that he had made to the jury several times before, merely omitting, on this occasion, the incorrect term "equally". This could not possibly have dispelled the confusion.

preuve circonstancielle pour justifier un verdict de culpabilité » (nous soulignons). Dans la mesure où il a choisi d'expliquer le principe de base, le juge du procès aurait dû dire au jury qu'il devait prononcer un verdict d'acquiescement s'il arrivait à *toute autre* conclusion rationnelle (plutôt qu'*également* rationnelle) découlant des faits établis et donnant à penser que l'accusé n'était pas coupable. Les jurés peuvent fort bien avoir compris des directives du juge du procès, prises dans leur ensemble, qu'une conclusion raisonnable suggérant l'innocence de l'accusé ne justifiera pas un acquiescement si elle n'est pas *tout aussi* raisonnable que la conclusion que l'accusé est coupable. Comme le juge Doyon l'a fait remarquer, une telle norme [TRADUCTION] « s'apparenterait dangereusement » à la norme de la prépondérance des probabilités (2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 58 C.R. (6th) 86, par. 42).

[80] Après avoir reçu la directive initiale du juge du procès, les jurés lui ont posé la question suivante :

[TRADUCTION] Auriez-vous l'obligeance de nous donner une définition juridique du doute raisonnable? Sur quoi peut-il se fonder, par exemple, des impressions, des intuitions, etc.? Où tirer la ligne s'il se fonde principalement sur une preuve circonstancielle? Veuillez nous éclairer.

Dans sa réponse à cette question précise du jury, le juge du procès a répété à trois reprises l'élément erroné de sa directive, en utilisant le terme « également ». En raison de la possibilité que le jury porte une attention particulière à la réponse du juge, cette explication a sans doute renforcé la directive erronée (voir *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, par. 16).

[81] À la suite d'une objection d'un avocat de la défense, le juge du procès a donné aux jurés des directives additionnelles dans lesquelles il a enfin employé des termes appropriés. Il n'a toutefois pas attiré l'attention des jurés sur l'erreur commise plus d'une fois dans ses directives antérieures. Au contraire, il a réitéré un énoncé qu'il avait déjà fait à plusieurs reprises aux jurés, en omettant simplement d'utiliser le terme inapproprié « également ». La confusion ne pouvait que perdurer.

[82] We agree with our colleague that jury instructions should be read as a whole. However, this reading must include the correct *and the incorrect* directions. The defective statements are not eclipsed by a correct statement of the law elsewhere in the charge. If an incorrect instruction has been given, the trial judge must advert to it and correct it clearly. Otherwise, the unidentified incorrect statements may linger in the juror's minds, creating confusion as to the state of the law and obliging the jury to decide on their own which of the competing expositions of the law to apply to the facts. In this sense, the jurors would be left to *instruct themselves* as to the law they were required to apply in reaching their verdict.

[83] In order to ensure that a misdirection to the jury has been successfully rectified, a trial judge will generally have to repeat the direction he or she has given, acknowledge that it was incorrect, tell the jury to put it out of their minds and then tell them in plain and simple terms what the law is: *R. v. Moon*, [1969] 3 All E.R. 803 (C.A.), cited in *R. v. Seguin* (1979), 45 C.C.C. (2d) 498 (Ont. C.A.), at p. 503. See also *R. v. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85, at para. 29; *R. v. Carpenter* (1993), 14 O.R. (3d) 641 (C.A.), at p. 647; *R. v. Cavanagh* (1976), 15 O.R. (2d) 173 (C.A.), at p. 182; and *Shapiro v. Wilkinson*, [1943] O.R. 806 (C.A.), at pp. 811-12.

[84] The second deficiency in the instructions on the burden of proof arose in the trial judge's response to the same question from the jury:

So, when you ask in your question, is it feelings, is it intuitions, I would answer no to that question. Whether you find there is a reasonable doubt, or whether you find there is not a reasonable doubt, you should individually be in a position to be able to explain your position. You should be able to say, for instance, "Listen, I have a reasonable doubt on this essential element, and here's why I have a reasonable doubt. I can't rely on Witness A and B. I don't find Witness A and B credible. And here's why I don't find Witness A and B credible, because there's contradictions, or they're not confirmed in the evidence, and I don't accept that Exhibits

[82] À l'instar de notre collègue, nous sommes d'avis que les directives aux jurés doivent être considérées globalement. Cependant, cet examen doit porter tant sur les directives appropriées que sur les directives *inappropriées*. Les énoncés erronés ne sont pas éclipsés par un juste énoncé du droit exprimé ailleurs dans l'exposé. Si une directive erronée a été donnée, le juge du procès doit la relever et clairement y remédier. Autrement, les énoncés erronés qu'il n'a pas relevés sont susceptibles de perdurer dans l'esprit des jurés, semant la confusion quant à l'état du droit et les obligeant à choisir seuls celui des deux énoncés contradictoires du droit qu'il convient d'appliquer aux faits. En ce sens, les jurés seraient appelés à se *donner eux-mêmes des directives* quant aux règles de droit à appliquer pour arriver à leur verdict.

[83] Afin de veiller à ce qu'une directive erronée soit corrigée de façon satisfaisante, le juge du procès devra généralement répéter la directive qu'il a donnée, reconnaître qu'elle était inexacte, indiquer aux jurés de ne pas en tenir compte et ensuite leur expliquer l'état du droit dans un langage simple et compréhensible : *R. c. Moon*, [1969] 3 All E.R. 803 (C.A.), cité dans *R. c. Seguin* (1979), 45 C.C.C. (2d) 498 (C.A. Ont.), p. 503. Voir également *R. c. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85, par. 29; *R. c. Carpenter* (1993), 14 O.R. (3d) 641 (C.A.), p. 647; *R. c. Cavanagh* (1976), 15 O.R. (2d) 173 (C.A.), p. 182; et *Shapiro c. Wilkinson*, [1943] O.R. 806 (C.A.), p. 811-812.

[84] La deuxième lacune dans les directives relatives au fardeau de la preuve découlait de la réponse du juge du procès à la question susmentionnée du jury :

[TRADUCTION] Ainsi, lorsque vous demandez dans votre question s'il s'agit d'impressions, d'intuitions, je répondrais par la négative. Si vous concluez qu'il existe un doute raisonnable, ou si vous concluez qu'il n'en existe pas, chacun d'entre vous devrait pouvoir expliquer sa position. Vous devriez être en mesure de dire par exemple « [é]coutez, j'ai un doute raisonnable sur ce point essentiel, et voici pourquoi j'ai un doute raisonnable. Je ne peux m'appuyer sur les témoignages de A et de B. J'estime que ces témoins ne sont pas crédibles. Et voici pourquoi j'estime que les témoins A et B ne sont pas crédibles, parce qu'il y a des contradictions

X, Y and Z help me out on this particular issue,” so that you’re able as a judge to explain why you are supporting a particular position. [Emphasis added; A.R., at pp. 211-12.]

[85] This statement raises the following issue: may a judge instruct a jury that a reasonable doubt is a doubt for which one can give a reason or an explanation? In *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at paras. 28-30, Cory J. objected to such an instruction on the ground that it might dissuade an “inarticulate juror” from concluding that a doubt is reasonable. Furthermore, he explained, there are certain doubts that, while reasonable, “are simply incapable of articulation”. He concluded that it is “certainly not essential” to instruct a jury that they should be able to explain their doubts. Nonetheless, this Court later ruled that such an instruction would not necessarily constitute reversible error: *R. v. Russell*, 2000 SCC 55, [2000] 2 S.C.R. 731, and *R. v. Beauchamp*, 2000 SCC 54, [2000] 2 S.C.R. 720.

[86] In this case, however, as the underlined portion of the judge’s response indicates, the instructions went one step further than in *Russell* and *Beauchamp*, requiring the jury to be able to identify quite a *specific* reason for their doubt. Not only were they directed that they must be able to explain, that they would acquit because they did not believe a particular witness, or were not persuaded by a particular piece of evidence, but they would *also* have to explain what it was about that testimony or item of evidence that did not convince them. Such precision is generally not even required of a trial judge. As Bastarache and Abella JJ. explained in *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 20:

Assessing credibility is not a science. It is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events.

ou parce qu’aucun élément de preuve ne confirme leur témoignage, et je n’estime pas que les pièces X, Y et Z m’aident à cet égard », de sorte qu’en tant que juge, vous êtes en mesure d’expliquer pourquoi vous appuyez une position particulière. [Nous soulignons; d.a., p. 211-212.]

[85] Cet énoncé soulève la question suivante : un juge peut-il indiquer au jury qu’un doute raisonnable est un doute pouvant être motivé ou expliqué? Dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 28-30, le juge Cory a désapprouvé une telle directive parce qu’elle pourrait dissuader un « juré incapable de s’exprimer » de conclure qu’un doute est raisonnable. Il a en outre expliqué que certains doutes, quoique raisonnables, « ne peuvent tout simplement pas être exprimés ». Il a conclu qu’il n’est « certainement pas essentiel » d’indiquer aux jurés qu’ils devraient être en mesure de motiver leurs doutes. Néanmoins, notre Cour a par la suite statué qu’une telle directive ne constituerait pas nécessairement une erreur donnant lieu à révision : *R. c. Russell*, 2000 CSC 55, [2000] 2 R.C.S. 731, et *R. c. Beauchamp*, 2000 CSC 54, [2000] 2 R.C.S. 720.

[86] En l’espèce toutefois, comme il ressort de la partie soulignée de la réponse du juge, les directives vont plus loin que celles qui étaient en cause dans les arrêts *Russell* et *Beauchamp*; elles exigent que les jurés soient en mesure de motiver leur doute de façon assez *précise*. Non seulement leur a-t-on indiqué qu’ils devaient être en mesure d’expliquer qu’ils sont d’avis de prononcer un acquittement parce qu’ils n’ont pas cru un témoin en particulier ou parce qu’un élément de preuve ne les a pas convaincus, mais qu’ils auraient *également* à expliquer pourquoi la déposition d’un témoin ou un autre élément de preuve ne les a pas convaincus. Même le juge des faits n’a pas, habituellement, à être aussi précis. Comme l’ont souligné les juges Bastarache et Abella dans *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 20 :

Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l’entrecroisement complexe des impressions qui se dégagent de l’observation et de l’audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits.

It cannot be correct to hold a jury to so high a standard. As Cory J. stated in *Lifchus*, at para. 29, “[a] juror should not be made to feel that the overall, perhaps intangible, effect of a witness’s demeanour cannot be taken into consideration in the assessment of credibility.”

[87] Whether an error in a recharge warrants a new trial is determined according to the standard set out in *Brydon*, at para. 19:

[W]hether, after placing the inconsistency or error in the context of the charge as a whole, there is a reasonable possibility that the jury might have been misled by those instructions into either applying a standard of proof less than proof beyond a reasonable doubt or improperly applying the burden of proof or reasonable doubt standard in arriving at their verdict.

In light of either of the uncorrected deficiencies in the charge on the burden of proof, and considering their combined effect in particular, it cannot be said that there is no reasonable possibility the jury was misled in this case. As mentioned earlier, the misdirection was repeated, notably in the judge’s response to a specific question from the jury, and the purported correction of only one of the two mistakes was insufficient. The error was serious. It may well have had significant consequences. The curative proviso can therefore not be applied. For these reasons, we agree with the majority in the Court of Appeal with respect to the jury instructions on the burden of proof, and would order a new trial on that basis.

#### B. *The Out of Court Statement of Poirier*

[88] With respect for the contrary opinion of Charron J., we conclude that the trial judge erred as well in admitting the victim’s impugned out-of-court statement. Moreover, the curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*,

On ne saurait imposer une norme aussi stricte aux jurés. Comme l’a rappelé le juge Cory dans l’arrêt *Lifchus*, au par. 29, « [l]es jurés ne devraient pas avoir le sentiment que l’impression générale, peut-être intangible, qui se dégage de l’attitude d’un témoin ne peut pas être prise en considération dans l’appréciation de sa crédibilité. »

[87] Pour décider si une erreur contenue dans une nouvelle directive justifie la tenue d’un nouveau procès, il faut appliquer la norme énoncée dans l’arrêt *Brydon*, au par. 19, en se demandant

si, après avoir replacé l’incohérence ou l’erreur dans le contexte de l’exposé dans son ensemble, il y a une possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur par ces directives au point d’avoir appliqué une norme de preuve inférieure à celle de la preuve hors de tout doute raisonnable ou d’avoir appliqué incorrectement la norme du fardeau de la preuve ou du doute raisonnable pour aboutir au verdict.

Compte tenu de chacune des lacunes non corrigées que comportent les directives portant sur le fardeau de la preuve et, plus particulièrement, de leur effet combiné, on ne saurait conclure qu’il n’y a aucune possibilité raisonnable que les jurés aient été induits en erreur en l’espèce. Comme nous l’avons vu, le juge a répété la directive erronée, notamment lorsqu’il a répondu à une question précise des jurés, et la soi-disant correction apportée pour remédier à seulement une des deux erreurs ne suffisait pas. Il s’agissait d’une erreur grave. Elle a vraisemblablement eu d’importantes conséquences. La disposition réparatrice ne peut donc pas être appliquée. Pour ces motifs, nous sommes d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel au sujet des directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve, et nous sommes d’avis d’ordonner un nouveau procès sur ce fondement.

#### B. *La déclaration extrajudiciaire de M. Poirier*

[88] Avec égards pour l’opinion contraire exprimée par la juge Charron, nous concluons que le juge du procès a également commis une erreur en admettant en preuve la déclaration extrajudiciaire contestée de la victime. Qui plus est, la disposition

R.S.C. 1985, c. C-46, cannot remedy this error either.

[89] We begin by recalling that hearsay evidence, like any other, must be relevant to be admissible (*R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 29). It must tend to “increase or diminish the probability of the existence of a fact in issue” (*R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 38). Under the rule against hearsay, the presumption is that out-of-court statements are inadmissible to prove the truth of their contents (*Blackman*, at para. 33), absent an exception. One should first look to the traditional exceptions (*R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358), and then to the principled exception (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531). The traditional exceptions are presumptively valid, though they are still subject to modification in light of the principled analysis of necessity and reliability (*R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144). The admissibility decision is also informed by the judge’s residual discretion to exclude evidence where its probative value is outweighed by the potential prejudicial effect (*R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 85; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at p. 937). On appeal, the trial judge’s decision is entitled to deference, and should only be disturbed where there is an error in principle or the decision is not supported by the evidence (*Blackman*, at para. 52).

[90] In our respectful view, the trial judge in this case committed an error in principle.

[91] Jennifer Williams testified that about two weeks before his killing, her boyfriend, the victim Denis Poirier, stated to her that “[i]f anything happens to me it’s your cousin’s family.” She explained that in light of their previous conversations, his statement could only have referred to the respondent, John Griffin.

[92] There are four purposes for which the statement might conceivably have been admitted: first,

réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne peut non plus être appliquée pour remédier à cette erreur.

[89] Rappelons d’abord que la preuve par ouï-dire, comme toute autre preuve, doit être pertinente pour être admissible (*R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 29). Elle doit tendre à « accroître ou diminuer la probabilité de l’existence d’un fait en litige » (*R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 38). Suivant la règle d’exclusion du ouï-dire, il faut présumer que les déclarations extrajudiciaires sont — sauf exception — inadmissibles si elles sont présentées en vue de prouver la véracité de leur contenu (*Blackman*, par. 33). Il faut d’abord considérer les exceptions traditionnelles (*R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358), et ensuite l’exception raisonnée (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531). Les exceptions traditionnelles sont toujours réputées valides, même si elles peuvent encore être modifiées à l’issue de l’analyse raisonnée fondée sur le double critère de la nécessité et de la fiabilité (*R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144). La décision d’admettre ou non une preuve par ouï-dire relève également du pouvoir discrétionnaire r sidual du juge, qui peut exclure la preuve lorsque sa valeur probante est moindre que l’effet préjudiciable qu’elle pourrait avoir (*R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 85; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 937). En appel, la décision du juge du procès commande la déférence et ne devrait être modifiée que si une erreur de principe a été commise ou si la décision n’est pas étayée par la preuve (*Blackman*, par. 52).

[90] à notre humble avis, le juge du procès a commis une erreur de principe en l’espèce.

[91] Jennifer Williams a affirmé qu’environ deux semaines avant qu’il soit abattu, son petit ami, la victime Denis Poirier, lui a déclaré que [TRADUCTION] « [s]’il m’arrive quelque chose, c’est la famille de ton cousin. » Elle a expliqué que dans le contexte de leurs conversations antérieures, la victime parlait de toute évidence de l’intimé, John Griffin.

[92] La déclaration aurait été possiblement admissible en preuve à quatre fins : premièrement, pour

to prove Griffin's state of mind; second, to eliminate others who may have wished Poirier harm; third, to establish Poirier's state of mind; and fourth, to bolster other circumstantial evidence of motive. It is instructive to reconsider these four theories, and why they all ultimately fail.

[93] The first possible theory is that Poirier's statement was admissible to support an inference that Griffin had a motive to harm the victim. In this case, motive was relevant to the issue of identification. No traditional exception accommodates this first theory: a principled analysis is therefore required to determine whether the statement was sufficiently reliable and necessary to address the traditional hearsay dangers.

[94] The first criterion, necessity, is easily established by the fact that the declarant is dead: see *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787.

[95] With respect to reliability, the problem with hearsay statements is that there is no way to inquire into the declarant's "perception, memory, narration, or sincerity" (Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at p. 69 (emphasis added)). In other words:

[The declarant's] statement about the fact might be false because he misperceived it or did not remember it correctly, or he may have misled the person to whom it was made because he used words not commonly used, or he may simply have lied about it. [*Ibid.*]

[96] In the circumstances of this case, there was little reason to believe that the declarant's *memory* would be a problem. And the trial judge noted that Williams would explain that in light of her previous conversations with her boyfriend, his phrase "your cousin's family" could only have referred

prouver l'état d'esprit de M. Griffin; deuxièmement, pour écarter la possibilité que d'autres personnes aient pu vouloir du mal à M. Poirier; troisièmement, pour établir l'état d'esprit de M. Poirier; et quatrièmement, pour renforcer d'autres éléments de preuve circonstancielle visant à établir le mobile. Il est utile d'examiner à nouveau ces quatre scénarios et les raisons pour lesquelles ils doivent tous être rejetés.

[93] Selon le premier scénario, la déclaration de M. Poirier était admissible pour étayer une conclusion suivant laquelle M. Griffin avait une raison de vouloir s'en prendre à la victime. En l'espèce, la preuve de l'existence d'un mobile est pertinente à la question de l'identité. Ce premier scénario n'est visé par aucune exception traditionnelle : il faut donc recourir à l'analyse raisonnée pour déterminer si la déclaration était suffisamment fiable et nécessaire pour remédier aux dangers traditionnels du oui-dire.

[94] Le premier critère, celui de la nécessité, est facilement respecté puisque l'auteur de la déclaration est mort : voir *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787.

[95] Pour ce qui est de la fiabilité, le problème que posent les déclarations relatées tient au fait qu'il est impossible de mettre à l'épreuve « la perception de l'auteur de la déclaration, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité » (Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur la preuve* (1975), p. 77 (nous soulignons)). Autrement dit :

Il se peut que [la] déclaration s'avère inexacte soit parce [que son auteur] a eu du fait une mauvaise perception, soit parce qu'il ne s'en souvient pas correctement, soit parce qu'il a induit son interlocuteur en erreur en employant des mots qui ne sont pas d'usage courant, soit parce qu'il a carrément menti. [*Ibid.*]

[96] Dans les circonstances de l'espèce, peu de raisons laissaient croire que la *mémoire* de l'auteur de la déclaration puisse poser problème. Le juge du procès a d'ailleurs constaté que M<sup>me</sup> Williams avait précisé que, à la lumière de ses conversations antérieures avec son petit ami, l'expression « la

to Griffin, so the hearsay danger associated with *narration* was also addressed. Similarly, the circumstances in which the statement was made alleviated concerns about *sincerity*: as the trial judge observed, the statement was made to the declarant's girlfriend, it was responsive to prior dialogue, and there was no evidence of a motivation to lie as there was in *Smith* and *Starr*. These considerations formed the basis of the trial judge's decision that the statement could be admitted into evidence.

[97] We agree that there is little concern as to whether Poirier was sincere in his belief that Griffin might do him harm. Sincerity, however, is not the principal problem with Poirier's statement. Rather, it is *perception*: we simply do not know the basis for the victim's statement that the respondent wished him harm, or whether his perception was accurate. In *Starr*, the impugned out-of-court statement was ruled inadmissible for precisely this reason. Speaking for the majority, Iacobucci J. refused to admit the hearsay statement to prove the intentions of a third party:

[T]he central concern with hearsay is the inability of the trier of fact to test the reliability of the declarant's assertion. When the statement is tendered to prove the intentions of a third party, this danger is multiplied. If a declarant makes a statement about the intentions of a third party, there are three possible bases for this statement: first, it could be based on a prior conversation with the accused; second, it could be based on a prior conversation with a fourth party, who indicated the third party's intentions to the declarant; or third, it could be based on pure speculation on the part of the declarant. Under the first scenario, the statement is double hearsay. Since each level of double hearsay must fall within an exception, or be admissible under the principled approach, the mere fact that the declarant is making a statement of present intention is insufficient to render it admissible. The second level of hearsay must also be admissible.

famille de ton cousin » qu'il avait employée faisait nécessairement allusion à M. Griffin, de sorte que le danger que pose la *relation* des faits dans le cas du oui-dire était également écarté. De même, les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite ont apaisé les craintes que cette déclaration pouvait susciter quant à la *sincérité* de son auteur; comme le juge du procès l'a fait remarquer, elle a été faite à la petite amie du déclarant, dans le cadre d'un échange et, contrairement aux affaires *Smith* et *Starr*, aucun élément de preuve ne donnait à penser que le déclarant avait des raisons de mentir. Ces considérations sont à la base de la décision du juge du procès d'admettre la déclaration en preuve.

[97] À notre avis, il n'y a pas lieu de mettre en doute la sincérité de M. Poirier lorsqu'il a dit croire que M. Griffin pouvait s'en prendre à lui. Toutefois, la sincérité n'est pas la principale difficulté que pose sa déclaration. C'est plutôt sa *perception* qui pose problème : nous ne savons tout simplement pas pour quelle raison la victime a déclaré que l'intimé lui voulait du mal, ou si sa perception était juste. C'est précisément pour cette raison que la déclaration contestée dans l'arrêt *Starr* a été jugée inadmissible. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Iacobucci a refusé d'admettre la déclaration relatée, présentée dans le but de prouver les intentions d'un tiers :

[L]e principal problème que pose le oui-dire est l'incapacité du juge des faits de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Lorsque la déclaration est présentée pour prouver les intentions d'un tiers, ce danger s'accroît. La déclaration qu'une personne fait au sujet des intentions d'un tiers peut avoir trois fondements : premièrement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec l'accusé; deuxièmement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec une quatrième personne, qui a fait part des intentions du tiers au déclarant; troisièmement, elle peut être fondée sur de simples hypothèses de la part du déclarant. Selon le premier scénario, la déclaration constitue du double oui-dire. Étant donné que chaque niveau du double oui-dire doit relever d'une exception ou être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, le simple fait que le déclarant fasse une déclaration d'intention existante est insuffisant pour la rendre admissible. Le deuxième niveau de oui-dire doit également être admissible.

The other two scenarios also clearly require exclusion. If the statement about joint acts is based on a conversation with a fourth party, then the statement is triple hearsay, or worse. If, on the other hand, it is based on pure speculation, then it clearly is unreliable . . . [paras. 172-73]

Exactly the same problems arise in our case.

[98] Beyond the concerns discussed in *Starr*, an additional problem with the statement in question — “[i]f anything happens to me it’s your cousin’s family” — is that it is a statement of *opinion*. As Major J. observed in *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 49:

A basic tenet of our law is that the usual witness may not give opinion evidence, but testify only to facts within his knowledge, observation and experience. This is a commendable principle since it is the task of the fact finder, whether a jury or judge alone, to decide what secondary inferences are to be drawn from the facts proved.

Here, it is not clear what “knowledge, observation and experience” — if any — led the victim to form his opinion as to Griffin’s future intentions. And no hearsay exception overcomes the fact that it is opinion evidence. As Professors David Paciocco and Lee Stuesser explain, “if the witness could not testify as to the statement in court, it is not rendered admissible simply because it was made out of court” (*The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 135).

[99] Why the victim believed Griffin wished him harm is purely a matter of speculation. Evidence was tendered to show that a drug deal between Poirier and Griffin had gone awry and that Griffin was owed \$100,000; that Griffin was seeking Poirier out and Poirier was hiding from him; that Poirier’s friend Joe Besso was missing; and that Poirier had said that he was “scared for his life”. But it is also possible that Poirier’s opinion was simply the product of a paranoid imagination. Thus, if we are asked to provide the basis for the declarant’s opinion by

Les deux autres scénarios commandent aussi manifestement l’exclusion. Si la déclaration au sujet des actes accomplis conjointement est fondée sur une conversation avec une quatrième personne, la déclaration constitue alors du triple ouï-dire ou pis encore. Si, par contre, elle est fondée sur de simples hypothèses, elle n’est manifestement pas fiable . . . [par. 172-173]

Dans le cas qui nous occupe, les problèmes sont exactement les mêmes.

[98] Outre les préoccupations examinées dans l’arrêt *Starr*, la déclaration « [s]’il m’arrive quelque chose, c’est la famille de ton cousin » pose un problème additionnel parce qu’elle énonce une *opinion*. Comme l’a fait remarquer le juge Major dans *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 49 :

Selon un principe fondamental de notre droit, le témoin ordinaire ne peut pas rendre un témoignage d’opinion; il ne peut témoigner que sur les faits relevant de ses connaissances, de ses observations et de son expérience. Il s’agit d’un principe louable puisqu’il appartient au juge des faits, qu’il s’agisse d’un jury ou d’un juge seul, de décider quelles conclusions secondaires doivent être tirées des faits prouvés.

En l’espèce, on ignore si des « connaissances, observations et expérience » auraient amené la victime à former cette opinion au sujet des intentions de M. Griffin. Et aucune exception à la règle du oui-dire ne peut écarter le fait qu’il s’agit d’un témoignage d’opinion. Selon les professeurs David Paciocco et Lee Stuesser, [TRADUCTION] « si le témoin ne peut témoigner au procès quant à la déclaration, elle n’est pas pour autant admissible simplement parce qu’il s’agit d’une déclaration extrajudiciaire » (*The Law of Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 135).

[99] Les raisons pour lesquelles la victime croyait que M. Griffin lui voulait du mal relèvent de la pure conjecture. Des témoignages visaient à démontrer qu’une transaction de drogue entre M. Poirier et M. Griffin avait mal tourné et que M. Poirier devait 100 000 \$ à M. Griffin; que ce dernier était à la recherche de M. Poirier qui se cachait de lui; que l’ami de M. Poirier, Joe Besso, était introuvable; et que M. Poirier avait dit qu’il [TRADUCTION] « craignait pour sa vie ». Mais il est également possible que l’opinion de M. Poirier ait simplement été

analysing the other evidence, it would be dangerous to form any conclusions that we could not already derive from that other evidence. In short, the statement of opinion adds nothing, and there is a substantial risk that it was accorded undue weight: it lacked probative value, and it was highly prejudicial. The reasoning of Heeney J. in *R. v. Cowell*, [2002] O.J. No. 4783 (QL) (S.C.J.), at paras. 71-74, illustrates this concern well:

The witness said: “she was afraid if she left him, he’d hurt himself”. The Crown seeks to admit this under the state of mind exception.

Assuming that this statement is admissible as evidence of the state of mind of the victim, I am satisfied that its prejudicial impact outweighs its probative value. The difficulty with the statement is that it expresses the concern of the victim that the accused would hurt himself, without articulating any basis for that belief. That belief might be based on mere speculation. The Crown argues that there is other evidence that will provide support for the conclusion that the accused was planning to commit suicide. He borrowed money to pay off the substantial debt he owed to his parents, for example, showing he was getting his financial affairs in order. I have already mentioned the evidence found after the fact that is consistent with a suicide attempt having been made or, at least, contemplated.

That evidence can be considered by the jury in deciding whether the accused did, indeed, intend to harm himself, but the baldly stated opinion of the victim that the accused might hurt himself if she left adds nothing of value to the evidence. It is the opinion of the jury, not the absent witness, that counts, particularly when the victim’s opinion might have been based on nothing more than speculation. Had she been alive to testify, she would not have been permitted to state her opinion as to what the accused might do if she left him, without articulating the factual basis for feeling that way.

While the jury could be permitted to use this evidence as indicating the state of mind of the victim at that time, there is a grave danger that the jury might

le fruit d’une imagination paranoïde. Par conséquent, si l’on nous demande de déterminer ce sur quoi se fonde l’opinion du déclarant en analysant les éléments de preuve autres que la déclaration, il serait dangereux de tirer des conclusions que nous aurions été incapables de dégager de ces autres éléments de preuve. En bref, la déclaration d’opinion n’ajoute rien, et il subsiste un risque sérieux qu’on lui ait accordé trop d’importance : dépourvue de force probante, elle demeurerait très préjudiciable. Le raisonnement du juge Heeney dans *R. c. Cowell*, [2002] O.J. No. 4783 (QL) (C.S.J.), par. 71-74, illustre bien cette préoccupation :

[TRADUCTION] Le témoin a dit « elle avait peur, si elle le quittait, qu’il se fasse du mal ». Le ministère public cherche à faire admettre cette déclaration en preuve sur le fondement de l’exception à la règle du oui-dire relative à l’état d’esprit.

En supposant que cette déclaration soit admissible en tant que preuve de l’état d’esprit de la victime, je suis convaincu que son effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante. Le problème vient du fait que la déclaration révèle que la victime craignait que l’accusé se fasse du mal, sans préciser pourquoi elle croyait cela. Cette croyance reposait peut-être sur de simples conjectures. Le ministère public soutient que d’autres éléments de preuve permettront de conclure que l’accusé avait l’intention de se suicider. Par exemple, l’accusé a fait un emprunt pour rembourser l’importante somme qu’il devait à ses parents, ce qui montre qu’il mettait de l’ordre dans ses finances. J’ai déjà relevé les éléments de preuve, recueillis après le fait, qui sont compatibles avec une tentative de suicide ou, à tout le moins, avec le fait que le suicide ait été envisagé.

Les jurés peuvent prendre en compte ces éléments de preuve pour décider si l’accusé a effectivement eu l’intention de se faire du mal, mais la simple opinion de la victime que l’accusé pourrait se faire du mal si elle le quittait ne renforce aucunement la preuve. C’est l’opinion du jury qui compte et non celle du témoin absent, particulièrement s’il est possible que l’opinion de la victime ne repose que sur des conjectures. Si elle avait été encore vivante, on ne lui aurait pas permis de donner son opinion concernant ce que l’accusé était susceptible de faire si elle le quittait, sans préciser les faits justifiant cette impression.

On pourrait permettre aux jurés de considérer cette preuve comme une indication de l’état d’esprit de la victime à ce moment, mais il y subsiste un sérieux risque

misuse this evidence to infer that there was, indeed, good reason to believe the accused was suicidal, despite any limiting instruction I might give. That would be highly prejudicial to the accused. Since the state of mind of the victim one month before her death is only marginally probative, I conclude that the prejudicial impact of this evidence outweighs its probative value.

Here, too, the out-of-court statement was of marginal probative value at best, and its inclusion plainly occasioned a substantial risk of prejudice to the accused. As in *Cowell*, the impugned statement was certainly not admissible on the first theory, that is to establish Griffin's motive and thereby identify him as the murderer.

[100] The second possible theory is the one the trial judge accepted: that the statement was “relevant to rebut the notion that others would also have had a motive to kill [Poirier] at the beginning of 2003” (2005 CanLII 5629, at para. 32). Having admitted the statement, the trial judge instructed the jury not to use it to infer motive on the part of Griffin, but explained that it could be used to “eliminate other potential people who would want to do him harm, as far as he was concerned”. This would have deeply undermined the respondents' principal defence.

[101] The majority of the Court of Appeal ruled that the limiting instruction was inadequate, because to suggest that other people did not mean the victim harm could only lead the jury to the conclusion that Griffin was the only person who did — which was precisely the inference that was prohibited. Doyon J.A. therefore concluded that the jury could not possibly have applied the distinction they were asked to draw. Were we to conclude that the statement was admissible, we would agree with Doyon J.A. that the limiting instruction was inadequate.

[102] However, the more fundamental problem is that the statement could not possibly support

qu'ils utilisent à tort cette preuve pour conclure qu'il existait effectivement de bonnes raisons de croire que l'accusé était suicidaire en dépit des directives restrictives que je pourrais donner. Une telle situation serait fortement préjudiciable à l'accusé. Étant donné la faible valeur probante de l'état d'esprit de la victime un mois avant sa mort, je conclus que l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sur sa valeur probante.

En l'espèce aussi la déclaration extrajudiciaire a tout au plus une faible valeur probante et, de toute évidence, son admission en preuve risquait fort de causer un préjudice à l'accusé. Comme dans l'affaire *Cowell*, la déclaration contestée n'était certainement pas admissible sur le fondement du premier scénario, à savoir pour établir le mobile de M. Griffin et ainsi déterminer que ce dernier était le meurtrier.

[100] Le juge du procès a retenu le deuxième scénario possible, à savoir que la déclaration était [TRADUCTION] « utile pour réfuter la thèse voulant qu'au début de 2003, d'autres personnes avaient des raisons de tuer [M. Poirier] » (2005 CanLII 5629, par. 32). Ayant admis la déclaration en preuve, le juge du procès a demandé au jury de ne pas l'utiliser pour conclure que M. Griffin avait un mobile, mais a expliqué qu'il pouvait l'employer « pour éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal, selon lui », ce qui aurait sérieusement compromis le principal moyen de défense des intimés.

[101] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont statué que la directive restrictive était inadéquate parce que le fait de laisser entendre qu'aucune autre personne ne voulait s'en prendre à la victime amenait nécessairement le jury à conclure que M. Griffin était le seul à lui vouloir du mal — ce qui était justement l'inférence à éviter. Le juge Doyon a donc conclu qu'il était pratiquement impossible que le jury applique la distinction qu'on lui demandait de faire. Si nous devons conclure que la déclaration était admissible, nous serions d'accord avec le juge Doyon que la directive restrictive était inappropriée.

[102] Toutefois, le problème plus fondamental réside dans le fait qu'il n'était pas possible que la

an inference that others did not wish the victim harm.

[103] The second theory fails for the same reason as the first: we are asked to use Poirier's opinion to infer the state of mind of third parties, without having any idea of the basis for his conclusions. And using the statement to infer the state of mind of "others" is even more problematic than using it to infer the state of mind of Griffin, for four reasons. First, the "others" contemplated are not even identified. Second, the principal meaning of the statement seems to be that Poirier believed Griffin meant him harm, and it is not clear that he also thought that nobody else did. Third, the most one could infer is that the victim *lacked* any reason to believe that others wished him harm, which is even less helpful than an inference that he *did* have some reason to believe Griffin wished him harm. Fourth, and finally, if a hearsay statement can be permitted to help establish anybody's state of mind, it should be that of the accused, because the accused is available to testify or bring evidence to contradict such an inference in court. Indeed this is one of the principal reasons that an exception to the rule against hearsay is made for party admissions (see J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 287, §6.292). Unidentified third parties, needless to say, do not have the same ability. For all of these reasons, the statement was not admissible to "eliminate" other potential suspects.

[104] The third conceivable use of the statement is to establish that Poirier was afraid of Griffin — in other words, to establish the state of mind of the *victim*. At first blush, this use would seem to fall within the scope of the "state of mind" exception to the hearsay rule. However, it is necessary to recall

déclaration permette de conclure qu'aucune autre personne ne voulait s'en prendre à la victime.

[103] Le deuxième scénario est irrecevable pour les mêmes raisons que le premier : on nous demande d'utiliser l'opinion de M. Poirier pour déduire l'état d'esprit de tierces personnes, sans que l'on ait la moindre idée des raisons qui sous-tendent cette opinion. Et s'appuyer sur la déclaration pour déduire l'état d'esprit « d'autres personnes » est encore plus problématique que l'utiliser pour déduire l'état d'esprit de M. Griffin, et ce pour quatre raisons. Premièrement, les « tiers » en question n'ont même pas été identifiés. Deuxièmement, la déclaration semble avant tout indiquer que M. Poirier croyait que M. Griffin lui voulait du mal, et elle ne permet pas d'affirmer qu'il croyait aussi que personne d'autre ne voulait s'en prendre à lui. Troisièmement, on pourrait tout au plus conclure que la victime *n'avait pas* de raisons de penser que d'autres voulaient lui réserver un mauvais sort, ce qui est encore moins utile qu'une conclusion qu'il avait *effectivement* une raison de croire que M. Griffin lui voulait du mal. Enfin, quatrièmement, si une déclaration relatée peut être admise en preuve pour aider à établir l'état d'esprit d'une personne, ce devrait être pour établir l'état d'esprit de l'accusé, parce que ce dernier est disponible pour témoigner ou en mesure de présenter une preuve visant à réfuter une telle inférence devant le tribunal. Il s'agit là d'une des principales raisons pour lesquelles une des exceptions à la règle interdisant le oui-dire vise les aveux faits par une partie à l'instance (voir J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 287, §6.292). Ces possibilités ne s'offrent pas, il va sans dire, à des tiers non identifiés. Pour toutes ces raisons, la déclaration n'était pas admissible en preuve pour « éliminer » d'autres suspects potentiels.

[104] Troisièmement, on peut concevoir que l'utilisation de la déclaration soit possible pour démontrer que M. Poirier avait peur de M. Griffin — autrement dit, pour établir l'état d'esprit de la *victime*. Il semblerait à première vue que cette utilisation soit visée par l'exception de l'« état d'esprit » à la règle

the basic principle: that evidence should only be admitted where it is relevant to an issue in the case. This principle applies equally to our concern. As Sopinka, Lederman and Bryant explain, “[i]f the mental state of the declarant is directly in issue at trial, then statements of his or her mental state are generally admissible in proof of the fact” (p. 256, §6.225). On the other hand, the state of mind of the victim is irrelevant unless it tends to support a permissible inference regarding a relevant fact.

[105] Charron J. suggests (at para. 59) that Poirier’s fear of Griffin was relevant to Griffin’s motive, and in turn to the issue of identification. We agree that the statement “[i]f anything happens to me it’s your cousin’s family” can be understood not only as speculation, but also as an expression of fear, which is a state of mind. It could also be inferred that Poirier believed that Griffin had a motive to harm him. Again, however, we cannot be certain what basis Poirier may have had for such a belief, and therefore cannot rely upon this statement. With respect for those of a contrary opinion, we do not believe the statement is admissible under this theory. In this case, the victim’s state of mind is irrelevant on its own, and it is impermissible to use it to infer Griffin’s motive.

[106] This brings us to the fourth possible use of the statement: was it admissible to support other circumstantial evidence in the case? There was evidence suggesting that Poirier owed Griffin \$100,000, that Poirier was unable to pay, and that Poirier was hiding from Griffin. This evidence related to the critical issue of motive. Poirier’s statement to Williams — “[i]f anything happens to me it’s your cousin’s family” — does tend to support these other facts. It was consistent with Poirier’s situation that he should have said what he did to his girlfriend. In the language of *Arp*, it “tend[s]

du ouï-dire. Il ne faut toutefois pas perdre de vue le principe de base : seuls les éléments de preuve pertinents à un point en litige sont admissibles en preuve. Ce principe s’applique également en l’espèce. Comme l’expliquent Sopinka, Lederman et Bryant [TRADUCTION] « [s]i l’état d’esprit du déclarant est spécifiquement en cause au procès, les déclarations s’y rapportant sont généralement admissibles en preuve pour établir ce fait » (p. 256, §6.225). Par ailleurs, l’état d’esprit de la victime n’est pas pertinent sauf s’il tend à étayer une inférence acceptable portant sur un fait lui-même pertinent.

[105] Selon la juge Charron (par. 59) la peur qu’éprouvait M. Poirier à l’égard de M. Griffin était un élément pertinent en ce qui concerne le mobile de M. Griffin, lequel est lui-même pertinent à l’identification. Nous convenons qu’il est permis de penser que la déclaration « [s]’il m’arrive quelque chose, c’est la famille de ton cousin » n’est pas une simple hypothèse et qu’elle exprime la peur, laquelle est un état d’esprit. On pourrait également déduire que M. Poirier croyait que M. Griffin avait des raisons de s’en prendre à lui. Cependant, comme il a déjà été signalé, il est impossible de savoir avec certitude pourquoi M. Poirier a cru qu’il était en danger, et par conséquent on ne peut s’appuyer sur cette déclaration. Avec égards pour ceux qui ne partagent pas cet avis, nous ne croyons pas que la déclaration soit admissible suivant le troisième scénario. En l’espèce, l’état d’esprit de la victime n’est pas pertinent en soi, et il ne saurait être utilisé pour tirer des conclusions quant au mobile de M. Griffin.

[106] Cela nous amène à la quatrième utilisation possible de la déclaration : était-elle admissible pour étayer un autre élément de preuve circonstancielle en l’espèce? Certains éléments de preuve laissaient croire que M. Poirier devait 100 000 \$ à M. Griffin, qu’il était incapable de rembourser cette somme et se cachait de son créancier. Cette preuve concernait la question cruciale du mobile. La déclaration que M. Poirier a faite à M<sup>me</sup> Williams — « [s]’il m’arrive quelque chose, c’est la famille de ton cousin » — tend effectivement à confirmer ces faits. Il est vraisemblable que M. Poirier ait fait la

to ‘increase . . . the probability of the existence of a fact in issue’” (para. 38). Under this theory, the statement is tendered not for the truth of its contents, but for the mere fact that it was made. It thus avoids the problem identified above, that the basis for the statement is not known.

[107] Nevertheless, the statement could not be admitted under this theory either, because its probative value for this purpose is greatly outweighed by its potential prejudicial effect. As the respondent Griffin states, Poirier’s statement “begged to be used by the jury for the prohibited purpose” of inferring Griffin’s intent (Factum, at para. 82). When the jury hears “[i]f anything happens to me it’s your cousin’s family”, it is simply too tempting for the jury to reason that “something happened: it must have been his cousin’s family”. The statement could assume an almost superstitious significance.

[108] This great risk of prejudice could not be attenuated by a limiting instruction. It is difficult to justify admitting the statement for a marginally probative and tangential purpose while insisting that the jury not use it in the most obvious and prejudicial way possible. Numerous cases indicate that juries should be trusted to use evidence as directed: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 22; and *Smith*. But there does come a point, as in this case, where one must heed Cardozo J.’s warning: “The reverberating clang of those accusatory words would drown all weaker sounds. It is for ordinary minds, and not for psychoanalysts, that our rules of evidence are framed” (*Shepard v. United States*, 290 U.S. 96 (1933), at p. 104).

déclaration en question à sa petite amie dans la situation où il se trouvait. Suivant l’arrêt *Arp*, la déclaration « [tend] à accroître [. . .] la probabilité de l’existence d’un fait en litige » (par. 38). Selon ce scénario, la déclaration est présentée en preuve non pas pour établir la véracité de son contenu, mais simplement pour démontrer qu’elle a été faite. Le problème signalé précédemment, soit que l’on ne sache pas pourquoi la victime a fait cette déclaration, ne se pose donc pas.

[107] Néanmoins, la déclaration ne pouvait non plus être admise en preuve suivant ce quatrième scénario parce que son effet préjudiciable possible l’emporte nettement sur sa valeur probante. Comme l’affirme l’intimé Griffin, la déclaration de M. Poirier [TRADUCTION] « ne pouvait être utilisée par le jury que dans le but interdit » de tirer des conclusions quant aux intentions de M. Griffin (mémoire, par. 82). Lorsque le jury entend « [s]’il m’arrive quelque chose, c’est la famille de ton cousin », il ne peut qu’être tenté de conclure que « quelque chose est arrivé : ce doit être la faute de la famille de son cousin ». La déclaration pourrait presque acquérir la force d’une voix d’outre-tombe.

[108] Ce risque important de préjudice ne pouvait être atténué par une directive restrictive. Il est difficile de justifier l’admission en preuve de la déclaration en lui accordant une valeur probante faible et indirecte tout en insistant pour que les jurés ne l’utilisent pas de la manière qui s’impose d’emblée et qui est la plus préjudiciable. Suivant de nombreux arrêts, il faut avoir confiance en la capacité des jurés d’utiliser la preuve conformément aux directives du juge du procès : *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 22; et *Smith*. Mais il arrive un moment où, comme en l’espèce, il faut tenir compte de l’avertissement du juge Cardozo : [TRADUCTION] « Le son persistant de ces propos accusatoires enterrerait tous les messages plus faibles. Nos règles de preuve sont conçues pour les gens ordinaires et non pour les psychoanalystes » (*Shepard c. United States*, 290 U.S. 96 (1933), p. 104).

[109] We conclude therefore that it was wrong to have admitted the statement in the first place. This amounted to an error in principle, and deference cannot be accorded to the judge's decision.

[110] We would also decline to apply the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) in respect of this error. Neither of the possibilities discussed in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26, apply here. On the one hand, the decision to admit the statement cannot be characterized as "harmless": Poirier's fingering of Griffin from beyond the grave, so to speak, could only have had tremendous impact, despite the limiting instruction. Nor can the evidence against the accused be described as "so overwhelming that . . . there was no substantial wrong or miscarriage of justice". The Crown's case rested in significant measure on circumstantial evidence and on the credibility of certain witnesses, and so we are not persuaded that no properly charged jury could have come to another verdict.

### III. Conclusion

[111] For the foregoing reasons, and with respect for those who are of a contrary opinion, we would dismiss the Crown's appeals. We would affirm the order of the Court of Appeal for a new trial for both John Griffin and his alleged accomplice, Earl Roy Harris.

*Appeals allowed, LEBEL and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Griffin: Filteau Belleau, Montréal.*

[109] Nous concluons par conséquent que le juge du procès a eu tort d'admettre la déclaration en preuve. Cela équivalait à une erreur de principe, de sorte que la décision du juge du procès ne commande pas la déférence.

[110] Nous sommes en outre d'avis que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne peut s'appliquer pour remédier à cette erreur. Aucune des possibilités envisagées dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26, ne s'applique en l'espèce. D'une part, la décision d'admettre la déclaration ne peut être qualifiée d'« inoffensive » : le fait que, par-delà sa mort, M. Poirier ait en quelque sorte jeté le blâme sur M. Griffin ne pouvait qu'avoir un effet démesuré, en dépit de la directive restrictive. On ne saurait dire non plus que la preuve présentée contre l'accusé était « accablante au point [. . .] de conclure qu'aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s'est produit ». La preuve de la poursuite reposait pour une large part sur une preuve circonstancielle et sur la crédibilité de certains témoins, de sorte que nous ne sommes pas convaincus qu'aucun jury correctement instruit n'aurait pu rendre un verdict différent.

### III. Conclusion

[111] Pour les motifs qui précèdent et avec égards pour ceux qui ne partagent pas ce point de vue, nous sommes d'avis de rejeter les pourvois du ministère public. Nous sommes en outre d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner que John Griffin et son présumé complice, Earl Roy Harris, subissent un nouveau procès.

*Pourvois accueillis, les juges LEBEL et FISH sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé Griffin : Filteau Belleau, Montréal.*