

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Duc Van *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VAN

Neutral citation: 2009 SCC 22.

File No.: 32681.

2009: January 13; 2009: May 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Charge to jury — Investigative hearsay and police opinion testimony — Omission of limiting instructions — Application of curative proviso — Accused claiming he was falsely named as attacker — Lead investigating officer providing narrative of investigative process — Officer's testimony including hearsay and personal opinion — Accused found guilty but convictions set aside on appeal — Whether trial judge erred in failing to provide jury with limiting instruction concerning officer's testimony — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

K was stabbed, robbed, and left to die in his apartment but he survived. Initially, the police suspected the crime might have been committed by loan-shark enforcers. However, when K was able to talk, he identified the accused V, his friend and gambling companion, as his attacker. The police then abandoned the loan-shark theory. At trial, V claimed K had falsely named him as the attacker and advanced a theory that K, known for his involvement in illegal gambling, had actually been attacked by members of a loan-sharking organization, and that the police had improperly focused their attention on him when K had named him as the attacker. To support this argument, he relied on the testimony of N, a senior police officer and the lead investigator of K's case, who testified for the Crown to the steps taken by the police following the attack. In the course of his testimony, N made several statements that constituted

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Duc Van *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. VAN

Référence neutre : 2009 CSC 22.

Nº du greffe : 32681.

2009 : 13 janvier; 2009 : 28 mai.

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

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

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Oûi-dire issu de l'enquête et témoignage d'opinion du policier — Omission d'une directive restrictive — Application de la disposition réparatrice — Accusé prétendant avoir été faussement identifié comme agresseur — Compte rendu du déroulement de l'enquête fourni par l'enquêteur principal — Déposition de l'enquêteur contenant du oûi-dire et une opinion personnelle — Accusé reconnu coupable mais déclaration de culpabilité annulée en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de donner au jury une directive restrictive concernant le témoignage du policier? — Dans l'affirmative, les déclarations de culpabilité peuvent-elles être maintenues en application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

K a été poignardé, volé et laissé agonisant dans son appartement mais il a survécu. La police a commencé par suspecter des hommes de main d'un usurier d'avoir commis le crime. Toutefois, lorsque K fut en mesure de parler, il a identifié l'accusé V, son ami et compagnon de jeu, comme étant son agresseur. Les policiers ont abandonné la thèse de l'usurier. Au procès, V a prétendu que K l'avait faussement désigné comme agresseur et a avancé une thèse selon laquelle K, connu pour ses activités de jeu illégales, avait en fait été agressé par des membres d'une organisation de prêt usuraire, et que les policiers chargés de l'enquête avaient incorrectement porté leur attention sur lui lorsque K l'eut désigné comme agresseur. À l'appui de cet argument, il a invoqué la déclaration de N, un policier chevronné et l'enquêteur principal dans l'affaire K, qui a témoigné pour le ministère public concernant les mesures prises

hearsay and opinion evidence, including a statement that he believed V to be guilty. He also implied that his opinion was based in part on facts which corroborated K's version of events but which were not before the jury. The trial judge did not provide the jury with a limiting instruction on the permissible and impermissible uses to which N's evidence could be put and no objection was made to the lack of limiting instruction on this matter at trial. The jury found V guilty of attempted murder, robbery and forcible confinement. The majority of the Court of Appeal set aside the convictions, concluding that the trial judge's failure to give a limiting instruction on the permissible use of the officer's testimony amounted to a serious error that could not be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The dissenting judge perceived the error as minor in the context of the charge and the trial as a whole and would have upheld the convictions by resort to the proviso.

Held (Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the convictions restored.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, and Rothstein JJ.: When investigative hearsay and opinion evidence is introduced pertaining to a defence of inadequate police investigation without a limiting instruction, a jury runs the risk of using the otherwise inadmissible evidence for an impermissible purpose. In this case, the absence of a limiting instruction with respect to the officer's investigative hearsay and opinion evidence constituted an error of law, but this error was harmless and had no effect on the verdict. Accordingly, despite the error, the convictions can be upheld and must be restored pursuant to s. 686(1)(b)(iii). [3] [33]

The majority of the hearsay evidence that was introduced by means of N's testimony was properly before the jury through the direct, admissible evidence of other witnesses. The hearsay evidence that was not before the jury through other sources was peripheral to the main issue at trial, and the jury's use of this evidence for the truth of its contents would not have affected the verdict. The expression of N's opinion in the absence of a limiting instruction likely had an insignificant impact on the verdict in the context of N's testimony and the

par la police après l'agression. Lors de son témoignage, N a fait plusieurs déclarations qui constituaient du ouï-dire et un témoignage d'opinion, affirmant notamment qu'il croyait que V était coupable. Il a également laissé entendre que son opinion était fondée en partie sur des faits qui corroboraient la version des événements donnée par K mais qui n'avaient pas été présentés au jury. Le juge du procès n'a pas donné au jury une directive restrictive concernant les utilisations admissibles et inadmissibles de la déposition de N et aucune objection n'a été formulée au procès concernant l'absence de directive restrictive à cet égard. Le jury a déclaré V coupable de tentative de meurtre, de vol qualifié et de séquestration. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé les condamnations et ont conclu que l'omission du juge du procès de donner une directive restrictive concernant l'utilisation admissible du témoignage du policier constituait une erreur grave à laquelle on ne pouvait remédier au moyen de la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Le juge dissident a considéré l'erreur comme étant mineure dans le contexte de l'accusation et de l'ensemble du procès et aurait maintenu les condamnations en recourant à la disposition réparatrice.

Arrêt (les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : La présentation d'une preuve par ouï-dire issu d'une enquête et d'un témoignage d'opinion se rapportant à une défense fondée sur une enquête policière inadéquate sans qu'une directive restrictive ne soit donnée comporte le risque que le jury utilise cette preuve autrement inadmissible dans un but inacceptable. En l'espèce, l'absence d'une directive restrictive concernant le ouï-dire issu de l'enquête et le témoignage d'opinion du policier constituait une erreur de droit, mais cette erreur a été sans conséquence et n'a eu aucune incidence sur le verdict. En conséquence, en dépit de l'erreur, les déclarations de culpabilité peuvent être maintenues et doivent être rétablies en application du sous-al. 686(1)(b)(iii). [3] [33]

La majorité des éléments de preuve par ouï-dire présentés par N lors de son témoignage ont été dûment soumis au jury par les témoignages directs et recevables d'autres témoins. Les éléments de preuve par ouï-dire qui n'ont pas été soumis au jury au moyen d'autres sources se situaient en marge de la question principale soulevée au procès. L'utilisation par le jury de ces éléments de preuve du fait de la véracité de leur contenu n'aurait pas influé sur le verdict. Dans le contexte de la déposition de N et du procès dans son ensemble, l'opinion exprimée

trial as a whole. N was relating to the jury the reasons for which he and his partner changed the focus of their investigation from known loan-shark enforcers to V. It would be natural for him to suggest that he believed he was pursuing the appropriate leads by investigating V, and it would come as no surprise to a jury that a police officer will investigate the person that he or she thinks is most likely to be guilty. Furthermore, the trial judge had instructed the jury at numerous points in his charge that it was their opinion of the evidence, and only theirs, that mattered. While N was clearly a credible Crown witness, he was not the only Crown witness, nor was he the only police officer who testified to the steps taken during the investigation. [38-40]

N's reference to "information that I received" could not have led the jury to believe that he was in possession of inculpatory evidence not presented at trial. This statement was made on re-examination, after a detailed description of the evidence that had unfolded in the course of the investigation. A reasonable jury would have interpreted his statement to refer not to undisclosed sources, but to the evidence that he had described only moments before, especially given defence counsel's failure to object to the statement at the time. Counsel's lack of objection to the errors at trial arose not from a calculated decision, but from the fact that the error was, in the context of the case, not significant. The jury were properly instructed on numerous occasions to rely only on evidence presented at trial and not to engage in speculation. The Crown's question to N in which counsel asked if there was anything else concerning the investigation that might "assist the jury in determining the guilt or innocence of the accused" was misguided, but of little consequence and would not have caused any real prejudice to V. The jury would have been aware that she was merely seeking to conclude the examination-in-chief and to ensure that there was nothing the witness had neglected to mention. The suggestion that the jury would use this statement to infer that everything N had recounted previously could go to the ultimate issue of guilt is unfounded. [41-43]

With respect to the trial judge's instruction on the burden of proof and the presumption of innocence as they related to V's evidence, any deficiency in the *W. (D.)* instruction was more than compensated for by the rest of the charge. [19] [23]

en l'absence de directive restrictive ne semble pas avoir eu des conséquences importantes sur le verdict. N a fait part au jury des raisons pour lesquelles son confrère et lui ont orienté leur enquête vers V plutôt que vers des individus connus comme des hommes de main d'un usurier. Il serait naturel pour lui de laisser entendre qu'il croyait suivre la bonne piste en enquêtant sur V, et le fait qu'un policier enquête sur la personne qu'il soupçonne le plus d'être coupable ne devrait pas plonger les jurés dans l'étonnement. En outre, dans son exposé, le juge du procès a rappelé à de nombreuses reprises aux jurés que seule leur opinion sur la preuve importait. S'il est clair que N demeurerait un témoin digne de foi pour le ministère public, il n'était pas le seul témoin du ministère public ni le seul policier à témoigner au sujet des mesures prises au cours de l'enquête policière. [38-40]

La mention par N des « renseignements que j'ai obtenus » n'aurait pu laisser croire au jury qu'il avait en sa possession un élément de preuve inculpatoire qui n'avait pas été présenté au procès. Cette déclaration a été faite lors du réinterrogatoire, après la présentation détaillée des éléments de preuve obtenus au cours de l'enquête. Un jury raisonnable aurait interprété cette déclaration comme faisant référence non pas à des sources anonymes, mais plutôt aux éléments de preuve que le témoin venait juste de présenter, en raison, en particulier, de l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à la déclaration en question à ce moment. L'omission de l'avocat de s'opposer aux erreurs au procès ne découle pas d'une décision calculée, mais plutôt du fait que ces erreurs n'étaient pas importantes dans le contexte de l'affaire. Le jury a reçu des directives appropriées à de nombreuses reprises sur son devoir de se fonder seulement sur la preuve présentée au procès et d'éviter de se lancer dans des conjectures. La question que l'avocate du ministère public a posée à N sur l'existence d'autres détails de l'enquête qui puissent « aider le jury à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé », bien que malencontreuse, n'a guère eu de conséquences et n'aurait causé aucun préjudice réel à V. Le jury devait sûrement savoir que l'avocate voulait seulement achever l'interrogatoire principal et s'assurer que le témoin n'avait rien omis de mentionner. L'argument selon lequel le jury se servirait de cette déclaration pour inférer que tout ce que N avait antérieurement relaté pourrait finalement entraîner un verdict de culpabilité n'est pas fondé. [41-43]

Pour ce qui est de la directive du juge du procès en ce qui a trait au fardeau de la preuve et à la présomption d'innocence en rapport avec la preuve présentée par V, toute lacune dans la directive de l'arrêt *W. (D.)*, s'il en était, a été amplement comblée dans le reste de l'exposé. [19] [23]

Per Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ. (dissenting): The trial judge's omission of limiting instructions about N's opinion evidence, based in part on a body of information not otherwise before the jury, was a serious error that may well have directly affected the jury's assessment of the credibility not only of the accused V but of K. Credibility and existence of reasonable doubt on all the evidence were the key issues before the jury. Without the required limiting instructions on investigative hearsay and police opinion testimony, there were two related dangers that would go unaddressed: first, that the jury would improperly use the "investigative hearsay" evidence as evidence of its truth and, second, that the jury would wrongly attach weight to N's personal opinion that V was guilty. In combination, these two problematic aspects were of more concern than either might have been on its own. Each reinforced the other. N's opinion likely strengthened K's credibility, as did the implication that N relied in forming that opinion on material not before the jury but which corroborated K's evidence. [66] [74-75] [101]

The Crown's position that N's opinion testimony was harmless because the jury would have assumed in any event that he thought V was guilty overlooks the dangers of evidence put in the form of opinions: it usurped the function of the jury by drawing critical inferences — a conclusion about V's guilt — from the facts known to the witness, and it obscured the factual basis for the conclusions reached. It was at best unclear and at worst a likely inference that N's opinion was based solely on evidence other than that which had been admitted before the jury. Finally, there was a danger that the jury would put more credence in the improperly offered opinion simply because it came from an experienced and respected police officer, thus bolstering K's credibility while undermining that of V. The Crown's assertion that the jury likely assumed that the investigating officer thought V was guilty underlines the need for the limiting instructions rather than providing an excuse for their omission. [80-84] [86]

N's testimony created the impression that his personal opinion about V's guilt was based in part on a body of information not disclosed to the jury. Some of this information was expressly represented to the jury as corroborating K's version of events while it was implicit in N's testimony that other information also had this

Les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell (dissidents) : L'omission du juge du procès de donner une directive restrictive au sujet du témoignage d'opinion de N, fondé en partie sur un ensemble de renseignements qui n'avaient pas été présentés au jury, constituait une erreur grave tout à fait susceptible d'influer sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité non seulement de l'accusé V mais aussi de K. La crédibilité et l'existence d'un doute raisonnable à l'égard de l'ensemble de la preuve constituaient les questions principales soumises au jury. Sans les directives requises relatives au oui-dire issu de l'enquête et au témoignage d'opinion du policier, deux dangers connexes persistaient : premièrement, le jury pouvait utiliser indûment la preuve dite de « oui-dire issu de l'enquête » comme preuve de sa véracité et, deuxièmement, il pouvait à tort accorder du poids à l'opinion personnelle de N selon laquelle V était coupable. Puisqu'ils se renforçaient mutuellement, ces deux aspects problématiques étaient encore plus préoccupants, cumulés, qu'ils ne pouvaient l'être chacun de son côté. L'opinion de N, tout comme l'insinuation que cette opinion reposait sur des éléments qui n'avaient pas été présentés au jury mais qui corroboraient le témoignage de K, ajoutaient à la crédibilité de ce dernier. [66] [74-75] [101]

L'argument du ministère public, selon lequel le témoignage d'opinion de N serait inoffensif parce que le jury lui aurait de toute manière imputé l'opinion que V était coupable, fait abstraction des dangers de la preuve par opinion. Par son témoignage, N usurpe la fonction du jury en formulant des conclusions fondamentales — une conclusion concernant la culpabilité de V — à partir de faits que N connaît. Ensuite, le témoignage d'opinion obscurcit le fondement factuel des conclusions tirées. Dans le meilleur des cas, il n'était pas certain que l'opinion de N reposait exclusivement sur des éléments de preuve qui avaient été présentés au jury et, dans le pire des cas, il était probable que ce n'était pas le cas. Enfin, il y avait le danger que le jury accorde plus de crédit à l'opinion irrégulièrement formulée simplement parce qu'elle émanait d'un policier expérimenté et respecté, ajoutant ainsi à la crédibilité de K tout en discréditant V. Loin de justifier l'absence de directives restrictives, l'argument du ministère public voulant que le jury aurait vraisemblablement supposé que le policier chargé de l'enquête croyait V coupable signale la nécessité de ces directives. [80-84] [86]

Le témoignage de N a donné l'impression que son opinion personnelle au sujet de la culpabilité de V reposait en partie sur un ensemble de renseignements qui n'avaient pas été présentés au jury. Il a expressément été dit au jury que certains de ces renseignements corroboraient la version des faits de K tandis qu'il

effect. The jury would have had the impression that N's opinion about V's guilt and about K's credibility was based not only on his long experience as a police officer, but also on a body of information not disclosed to them. This impression compounded the seriousness of the omission of proper instructions that N's opinion should be given no weight. [91-92]

Defence counsel's failure to object at trial in this case cannot reasonably be viewed as a tactical decision by the defence and cannot on its own or in combination with other considerations assist the Crown in discharging its burden of showing that this serious legal error could not reasonably have had any impact on the verdict. [99-100]

The error was not mitigated by other instructions. A proper instruction about this opinion evidence would not have undermined the defence and it is impossible to say what impact a proper instruction would have had on the jury's deliberations. The Crown has not discharged its heavy onus of showing that there is no reasonable possibility that the omitted instruction would have made a difference to the outcome of this case. [101]

Cases Cited

Cited by LeBel J.

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Dhillon* (2002), 161 O.A.C. 231; *R. v. Mallory*, 2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152; *R. v. Lane*, 2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293.

Cited by Cromwell J. (dissenting)

R. v. Bevan, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v.*

ressortait implicitement du témoignage de N que d'autres renseignements avaient également cet effet. Les jurés auraient eu l'impression que l'opinion de N au sujet de la culpabilité de V et de la crédibilité de K ne reposait pas uniquement sur sa longue expérience dans la police mais également sur un ensemble de renseignements qui ne leur avait pas été présentés. Cette impression ajoutait à la gravité de l'omission d'indiquer dans des directives appropriées qu'il ne fallait pas accorder de poids à l'opinion de N. [91-92]

Prise isolément ou combinée à d'autres facteurs, l'absence d'objection de l'avocat de la défense au procès ne peut en l'espèce être raisonnablement considérée comme une décision stratégique de la défense ni ne peut aider le ministère public à s'acquitter du fardeau de prouver que la grave erreur de droit en cause ne pouvait raisonnablement avoir eu de répercussion sur le verdict. [99-100]

La gravité de l'erreur n'a pas été atténuée par d'autres directives. La présentation d'une directive appropriée visant ce témoignage d'opinion n'aurait pas causé préjudice à la défense, et il est impossible de dire quel effet une telle directive aurait eu sur les délibérations du jury. Le ministère public ne s'est pas acquitté de sa lourde obligation de démontrer qu'il n'existe pas de possibilité raisonnable que l'omission de la directive aurait été sans conséquence sur l'issue du procès. [101]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Dhillon* (2002), 161 O.A.C. 231; *R. c. Mallory*, 2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152; *R. c. Lane*, 2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Bevan, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c.*

Arcangioli, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293.

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

McCormick on Evidence, vol. 1, 6th ed. By Kenneth S. Broun, General Editor. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2006.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Sharpe and Juriansz J.J.A.), 2008 ONCA 383, 236 O.A.C. 219, 92 O.R. (3d) 462, [2008] O.J. No. 1892 (QL), 2008 CarswellOnt 2734, setting aside the accused's convictions and ordering a stay of proceedings. Appeal allowed, Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ. dissenting.

John McInnes, for the appellant.

Joseph S. Wilkinson and Philip Norton, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] Mr. Jack Kong was stabbed, robbed, and left to die in his apartment on the afternoon of December 21, 2000. Despite sustaining massive injuries, he survived and named the respondent, his erstwhile friend and gambling companion Mr. Duc Van, as his aggressor. At trial, Mr. Van claimed that Mr. Kong had falsely named him as the attacker and advanced a theory that Mr. Kong, known for his involvement in illegal gambling, had actually been attacked by members of a loan-sharking organization. This defence was not successful and the jury found him guilty of attempted murder, robbery and forcible confinement.

[2] The majority of the Ontario Court of Appeal allowed Mr. Van's appeal and set aside the

Arcangioli, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293.

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

McCormick on Evidence, vol. 1, 6th ed. By Kenneth S. Broun, General Editor. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Sharpe et Juriansz), 2008 ONCA 383, 236 O.A.C. 219, 92 O.R. (3d) 462, [2008] O.J. No. 1892 (QL), 2008 CarswellOnt 2734, qui a annulé les déclarations de culpabilité de l'accusé et ordonné l'arrêt des procédures. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell sont dissidents.

John McInnes, pour l'appelante.

Joseph S. Wilkinson et Philip Norton, pour l'intimé.

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

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Monsieur Jack Kong a été poignardé, volé et laissé agonisant dans son appartement l'après-midi du 21 décembre 2000. En dépit de la gravité de ses blessures, il a survécu et a identifié son agresseur, l'intimé M. Duc Van, son ancien ami et compagnon de jeu. Au procès, M. Van a prétendu que M. Kong l'avait faussement désigné comme agresseur et a avancé une thèse selon laquelle M. Kong, connu pour ses activités de jeu illégales, avait en fait été victime d'une attaque par les membres d'une organisation de prêt usuraire. Ce moyen de défense a été rejeté et le jury l'a déclaré coupable de tentative de meurtre, de vol qualifié et de séquestration.

[2] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont accueilli l'appel de M. Van et annulé

convictions on the grounds that one of the key Crown witnesses, a police officer, had offered his opinion on the accused's guilt and implied that this opinion was based on information not before the jury at trial. For the majority, the trial judge's failure to give a limiting instruction on the permissible use of the officer's testimony amounted to a serious error that could not be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Since the accused had already undergone three trials and had served most of his sentence, the majority entered a stay of proceedings. This case was heard as of right due to the dissenting judgment of Winkler C.J.O., who perceived the error as minor in the context of the charge and the trial as a whole. Winkler C.J.O. would have upheld the convictions by resort to the curative proviso.

[3] The appeal should be allowed. While the trial judge did err by failing to give a limiting instruction with respect to the officer's testimony, this error was harmless and had no effect on the verdict. Accordingly, the convictions must be restored pursuant to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

II. Factual Background

[4] The respondent and Mr. Kong travelled together to Casino Niagara on December 20, 2000, the night before the attack. They played separate games for most of the evening but convened in the casino coffee shop near the end of the night. Some time between 3:15 and 4 a.m., the two men returned to the respondent's van and began their trip back to Toronto. Mr. Kong testified that he left the casino holding approximately \$6,000 in cash. The first unusual event that night occurred when Mr. Kong and the respondent interrupted their journey home to fix a flat tire. While crouching outside the van changing the tire, Mr. Kong experienced a sharp blow to his head. Mr. Kong testified that the respondent took the blame and apologized

les condamnations au motif que l'un des témoins clés du ministère public, un policier, avait donné son avis concernant la culpabilité de l'accusé et laissé entendre qu'il s'était fondé sur des renseignements non présentés au jury au procès. Selon les juges de la majorité, l'omission du juge du procès de donner une directive restrictive concernant l'utilisation admissible du témoignage du policier constituait une erreur grave à laquelle on ne pouvait remédier au moyen de la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Comme l'accusé avait déjà subi trois procès et purgé la plus grande partie de sa peine, les juges majoritaires ont ordonné l'arrêt des procédures. La présente affaire a été instruite de plein droit en raison du jugement dissident du juge en chef Winkler, qui a considéré l'erreur comme étant mineure dans le contexte de l'accusation et de l'ensemble du procès. Le juge en chef Winkler aurait maintenu les condamnations en recourant à la disposition réparatrice.

[3] Le pourvoi doit être accueilli. Le juge du procès a effectivement commis une erreur en omettant de donner une directive restrictive concernant le témoignage du policier, mais cette erreur a été sans conséquence et n'a eu aucune incidence sur le verdict. En conséquence, les déclarations de culpabilité doivent être rétablies en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

II. Contexte factuel

[4] L'intimé et M. Kong se sont rendus ensemble au Casino Niagara le 20 décembre 2000, le soir précédant l'agression. Ils ont joué chacun de leur côté durant la majeure partie de la soirée, mais se sont rencontrés au café-restaurant du casino vers la fin de la soirée. Entre 3 h 15 et 4 h, les deux hommes sont montés à bord de la fourgonnette de l'intimé et sont repartis vers Toronto. Monsieur Kong a déclaré avoir quitté le casino avec, en sa possession, environ six mille dollars en argent comptant. Le premier événement inhabituel cette nuit-là s'est produit lorsque M. Kong et l'intimé ont interrompu leur voyage de retour à la maison pour réparer une crevaillon. Alors qu'il était accroupi à l'extérieur de la fourgonnette et s'affairait à remplacer

for the injury, explaining that a mallet had accidentally slipped from his hand. Mr. Kong said that he accepted his friend's apology and, head bleeding from the injury, returned to the van. The respondent, however, denied either accidental or intentional involvement in Mr. Kong's head injury at trial and claimed to have no idea how the injury was caused.

[5] Mr. Kong's testimony of the subsequent events and the attempt on his life differed markedly from the evidence presented by Mr. Van at trial. Mr. Kong said that, upon their arrival in Toronto, the respondent stopped the van in the city's waterfront district and got out to urinate in the snow. When he returned to the van, he sat quietly for several minutes and told Mr. Kong to "wait" when asked why they were stopped. After a few minutes, a police car appeared and the respondent resumed driving. The respondent dropped Mr. Kong off at his apartment sometime between 7 and 11 a.m. on December 21, 2000, and returned shortly after with some herbal medicine that he applied to his friend's head injury. Later in the day, the respondent paid another visit to Mr. Kong's apartment with some food. At the conclusion of their meal, he offered to apply a further dose of medicine to Mr. Kong's head.

[6] While Mr. Kong lay face-down on the bed to facilitate the application, he was stabbed three times in the back by the respondent. He claimed that the two men struggled, at which point the respondent held a knife to Mr. Kong's throat, robbed him, bound his hands and feet with a telephone cord, cut his phone connection and then washed the knife in the sink. Mr. Kong told the respondent to leave, promising not to call the police. At this, the respondent supposedly struck Mr. Kong in the face with a frying pan, shoved a plastic bag in his mouth, smothered his face with a pillow, and said he would not leave until Mr. Kong passed out. Feigning unconsciousness, Mr. Kong

le pneu, Monsieur Kong a reçu un dur coup à la tête. Monsieur Kong a déclaré dans son témoignage que l'intimé avait accepté le blâme et qu'il s'était excusé de l'avoir blessé, expliquant qu'un maillet lui avait accidentellement échappé. Monsieur Kong a déclaré avoir accepté les excuses de son ami et, la tête ensanglantée, est retourné à la fourgonnette. L'intimé a toutefois nié au procès avoir causé, accidentellement ou intentionnellement, une blessure à la tête de M. Kong et a prétendu n'avoir aucune idée quant à la façon dont la blessure avait été causée.

[5] Le témoignage de M. Kong concernant les événements qui se sont produits par la suite et l'attentat perpétré contre sa vie diffère de façon marquée de la version présentée par M. Van au procès. Monsieur Kong a affirmé que, dès leur arrivée à Toronto, l'intimé a arrêté la fourgonnette dans le secteur bordant le lac Ontario et qu'il en est descendu pour aller uriner dans la neige. De retour, il s'est assis tranquillement pendant quelques minutes et, lorsque M. Kong lui a demandé pourquoi ils s'étaient arrêtés, il lui a dit « d'attendre ». Après quelques minutes, une auto-patrouille est apparue et l'intimé a repris la route. L'intimé a déposé M. Kong à son appartement entre 7 h et 11 h le 21 décembre 2000; il y est revenu peu de temps après avec des herbes médicinales qu'il a appliquées sur la blessure de son ami. Plus tard au cours de la journée, l'intimé s'est présenté une autre fois à l'appartement de M. Kong avec de la nourriture. À la fin du repas, il a offert à M. Kong de lui appliquer à nouveau des herbes médicinales sur la tête.

[6] Pendant que M. Kong était étendu face au lit pour faciliter l'application, l'intimé l'a poignardé au dos à trois reprises. Monsieur Kong prétend qu'ils en sont venus à un corps à corps et que l'intimé a, à un certain moment, tenu un couteau contre sa gorge, l'a volé, lui a lié les mains et les pieds avec le cordon du téléphone, a coupé la ligne téléphonique, puis a lavé le couteau dans le lavabo. Monsieur Kong a demandé à l'intimé de quitter les lieux en lui promettant de ne pas appeler la police. L'intimé aurait alors frappé M. Kong au visage avec un poêle à frire, lui aurait inséré un sac en plastique dans la bouche et un oreiller sur le visage et lui aurait dit qu'il ne quitterait pas les lieux avant que M. Kong

lay motionless while the respondent stamped on his groin and kicked him in the knee. The respondent checked Mr. Kong for a pulse and, apparently satisfied with the results, stole a large sum of money from Mr. Kong's apartment and left him under a mattress on the floor.

[7] Somehow, Mr. Kong survived. After losing consciousness for some time, he staggered into the hallway of his apartment building and was found by a neighbour at around 6:30 p.m. He was treated for two collapsed lungs and stab wounds to the chest, abdomen, liver, back, neck, left arm and right hand, and was not able to speak until January 2, 2001.

[8] The respondent, for his part, claims to have been wrongly accused by Mr. Kong and offered a competing narrative of that day's events. He denied making any pit-stop in the waterfront district of Toronto on that date, claiming that the innocuous event had actually occurred on a previous trip to the casino with Mr. Kong. He said that he went home after dropping Mr. Kong at the apartment on the morning of the attack, and called Mr. Kong from home to see if he needed to be taken to the hospital for his head injury. Mr. Kong allegedly denied needing to go to the hospital but asked for some food to be brought to him. The respondent testified that after dropping his daughter off at school, he returned to Mr. Kong's apartment with congee and herbal medicine. Approximately 15 minutes later, the respondent left the apartment to pick up his ex-wife and drive her to an employment resource centre. By 10 a.m. he claimed to have been home in bed. He denied seeing Mr. Kong again that day and disavowed any involvement in the robbery and the assault.

[9] The respondent's ex-wife, Ms. Le Hoa Du, testified at trial to a series of events that was generally consistent with the respondent's version of his whereabouts between 7:45 and 10 a.m. The employment centre's records confirmed that Ms. Du had signed in at the centre at 10:10 a.m. on December 21, 2000. However, her testimony provided no

s'évanouisse. Feignant d'être inconscient, M. Kong n'a pas bronché lorsque l'intimé l'a frappé à l'aîne et lui a asséné un coup de pied au genou. L'intimé a vérifié le pouls de M. Kong et, apparemment satisfait des résultats, lui a volé une importante somme d'argent, puis a quitté l'appartement le laissant gisant sur le sol, sous un matelas.

[7] Contre toute attente, M. Kong a survécu. Il est resté inconscient pendant quelque temps, puis il a réussi à se rendre en titubant dans le corridor, où il a été secouru par un voisin vers 18 h 30. Il a été traité pour deux poumons collabés et des plaies par arme blanche à la poitrine, à l'abdomen, au foie, au dos, au cou et au bras gauche et à la main droite, et il a été incapable de parler avant le 2 janvier 2001.

[8] Pour sa part, l'intimé prétend avoir été accusé à tort par M. Kong et a livré un récit bien différent des événements de la journée. Il a nié avoir fait ce jour-là un arrêt dans le secteur de Toronto bordant le lac et a prétendu que cet incident était en fait survenu lors d'un précédent voyage au casino en compagnie de M. Kong. Il a affirmé être rentré chez lui après avoir déposé M. Kong à son appartement le matin de l'agression, et l'avoir appelé de chez lui pour savoir s'il avait besoin d'être conduit à l'hôpital pour sa blessure à la tête. Monsieur Kong aurait prétendument répondu par la négative mais lui aurait demandé d'apporter plutôt de la nourriture. L'intimé a déclaré être retourné à l'appartement de M. Kong avec du *congee* et des herbes médicinales après avoir déposé sa fille à l'école. Environ 15 minutes plus tard, l'intimé a quitté l'appartement de M. Kong pour aller chercher son ex-femme et la conduire à un centre de ressources en emploi. Il a affirmé qu'à 10 h ce matin-là, il se trouvait chez lui et dans son lit. Selon son témoignage, il n'aurait pas revu M. Kong ce jour-là et n'aurait pas participé au vol et à l'agression.

[9] La déposition faite lors du procès par l'ex-femme de l'intimé, M^{me} Le Hoa Du, relativement à une série d'événements s'est avérée généralement compatible avec la version de l'intimé quant à ses allées et venues entre 7 h 45 et 10 h. Le centre de ressources en emploi a confirmé que M^{me} Du s'était inscrite au centre le 21 décembre 2000, à 10 h 10.

information pertaining to the respondent's activities after that time.

[10] The respondent's cellular phone records provide the only glimpse into his whereabouts on the afternoon of the attack and contradict his evidence at trial. According to these records, the respondent called Mr. Kong three times between 8:20 and 8:23 a.m. and called his ex-wife twice at 8:50 a.m., all from a location near the cellular tower at Spadina and Dundas, near Mr. Kong's apartment. The respondent did not contest this evidence and testified that he had called Mr. Kong to be let into the apartment. More importantly, the records revealed that the respondent placed another call to an unidentified person at 4 p.m. from a location close to the Spadina and Dundas cellular tower. The respondent did not testify to any other circumstance that would have placed him in such close proximity to the scene of the attack about two and a half hours before Mr. Kong was found bleeding in the hallway of his apartment building.

[11] While Mr. Kong recovered in hospital, before he regained his ability to speak, the police began to investigate the attack. Initially they suspected that the crime might have been committed by loan-shark enforcers, since Mr. Kong was known in the Chinatown community for his gambling habits and his involvement in running an illegal cash lottery. When Mr. Kong spoke to the officers on January 2, 2001 and identified the respondent as his attacker, however, the police abandoned the loan-shark theory and focused their investigation exclusively on Mr. Van.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[12] The respondent was convicted of attempted murder, robbery, and forcible confinement by a jury presided over by Brennan J. on April 10, 2003. After crediting Mr. Van for time served, the trial judge imposed an effective sentence of seven years'

Toutefois, son témoignage ne contient aucun renseignement concernant les activités de l'intimé après ce moment-là.

[10] Les relevés des appels faits à partir du téléphone cellulaire de l'intimé ne donnent qu'un bref aperçu de ses allées et venues l'après-midi de l'agression et contredisent le témoignage qu'il a livré au procès. Selon ces relevés, l'intimé a appelé M. Kong à trois reprises entre 8 h 20 et 8 h 23 et il a appelé son ex-femme deux fois à 8 h 50; tous ces appels auraient été effectués près de la station cellulaire située à l'intersection des rues Spadina et Dundas, tout près de l'appartement de M. Kong. L'intimé n'a pas contesté ces éléments de preuve; il a déclaré avoir appelé M. Kong pour qu'il le laisse entrer dans son appartement. Plus important encore, les relevés d'appels ont indiqué qu'à 16 h, l'intimé avait effectué d'un endroit situé près de la station cellulaire Spadina et Dundas un autre appel à une personne non identifiée. L'intimé n'a mentionné dans son témoignage aucune autre circonstance qui l'aurait amené à se trouver aussi près du lieu de l'agression environ deux heures et demie avant que M. Kong ne soit trouvé ensanglanté dans le corridor de son immeuble résidentiel.

[11] Tandis que M. Kong se rétablissait à l'hôpital et avant qu'il ne recouvre l'usage de la parole, la police a entrepris d'enquêter sur l'agression. Elle a commencé par suspecter des hommes de main d'un usurier, parce que M. Kong était connu dans la communauté du quartier chinois pour ses habitudes de jeu et sa participation à l'exploitation d'une loterie illégale. Toutefois, lorsque M. Kong a parlé aux policiers le 2 janvier 2001 et a identifié l'intimé comme étant son agresseur, les policiers ont abandonné la thèse de l'usurier et ont orienté exclusivement leur enquête sur M. Van.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

[12] Le 10 avril 2003, un jury présidé par le juge Brennan a déclaré l'intimé coupable de tentative de meurtre, de vol qualifié et de séquestration. Après avoir accordé à M. Van une réduction de peine pour la période de détention présentencielle, le juge du

imprisonment. The 17-day trial was preceded by two other trials, both of which were declared mistrials due to hung juries.

[13] At trial, the respondent gave evidence in his own defence. He advanced the theory that the attack was more likely carried out either by a jealous husband who learned that his wife had stayed at Mr. Kong's house after a casino visit, or by people to whom Mr. Kong owed money, such as loan sharks or members of an Asian gang. He alleged that the investigating police had improperly focused their attention on him after he was named by Mr. Kong as the perpetrator of the attack. To support this argument, he relied on the testimony of Crown witness Det. Sgt. Nealon, a 19-year veteran of the Toronto Police Service. Detective Sergeant Nealon was the lead investigator of Mr. Kong's case, and testified for the Crown to the steps taken by the police following the attack. In the course of his testimony, Det. Sgt. Nealon made several statements that constituted hearsay and opinion evidence. Brennan J., however, failed to provide the jury with a limiting instruction on the permissible and impermissible uses to which Det. Sgt. Nealon's evidence could be put. No objection was made to the lack of limiting instruction on this matter at trial.

B. *Court of Appeal for Ontario*, 2008 ONCA 383, 92 O.R. (3d) 462 (*Sharpe J.A. for the majority, Winkler C.J.O. in dissent*)

[14] The respondent appealed on several grounds, two of which were unanimously dismissed by the court. The first of these concerned the respondent's submission that the trial judge failed to explicitly refer to the defence evidence in its entirety when instructing the jury on the burden of proof and the presumption of innocence, as mandated by *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. While the court did find the instruction "deficien[t]" in this regard, it did not believe that this deficiency amounted to an error (para. 20). Second, the respondent claimed that the trial judge failed to give the usual instruction

procès a condamné M. Van à sept ans d'emprisonnement. Le procès d'une durée de 17 jours, suivait deux autres procès qui avaient été annulés en raison du désaccord du jury.

[13] Au procès, l'intimé a témoigné pour sa propre défense. Selon sa thèse, l'agression aurait été vraisemblablement perpétrée par un mari jaloux, informé que sa femme était demeurée à la résidence de M. Kong après une visite au casino, ou par des gens à qui M. Kong devait de l'argent, des usuriers ou des membres d'un gang asiatique. Il a allégué que les policiers chargés de l'enquête avaient incorrectement porté leur attention sur lui après que M. Kong l'eût désigné comme l'auteur de l'agression. À l'appui de cet argument, il a invoqué la déclaration du témoin du ministère public, le sergent-détective Nealon, un policier du Service de police de Toronto comptant 19 années de service. Le sergent-détective Nealon, l'enquêteur principal dans l'affaire Kong, a témoigné pour le ministère public concernant les mesures prises par la police après l'agression. Lors de son témoignage, le sergent-détective Nealon a fait plusieurs déclarations qui constituaient du ouï-dire et un témoignage d'opinion. Le juge Brennan a toutefois omis de donner au jury une directive restrictive concernant les utilisations admissibles et inadmissibles de la déposition du sergent-détective Nealon. Aucune objection n'a été formulée au procès concernant l'absence de directive restrictive à cet égard.

B. *Cour d'appel de l'Ontario*, 2008 ONCA 383, 92 O.R. (3d) 462 (*le juge Sharpe pour la majorité, le juge en chef Winkler, dissident*)

[14] L'intimé a invoqué plusieurs moyens en appel, dont deux ont été rejetés à l'unanimité par la cour. Le premier concernait l'argument de l'intimé selon lequel le juge du procès avait omis de renvoyer expressément à tous les éléments de preuve de la défense lorsqu'il a donné au jury ses directives concernant le fardeau de la preuve et la présomption d'innocence, comme l'y obligeait l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Bien que la cour ait conclu que la directive présentait une « lacune » à cet égard, elle n'estimait pas que cette lacune constituait une erreur (par. 20). Quant au deuxième

regarding the permitted use of Mr. Kong's prior consistent and inconsistent statements. The court held that this failure was not objected to at trial and did not result in any prejudice or harm to the accused. Accordingly, it did not constitute a reversible error.

[15] The Court of Appeal divided on the issue of the trial judge's failure to give a limiting instruction with respect to the evidence of Det. Sgt. Nealon. Writing for the majority, Sharpe J.A. agreed that Det. Sgt. Nealon's testimony was admissible for the limited purpose of creating a narrative of the investigation in anticipation of the defence argument that the investigation had been conducted improperly. However, the majority held that the jury should have been instructed in accordance with *R. v. Dhillon* (2002), 161 O.A.C. 231, and *R. v. Mallory*, 2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239, that the hearsay and opinion evidence contained in the narrative were not to be used in the overall determination of the accused's guilt or innocence. The majority was especially concerned with Det. Sgt. Nealon's statement that he believed the respondent to be guilty, and held that his statements on re-examination suggested that he had formed this opinion based on evidence that was not before the jury.

[16] Sharpe J.A. refused to apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to uphold the convictions, as the absence of a limiting instruction with respect to Det. Sgt. Nealon's testimony was not a minor or harmless error: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823. Neither was the Crown's case against the accused overwhelming, as evidenced by the two hung juries at the earlier trials. Detective Sergeant Nealon's suggestion that there was some inculpatory evidence not disclosed to the jury upon which he based his opinion of the accused's guilt could have influenced the jury such

moyen d'appel, l'intimé a plaidé que le juge du procès avait omis de donner la directive habituelle concernant l'utilisation permise des déclarations compatibles et non compatibles faites antérieurement par M. Kong. La cour a jugé que cette omission n'avait pas été contestée au procès, qu'elle n'avait causé aucun préjudice ou tort à l'accusé et qu'elle ne constituait donc pas une erreur justifiant l'annulation de la décision.

[15] La Cour d'appel s'est divisée au sujet de l'omission du juge du procès de donner une directive restrictive à l'égard du témoignage du sergent-détective Nealon. Exprimant l'opinion des juges majoritaires, le juge Sharpe a reconnu que le témoignage du sergent-détective Nealon était admissible dans le but retreint de créer un récit des faits de l'enquête policière en prévision de l'argument de la défense voulant que l'enquête ait été menée de manière incorrecte. Toutefois, les juges majoritaires ont conclu que le jury aurait dû être informé, conformément aux arrêts *R. c. Dhillon* (2002), 161 O.A.C. 231, et *R. c. Mallory*, 2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239, qu'il ne devait pas utiliser la preuve par ouï-dire et le témoignage d'opinion contenus dans le récit des faits pour arriver à la décision globale concernant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Les juges majoritaires ont en particulier émis des réserves sur la déclaration du sergent-détective Nealon dans laquelle il disait croire que l'intimé était coupable. Ils ont alors conclu que les affirmations faites par ce dernier en réinterrogatoire laissaient entendre qu'il était parvenu à cette opinion en se basant sur une preuve qui n'avait pas été présentée au jury.

[16] Le juge Sharpe a refusé d'appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour maintenir les déclarations de culpabilité étant donné que l'absence d'une directive restrictive à l'égard du témoignage du sergent-détective Nealon ne constituait pas une erreur négligeable ou inoffensive : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823. En outre, la preuve du ministère public contre l'accusé n'était pas accablante, comme le démontre le désaccord de deux jurys lors des procès antérieurs. Le propos du sergent-détective Nealon, selon lequel une preuve incriminante

that the verdict would not necessarily have been the same but for the error. The majority allowed the appeal, set aside the convictions and issued a stay of proceedings.

[17] Winkler C.J.O., dissenting, would have dismissed the appeal and upheld the convictions under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. He was satisfied that the error was harmless in the overall context of the evidence and the defence theory presented at trial. Moreover, the evidence against the respondent was compelling: the respondent could not account for Mr. Kong's head injury suffered on the return trip to Toronto; he could not account for his whereabouts around the time the attack was likely to have occurred; he could not explain the cell phone records that placed him near Mr. Kong's apartment around the likely time of the attack; and the victim directly identified the respondent as his aggressor. The respondent could not rebut Mr. Kong's evidence and instead relied on speculation about the alternative loan-shark theory. Given the strong case against the respondent, Winkler C.J.O. was not persuaded that the jury would have relied on Det. Sgt. Nealon's testimony "for an improper purpose in a way that was prejudicial to the accused" (para. 58). Since a limiting instruction would not have affected the jury's verdict, Winkler C.J.O. would have dismissed the appeal.

IV. Analysis

[18] The first issue before this Court is whether the trial judge erred in failing to provide the jury with a limiting instruction concerning the testimony of Det. Sgt. Nealon. Should this failure constitute an error of law, the next question is whether the conviction can still be upheld pursuant to the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. I believe that the Court of Appeal correctly

non divulguée au jury l'avait amené à croire à la culpabilité de l'accusé, aurait pu influencer le jury de manière telle que si ce propos n'avait pas été tenu, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. Pour ces raisons, les juges majoritaires ont accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné l'arrêt des procédures.

[17] Le juge en chef Winkler, dissident, aurait rejeté l'appel et confirmé la déclaration de culpabilité en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Il était convaincu que l'erreur était sans conséquence dans le contexte global de la preuve et de la thèse de la défense présentée au procès. Qui plus est, les éléments de preuve défavorables à l'intimé étaient convaincants. Ce dernier était incapable d'expliquer comment M. Kong s'était blessé à la tête sur le chemin du retour à Toronto, de dire où il se trouvait au moment où l'agression a vraisemblablement eu lieu; il ne pouvait non plus expliquer les relevés d'appels de son téléphone cellulaire indiquant qu'il se trouvait près de l'appartement de M. Kong au moment où l'agression aurait été perpétrée. Enfin, la victime l'avait directement identifié comme étant son agresseur. L'intimé n'avait pas pu réfuter le témoignage de M. Kong et s'est plutôt appuyé sur des hypothèses pour échafauder la thèse du crime commis pour le compte d'un groupe d'usuriers. En raison de la solidité de la preuve contre l'intimé, le juge en chef Winkler n'était pas convaincu que le jury se serait appuyé sur le témoignage du sergent-détective Nealon [TRADUCTION] « pour en faire un mauvais usage d'une manière qui soit préjudiciable à l'accusé » (par. 58). Puisqu'une directive restrictive n'aurait pas influé sur le verdict du jury, le juge en chef Winkler aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

[18] La première question que doit trancher notre Cour est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en omettant de donner au jury une directive restrictive concernant le témoignage du sergent-détective Nealon. Si cette omission constitue une erreur de droit, il faut ensuite décider si la déclaration de culpabilité peut quand même être maintenue en application de la disposition réparatrice prévue

identified an error in the trial judge's charge to the jury, but I disagree that the curative proviso has no application.

[19] The respondent also raises one of the issues unanimously disposed of at the Court of Appeal, concerning the adequacy of the trial judge's instruction on the burden of proof and the presumption of innocence as they related to the respondent's evidence. The respondent claims that the Court of Appeal found an error in the trial judge's failure to explicitly draw the jury's attention to the defence evidence other than the accused's own testimony in his instruction on the burden of proof, and that the court should have considered this error in its application of the curative proviso. This issue can be resolved at the outset.

A. *The W. (D.) Instruction*

[20] In *W. (D.)*, this Court held that a jury should be instructed that they must acquit if (1) they believe the evidence of the accused, (2) they do not believe the accused's testimony but are left in reasonable doubt as a result of it, or (3) they do not believe the accused's testimony but still have reasonable doubt as to the accused's guilt based on the balance of the evidence as a whole (p. 758). This instruction is particularly important when the credibility of the accused is pitted against the credibility of a Crown witness, as in this case. The charge as a whole must be considered in order to determine whether the jury were properly instructed; the wording from *W. (D.)* must not be followed to the letter.

[21] The trial judge delivered the following instruction to the jury regarding the application of the burden of proof to the respondent's evidence:

If you believe Mr. Van's evidence that he did not commit the offences charged, you must find him not guilty.

au sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*. Je reconnais que la Cour d'appel a correctement identifié une erreur dans l'exposé du juge du procès au jury, mais je ne suis pas d'accord pour conclure que la disposition réparatrice ne s'applique pas.

[19] L'intimé soulève aussi une des questions tranchées par la Cour d'appel à l'unanimité, le problème du caractère adéquat de la directive du juge du procès en ce qui a trait au fardeau de la preuve et à la présomption d'innocence en rapport avec la preuve présentée par l'intimé. Selon ce dernier, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en omettant, dans sa directive concernant le fardeau de la preuve, d'attirer expressément l'attention du jury sur des éléments de preuve de la défense autres que le propre témoignage de l'accusé, et que la cour aurait dû tenir compte de cette erreur lorsqu'elle a appliqué la disposition réparatrice. Cette question peut être résolue d'entrée de jeu.

A. *La directive de l'arrêt W. (D.)*

[20] Dans l'arrêt *W. (D.)*, notre Cour a conclu que le juge doit indiquer aux jurés qu'ils doivent prononcer l'acquittement : (1) s'ils croient la déposition de l'accusé; (2) s'ils ne croient pas la déposition de l'accusé mais ont un doute raisonnable à la suite de celle-ci; (3) s'ils ne croient pas la déposition de l'accusé mais ont malgré tout un doute raisonnable concernant la culpabilité de l'accusé compte tenu du reste de la preuve qu'ils ont acceptée (p. 758). Cette directive s'avère particulièrement importante lorsqu'il faut choisir entre la crédibilité de l'accusé et celle d'un témoin du ministère public, comme dans la présente espèce. Dans un tel cas, l'exposé doit être examiné dans son ensemble pour déterminer si le jury a reçu des directives adéquates; le libellé tiré de l'arrêt *W. (D.)* peut ne pas être suivi à la lettre.

[21] Le juge du procès a donné la directive suivante au jury sur l'application du fardeau de la preuve à la preuve produite par l'intimée :

[TRADUCTION] Si vous croyez le témoignage de M. Van lorsqu'il affirme qu'il n'a pas commis les infractions qui lui sont reprochées, vous devez conclure qu'il n'est pas coupable.

Even if you do not believe Mr. Van's evidence, if it leaves you with a reasonable doubt about his guilt or about an essential element of the offence charged, you must find him not guilty.

Now even if Mr. Van's evidence does not leave you with a reasonable doubt of his guilt or about an essential element of the offence charged, you may convict him only if the rest of the evidence that you do accept proves his guilt beyond a reasonable doubt. I think you heard that same instruction from both counsel . . . but keep in mind that what it does, it embodies the presumption of innocence and the burden of proof that are at the backbone, the underlying safety of our system of criminal justice. [A.R., at pp. 1195-96]

[22] The respondent maintains that the trial judge's reference to "Mr. Van's evidence" was insufficient and that the instruction should have specifically referred to the other defence evidence, such as the cell phone records and Ms. Du's testimony. However, I agree with the Court of Appeal's conclusion that this deficiency did not rise to the level of a reversible error.

[23] The purpose of the *W. (D.)* instruction is to ensure that the jury know how to apply the burden of proof to the issue of credibility. The jury must be cautioned that a trial is not a contest of credibility between witnesses, and that they do not have to accept the defence evidence in full in order to acquit (*W. (D.)*, at p. 757; *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152, at para. 9). If there is an error in the charge on this issue, the fact that it is correctly related at other points in the charge suggests that the jury were properly instructed (*W. (D.)*, at p. 758). I am satisfied in this case that the jury would have understood how to apply the presumption of innocence and the burden of proof to all the evidence presented at trial. At numerous points in his charge to the jury, the trial judge clearly conveyed that the Crown always bears the burden of proof and that if the jury had any reasonable doubt based on the evidence as a whole, they must acquit. The jury would not have been misled by the judge's instruction into thinking that they were required to accept all the other evidence called by the defence

Même si vous ne croyez pas le témoignage de M. Van, s'il subsiste un doute raisonnable concernant sa culpabilité ou un élément essentiel de l'infraction reprochée, vous devez conclure qu'il n'est pas coupable.

Maintenant, même si, à la suite de la déposition de l'accusé, vous n'avez aucun doute raisonnable concernant sa culpabilité ou un élément essentiel de l'infraction reprochée, vous pouvez le reconnaître coupable uniquement si le reste de la preuve que vous acceptez démontre sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Je crois que vous avez entendu la même directive des deux avocats [. . .] mais gardez à l'esprit ce à quoi elle sert : elle pose en principe la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve qui constituent la base, le facteur de sécurité sous-jacent de notre système de justice criminelle. [d.a., p. 1195-1196]

[22] L'intimé prétend que la mention, par le juge du procès, du « témoignage de M. Van » restait insuffisante et que la directive aurait dû expressément faire mention des autres éléments de preuve de la défense, notamment les relevés d'appels du téléphone cellulaire et le témoignage de M^{me} Du. Cependant, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour conclure cette lacune ne constituait pas une erreur justifiant l'annulation de la décision.

[23] La directive de l'arrêt *W. (D.)* est présentée au jury pour lui faire bien comprendre la façon d'appliquer le fardeau de la preuve à la question de la crédibilité. Il faut signaler aux jurés qu'un procès ne constitue pas un concours de crédibilité entre les témoins et qu'ils n'ont pas à accepter la preuve de la défense dans son entier pour prononcer l'acquittement (*W. (D.)*, p. 757; *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152, par. 9). Si l'exposé comporte une erreur sur cette question, le fait que la directive soit correctement reliée à d'autres points de l'exposé est une indication que le jury a reçu des directives correctes (*W. (D.)*, p. 758). Je suis persuadé que le jury aurait compris, en l'espèce, la manière d'appliquer la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve à tous les éléments de preuve présentés au procès. À de nombreuses reprises dans son exposé au jury, le juge du procès a indiqué clairement que le fardeau de la preuve incombe toujours au ministère public et que si le jury conserve un doute raisonnable fondé sur l'ensemble de la preuve, il doit prononcer l'acquittement. La directive du juge n'a pas

in order to acquit, as submitted by the respondent. I believe that any deficiency in the *W. (D.)* instruction was more than compensated for by the rest of the charge.

B. *Detective Sergeant Nealon's Testimony*

[24] The main issue in this appeal concerns the permissible and impermissible uses of Det. Sgt. Nealon's testimony, and whether the absence of a limiting instruction on this matter constitutes an error that can be cured by the remedial provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. I will first examine the alleged error in the proceedings concerning Det. Sgt. Nealon's testimony.

[25] The respondent crafted a defence of defective investigation. He claimed that the investigating police officers improperly focused their attention on him once Mr. Kong had named him as the aggressor, to the exclusion of all other avenues of investigation. In particular, the respondent claimed that the investigating officer's initial suspicion that the crime was related to Mr. Kong's gambling activities (the "loan-shark theory") was disregarded without sufficient reason once Mr. Kong identified the respondent. Lower courts have held that when the defence advances a theory of inadequate police investigation, the trial judge may rule that investigative evidence including hearsay is admissible for the purpose of creating a narrative of the investigation. As the Ontario Court of Appeal pointed out in *Mallory*, however, the risk in this defence strategy is inherent in the fact that the Crown is then entitled to lead evidence of the police investigation that is relevant to the line of attack (para. 87; see also *R. v. Lane*, 2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156). That is, the Crown might be permitted to lead investigative hearsay and opinion evidence that would be otherwise inadmissible but for its part in the narrative of the investigation.

amené les jurés à penser à tort qu'ils étaient tenus d'accepter tous les autres éléments de preuve présentés par la défense pour prononcer l'acquittement, comme l'a plaidé l'intimé. J'estime que toute lacune dans la directive de l'arrêt *W. (D.)*, s'il en était, aurait été amplement comblée dans le reste de l'exposé.

B. *Témoignage du sergent-détective Nealon*

[24] La principale question à trancher dans le présent pourvoi concerne les utilisations admissibles et inadmissibles du témoignage du sergent-détective Nealon. Il faut aussi examiner si l'absence d'une directive restrictive à cet égard constitue une erreur à laquelle peut remédier la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. J'étudierai d'abord l'erreur alléguée dans l'instance concernant le témoignage du sergent-détective Nealon.

[25] L'intimé a élaboré une défense fondée sur les lacunes de l'enquête. Il a prétendu que les policiers chargés de l'enquête ont eu tort de porter leur attention sur lui après que M. Kong l'eut désigné comme agresseur, excluant ainsi toutes les autres pistes de l'enquête. Plus particulièrement, selon l'intimé, les policiers chargés de l'enquête ont d'abord cru que le crime était lié aux activités de jeu de M. Kong (la « thèse de l'usurier »), mais ils ont écarté ces soupçons sans raison valable après qu'il eut été identifié par M. Kong. Les tribunaux d'instance inférieure ont affirmé que lorsque la défense avance une théorie d'enquête policière inadéquate, le juge du procès peut décider que la preuve obtenue dans le cadre de l'enquête, notamment le ouï-dire, est admissible dans le but de créer un récit des faits de l'enquête. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a signalé toutefois dans l'affaire *Mallory*, le risque inhérent à cette stratégie de défense tient au fait que son utilisation permet alors au ministère public de présenter les éléments de preuve découlant de l'enquête policière qui sont pertinents aux moyens invoqués (par. 87; voir également *R. c. Lane*, 2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156). Ainsi, on pourrait autoriser le ministère public à présenter une preuve par ouï-dire issue de l'enquête et un témoignage d'opinion qui seraient autrement inadmissibles, sauf pour la partie de la preuve comprise dans le récit des faits de l'enquête.

[26] Lower courts have also decided that a trial judge who admits evidence of this kind must provide the jury with a limiting instruction as to its permissible and impermissible uses. The jury must be informed that they can only use evidence of this type for the limited purpose of setting out a narrative of the procedures that were followed in the investigation. They must be cautioned against relying on hearsay and opinion evidence that would be otherwise inadmissible in their determination of the guilt or innocence of the accused (*Dhillon*, at para. 51; *Mallory*, at para. 92).

[27] In this case, the Crown called several witnesses to demonstrate the adequacy of the police investigation and the reasonable basis upon which the officers shifted their attention from Asian gangs and loan-sharking organizations to the respondent, Mr. Van. Detective Sergeant Nealon testified for the Crown and provided a complete narrative of the steps he took as lead investigator once he and his partner Det. Morton, a member of the Special Task Force on Asian Organized Crime, were assigned to Mr. Kong's case. He explained that the two of them followed tenuous leads based on the notes provided to them by the officers who had first been assigned to the case, and that while Mr. Kong remained unable to communicate with them, they formed a working theory that the attack was connected with loan sharks or Asian gangs.

[28] Detective Morton testified that he initially suspected the involvement of loan sharks because of the fact that the victim's hand had been "almost severed", which to him indicated the assailant's desire to send a clear warning to the victim and to the community that the money must be repaid. Detective Morton testified that this act is typical of loan sharks, as they do not usually kill their debtors. In his words, "[d]ead men don't pay" (A.R., at p. 731). Following this lead, Det. Morton compiled a number of photographs of possible suspects and brought them to the hospital on the day of the fruitful interview with Mr. Kong on January 2, 2001. The photographs were never shown to Mr. Kong,

[26] Les instances inférieures ont également décidé que le juge de procès qui admet une preuve de ce genre doit donner au jury une directive restrictive concernant ses utilisations admissibles et inadmissibles. Les jurés doivent être informés qu'ils ne peuvent utiliser une preuve de ce genre que dans le but restreint d'établir un compte rendu des procédures suivies dans le cadre de l'enquête. De plus, le jury doit être mis en garde contre une utilisation de la preuve par ouï-dire et du témoignage d'opinion qui serait autrement inadmissible pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé (*Dhillon*, par. 51; *Mallory*, par. 92).

[27] En l'espèce, le ministère public a fait entendre plusieurs témoins pour démontrer que l'enquête policière était adéquate et que les policiers étaient justifiés de porter leur attention sur l'intimé M. Van plutôt que sur les gangs asiatiques et les organisations d'usuriers. Le sergent-détective Nealon, cité par le ministère public, a fourni un compte rendu complet des mesures qu'il a prises, à titre d'enquêteur principal, une fois que son partenaire le détective Morton, un membre de l'unité d'intervention spéciale relative au crime organisé asiatique, et lui-même eurent été chargés du dossier de M. Kong. Il a expliqué qu'ils ont tous les deux suivi des pistes fragiles, en se fondant sur les notes que leur avaient remises les policiers initialement chargés de l'enquête, et que, alors que M. Kong était incapable de communiquer avec eux, ils ont échafaudé une théorie selon laquelle l'agression était liée à des usuriers ou à des gangs asiatiques.

[28] Le détective Morton a déclaré qu'il avait d'abord pensé à l'implication d'usuriers parce que la main de la victime avait été [TRADUCTION] « pratiquement sectionnée », un signe selon lui que l'agresseur voulait indiquer clairement à la victime et à la communauté que l'argent devait être remboursé. Le détective Morton a déclaré qu'il s'agit d'une façon de procéder propre aux usuriers, car ils ne tuent pas habituellement leurs débiteurs. Pour reprendre ses termes, [TRADUCTION] « [L]es morts ne paient pas » (d.a., p. 731). Suivant cette piste, le détective Morton a compilé de nombreuses photographies de suspects possibles et les a apportées avec lui à l'hôpital le jour précédant celui de son

however, as the officers' working theory was abandoned when the victim promptly identified his attacker as "Man Tak", that person being the respondent Mr. Van. At that time, Det. Morton also discovered that the wound on Mr. Kong's hand was simply a result of Mr. Kong's attempt to defend himself during the stabbing, which further eroded the basis for the loan-shark theory. Detective Sergeant Nealon also provided detailed testimony of the officers' subsequent attempts to locate Mr. Van and to obtain corroborating evidence of Mr. Kong's story.

[29] Throughout his testimony, Det. Sgt. Nealon made a number of statements that helped to create a coherent narrative of the investigative process, but that amounted to hearsay. While certain lines of questioning were not permitted by the trial judge, much hearsay evidence ended up before the jury in this way. Over and above the problem with hearsay, the Court of Appeal found two aspects of Det. Sgt. Nealon's testimony particularly troubling. First, Crown counsel concluded her examination-in-chief with the following question:

Q. Anything else involved in the investigation that you can think of right now that might assist the jury in determining the guilt or innocence of the accused? I think we covered everything. [A.R., at p. 282]

In so doing, the Court of Appeal held that the Crown ran the risk of suggesting to the jury that Det. Sgt. Nealon's testimony was to be used not only to prove the adequacy of the investigation, but as direct evidence of the accused's guilt.

[30] The second significant problem with Det. Sgt. Nealon's testimony concerns the following

entretien fructueux avec M. Kong le 2 janvier 2001. Il n'a toutefois jamais montré les photographies à M. Kong puisque les policiers ont abandonné leur théorie après que la victime eut promptement désigné son agresseur comme étant « Man Tak », soit l'intimé, M. Van. À ce moment-là, le détective Morton a également appris que la blessure à la main de M. Kong était simplement attribuable au fait qu'il avait tenté de se défendre alors qu'on le poignardait, ce qui a encore plus ébranlé le fondement de la thèse de l'usurier. Le sergent-détective Nealon a également précisé dans son témoignage les tentatives subséquentes des policiers en vue de retrouver M. Van et d'obtenir une preuve corroborant le récit de M. Kong.

[29] Tout au long de son témoignage, le sergent-détective Nealon a fait un certain nombre de déclarations qui ont aidé à créer un compte rendu cohérent du déroulement de l'enquête. Toutefois, ces déclarations demeuraient du oui-dire. Même si le juge du procès n'a pas autorisé certaines questions, une bonne partie de la preuve par oui-dire s'est retrouvée devant le jury de cette façon. Outre la difficulté que soulève le oui-dire, la Cour d'appel a estimé que deux aspects du témoignage du sergent-détective Nealon posaient particulièrement problème. D'abord, l'avocate du ministère public a conclu son interrogatoire principal en posant la question suivante :

[TRADUCTION]

Q. Voyez-vous aujourd'hui autre chose dans l'enquête qui pourrait aider le jury à se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé? Je crois que nous avons tout couvert. [d.a., p. 282]

La Cour d'appel a jugé que cette déclaration du ministère public risquait de laisser entendre au jury que le témoignage du sergent-détective Nealon devait être utilisé non seulement pour prouver que l'enquête était adéquate, mais également pour démontrer directement la culpabilité de l'accusé.

[30] Puis, le témoignage du sergent-détective Nealon soulève un deuxième problème important.

exchange between the officer and Crown counsel upon re-examination:

Q. Why did the information from Mr. Kong narrow your search?

A. Following that interview with Mr. Kong and the information that he did give me, over the next twenty hours a lot of information unfolded that allowed me the only path to take, and as a result of all the information that unfolded, and it seemed to me the other paths would be negligible to follow, because as far as I was concerned I was being led down the proper path for this from the information from Jack Kong.

Q. All right.

Then I guess, just not to put too fine a pint [*sic*] on it, but the follow-up question, why didn't you continue looking at gangs or loans or loan sharks, why didn't you continue down that path?

A. Because, in my opinion, Duc Van is the one that is responsible for this act.

Q. Based on?

A. My investigation --

Q. Okay.

A. -- and information that I received. [Emphasis added; A.R., at pp. 306-7.]

[31] In this exchange, Det. Sgt. Nealon not only professed his personal opinion as to the respondent's guilt, but also left open the possibility that this opinion was formed on the basis of information that may not have been before the jury at trial. The Court of Appeal held that the jury might have inferred from this statement that the officer had access to inculpatory evidence that was not presented at trial.

[32] The trial judge did not include a limiting instruction with respect to the officer's testimony in his charge to the jury. Notably, defence counsel did not object to the troubling portions of the officer's testimony at the time the statements were made and did not make any submissions on this issue during

Il survient à l'occasion de l'échange suivant entre le policier et l'avocate du ministère public lors du réinterrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. Pour quelle raison les renseignements obtenus de M. Kong ont-ils réduit votre champ de recherche?

R. À la suite de l'entretien avec M. Kong et avec les renseignements qu'il m'a donnés, au cours des vingt heures qui ont suivi, de nombreux renseignements ont été dévoilés et m'ont indiqué la seule piste à suivre et, en raison de tous ces renseignements, il m'a semblé qu'il ne valait pas la peine de suivre les autres pistes car, à mon sens, les renseignements obtenus de Jack Kong m'avaient mené sur la bonne piste dans ce cas.

Q. D'accord.

Alors je suppose, simplement pour ne pas trop entrer dans le détail, mais la question suivante est : pourquoi n'avez-vous pas continué de chercher du côté des gangs, des prêteurs ou des usuriers, pourquoi avez-vous délaissé cette piste?

R. Parce que, selon moi, Duc Van est le responsable de cet acte.

Q. Vous vous fondez sur?

R. Mon enquête --

Q. D'accord.

R. -- et les renseignements que j'ai obtenus. [Je souligne; d.a., p. 306-307.]

[31] Dans cet échange, non seulement le sergent-détective a-t-il donné son opinion personnelle sur la culpabilité de l'intimé, mais il a également suggéré que son opinion pouvait se fonder sur des renseignements qui n'auraient peut-être pas été présentés au jury lors du procès. La Cour d'appel a conclu que le jury pouvait, à partir de cette déclaration, conclure que le policier avait eu accès à une preuve incriminante qui n'avait pas été présentée au procès.

[32] Le juge du procès n'a pas inclus dans son exposé au jury une directive restrictive concernant le témoignage du policier. Il convient de signaler que l'avocat de la défense ne s'est pas objecté à la réception en preuve des parties problématiques de la déposition du policier au moment où les

post-charge objections. (The consequences of this failure to object will be considered at greater length in these reasons.) Regardless, the Court of Appeal was unanimous in finding that the judge's failure to limit the use of investigative hearsay and opinion evidence for narrative purposes constituted an error, a conclusion conceded by the appellant.

[33] I agree with the Court of Appeal on this point; indeed, it would be difficult to conclude otherwise. The law is clear: when investigative hearsay and opinion evidence is introduced pertaining to a defence of inadequate police investigation without a limiting instruction, a jury runs the risk of using the otherwise inadmissible evidence for an impermissible purpose: *Dhillon* and *Mallory*. My colleague and I are in agreement that, in this case, the absence of a limiting instruction with respect to the officer's investigative hearsay and opinion evidence constituted an error of law. I will now consider whether the conviction can be upheld despite the error. In my opinion, it can.

C. *The Curative Proviso: Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code*

[34] It is worthwhile taking one small step back for a moment to acknowledge that not every error in a criminal trial warrants appellate intervention. Under s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*, an appeal against a conviction may be allowed only in the event of an error of law, an unreasonable verdict, or a miscarriage of justice. In this case, it is not disputed that the failure to give a limiting instruction is an error of law that falls within s. 686(1)(a)(ii) and that the appeal could therefore have been allowed. However, it still falls to this Court to determine whether the convictions can be upheld despite the existence of an error, with resort to s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. Under this provision, a conviction can be upheld providing that the error has not resulted in a substantial wrong or a miscarriage of justice.

déclarations ont été faites et il n'a formulé aucune objection à cet égard après l'exposé au jury. (Les conséquences de l'omission de s'opposer seront examinées plus en détail dans les présents motifs.) Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que l'omission du juge de restreindre au compte rendu l'utilisation du ouï-dire issu de l'enquête et du témoignage d'opinion constituait une erreur. L'appelant a concédé le bien fondé de cette conclusion.

[33] Je suis d'accord avec la Cour d'appel sur ce point; il serait effectivement difficile de conclure autrement. La loi est claire : la présentation d'une preuve par ouï-dire issue d'une enquête et d'un témoignage d'opinion se rapportant à une défense fondée sur une enquête policière inadéquate sans qu'une directive restrictive ne soit donnée comporte le risque que le jury utilise cette preuve autrement inadmissible dans un but inadmissible : *Dhillon* et *Mallory*. Tout comme mon collègue, j'estime qu'en l'espèce, l'absence d'une directive restrictive concernant la présentation d'une preuve par ouï-dire issu de l'enquête et le témoignage d'opinion du policier constituait une erreur de droit. Je dois maintenant décider si la déclaration de culpabilité peut être maintenue en dépit de cette erreur. À mon avis, c'est le cas dans le présent appel.

C. *La disposition réparatrice : sous-alinéa 686(1)b)(iii) du Code criminel*

[34] Il convient pour l'instant de prendre un peu de recul et de reconnaître qu'une erreur commise dans un procès criminel ne justifie pas toujours l'intervention de la cour d'appel. Aux termes de l'al. 686(1)a) du *Code criminel*, un appel d'une déclaration de culpabilité ne peut être admis que dans le cas d'une erreur de droit, d'un verdict déraisonnable ou d'une erreur judiciaire. En l'espèce, nul ne conteste que l'omission d'une directive restrictive constitue une erreur de droit visée au sous-al. 686(1)a)(ii) et que l'appel pourrait donc pu être accueilli. Toutefois, il appartient toujours à notre Cour de déterminer si, par le recours au sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code*, les déclarations de culpabilité peuvent être maintenues malgré l'existence d'une erreur. Aux termes de cette dernière disposition,

The Crown bears the burden of showing the appellate court that the provision is applicable, and satisfying the court that the conviction should stand notwithstanding the error. To do so, it must establish that the error of law falls into one of two categories. First, that it is an error so harmless or minor that it could not have had any impact on the verdict. In the second category are serious errors that would otherwise justify a new trial or an acquittal, but for the fact that the evidence against the accused was so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain: *Khan; R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

[35] In *Khan*, this Court reviewed these two categories of error and explained the basis for upholding convictions in the face of these errors. An error falling into the first category is an error that is harmless on its face or in its effect. The proviso ensures that an appellate court does not need to overturn a conviction solely on the basis of an error so trivial that it could not have caused any prejudice to the accused, and thus could not have affected the verdict. Indeed, it would detract from society's perception of trial fairness and the proper administration of justice if errors such as these could too readily lead to an acquittal or a new trial (e.g. *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (S.C.C.), at p. 359). This is consistent with Lamer C.J.'s pronouncement in *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, that, in respect of errors in a trial judge's charge to the jury, "accused individuals are entitled to properly instructed juries. There is, however, no requirement for perfectly instructed juries" (para. 2 (emphasis in original)). Thus, a slight deviation from the standard of a perfect jury charge is likely to constitute a harmless error that could justify upholding a conviction. Errors might also be characterized as having a minor effect if they relate to an issue that was not central to the overall determination of guilt or innocence, or if they benefit the defence, such as by imposing a more onerous burden on the Crown (*Khan*, at para. 30). The question of whether an error or its effect

une déclaration de culpabilité peut être maintenue si l'erreur n'a pas causé un tort important ni une erreur judiciaire grave. Il incombe au ministère public de démontrer à la cour d'appel que la disposition est applicable et de la convaincre de maintenir la déclaration de culpabilité en dépit de l'erreur. Pour ce faire, la poursuite doit établir que l'erreur de droit entre dans l'une des deux catégories suivantes. La première catégorie est celle des erreurs inoffensives ou négligeables qui n'ont aucune incidence sur le verdict. La seconde catégorie englobe les erreurs graves qui justifieraient la tenue d'un nouveau procès ou un acquittement n'eût été du fait que la preuve présentée contre l'accusé était à ce point accablante qu'il aurait été impossible de rendre un autre verdict : *Khan; R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

[35] Dans l'arrêt *Khan*, notre Cour a examiné ces deux catégories d'erreurs et a expliqué pourquoi elle a confirmé les déclarations de culpabilité malgré ces erreurs. L'erreur tombant dans la première catégorie représente une erreur inoffensive à première vue ou sans incidence. L'application de la disposition réparatrice dispense une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité en raison seulement d'une erreur si négligeable qu'elle n'aurait pu causer aucun préjudice à l'accusé ni, par conséquent, influencer sur le verdict. En fait, des acquittements ou des nouveaux procès ordonnés trop facilement sur la base d'erreurs de cette nature affecteraient négativement la perception que se forme la société d'un procès équitable et d'une bonne administration de la justice (voir *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (C.S.C.), p. 359). Le juge en chef Lamer avait fait une mise en garde en ce sens dans l'arrêt *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, en rappelant, à propos des erreurs dans l'exposé du juge du procès au jury, que « l'accusé a droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées. Il n'existe toutefois aucune obligation que les directives au jury soient parfaites » (par. 2 (souligné dans l'original)). Ainsi, une légère déviation par rapport à la norme de l'exposé parfait au jury peut s'assimiler à une erreur inoffensive pouvant justifier le maintien d'une déclaration de culpabilité. De même, une erreur pourrait n'avoir qu'une incidence mineure si elle a trait à une question qui

is minor should be answered without reference to the strength of the other evidence presented at trial. The overriding question is whether the error on its face or in its effect was so minor, so irrelevant to the ultimate issue in the trial, or so clearly non-prejudicial, that any reasonable judge or jury could not possibly have rendered a different verdict if the error had not been made.

[36] An appellate court can also uphold a conviction under s. 686(1)(b)(iii) in the event of an error that was *not* minor and that *cannot* be said to have caused no prejudice to the accused, if the case against the accused was so overwhelming that a reasonable and properly instructed jury would inevitably have convicted (*Khan*, at para. 31). The ability to uphold a conviction in the face of a serious error at trial was aptly expressed by Sopinka J. in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, who wrote that “depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction” (p. 916, affirmed in *Khan*, at para. 31). The high standard of an invariable or inevitable conviction is understandable, given the difficult task for an appellate court of evaluating the strength of the Crown’s case retroactively, without the benefit of hearing the witnesses’ testimony and experiencing the trial as it unfolded (*Trochym*, at para. 82). It is thus necessary to afford any possible measure of doubt concerning the strength of the Crown’s case to the benefit of the accused person. The rationale for upholding a conviction in these circumstances is persuasive; in the words of Binnie J. in *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46:

ne se situe pas au cœur de la décision globale sur la culpabilité ou l’innocence, ou si elle avantage la défense, par exemple par l’imposition d’un fardeau de preuve plus exigeant au ministère public (*Khan*, par. 30). Toutefois, la décision quant à la qualification d’une erreur ou de son incidence comme mineure devrait être prise sans évaluer la force probante des autres éléments de preuve présentés au procès. La question essentielle reste de déterminer si, à première vue ou du fait de son incidence, l’erreur demeurerait si mineure, si dépourvue de lien avec la question au cœur du procès, ou si manifestement dépourvue d’un effet préjudiciable qu’un juge ou un jury raisonnable n’aurait pas pu rendre un verdict différent si l’erreur n’avait pas été commise.

[36] Une cour d’appel peut également confirmer une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) si une erreur *n’est pas* mineure et *ne peut* être considérée comme n’ayant causé aucun préjudice à l’accusé, mais lorsque la preuve contre l’accusé est à ce point accablante qu’un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées conclurait forcément à la culpabilité (*Khan*, par. 31). Dans l’arrêt *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka a avec justesse admis cette possibilité de confirmer une déclaration de culpabilité même dans le cas où une erreur grave aurait été commise au procès lorsqu’il a écrit qu’« il est justifié de priver l’accusé d’un procès régulier puisque cette privation est minime lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité » (p. 916, confirmé dans *Khan*, par. 31). Cette norme élevée selon laquelle une déclaration de culpabilité doit inévitablement ou inéluctablement être prononcée conserve toute sa validité parce qu’une cour d’appel, qui n’a pas entendu les témoignages ni suivi le déroulement du procès, n’évalue rétroactivement la solidité de la preuve du ministère public qu’avec difficulté (*Trochym*, par. 82). Il est donc nécessaire de laisser à l’accusé le bénéfice de tout doute éventuel concernant la solidité de la preuve du ministère public. Cette justification du maintien d’une déclaration de culpabilité dans ces circonstances est claire; pour citer le juge Binnie dans *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46 :

Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided.

This reasoning was echoed in my concurring reasons in *Khan* (at para. 90). Thus, an appellate court is justified in refusing to allow an appeal against a conviction in the event of minor errors that could not possibly have affected the verdict and more serious errors that were committed in the face of an overwhelming case against the accused, since the underlying question is always whether the verdict would have been the same if the error had not been committed: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

D. Application to This Case

[37] In this appeal, the error lies in the trial judge's failure to include a limiting instruction in his charge to the jury concerning the permissible use of Det. Sgt. Nealon's testimony. I believe that while this error might not seem trivial when considered in isolation, its effect was sufficiently harmless in context that no prejudice was caused to the accused and the verdict would necessarily have been the same absent the error.

[38] First, the majority of the hearsay evidence that was introduced through Det. Sgt. Nealon's testimony was properly before the jury through the direct, admissible evidence of other witnesses. Most of Det. Sgt. Nealon's references to statements made by Mr. Kong, for example, were matched by Mr. Kong's direct testimony at trial. The hearsay evidence that was *not* before the jury through other sources was peripheral to the main issue at trial, and the jury's use of this evidence for the truth of its contents would not have affected the verdict. For instance, the respondent seeks to impugn Det. Sgt. Nealon's statements regarding the notes he received from the officers who had initiated the investigation, his communications with Mr. Kong's sisters, and his interviews with employees of Casino Niagara and an Ontario Provincial Police

Si la preuve contre l'accusé est forte et qu'il n'y a aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l'intérêt public d'éviter les coûts et retards qu'entraînent des procédures supplémentaires. C'est ce que le législateur a prévu.

Ce raisonnement se retrouve dans mes motifs concordants dans l'arrêt *Khan* (par. 90). Ainsi, une cour d'appel demeure justifiée de rejeter un appel d'une déclaration de culpabilité en cas d'erreurs mineures qui ne pouvaient manifestement pas avoir une incidence sur le verdict et en cas d'erreurs plus graves commises alors qu'une preuve accablante a été produite contre l'accusé puisque la question sous-jacente est toujours de savoir si, n'eût été l'erreur, le verdict aurait été le même : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

D. Application au présent pourvoi

[37] Dans ce pourvoi, le juge du procès a commis une erreur en omettant de donner au jury une directive restrictive à l'égard de l'utilisation admissible du témoignage du sergent-détective Nealon. À mon avis, bien que cette erreur puisse sembler ne pas être négligeable, considérée isolément, son effet restait suffisamment faible dans le contexte pour ne causer aucun préjudice à l'accusé et le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence de l'erreur.

[38] Premièrement, la majorité des éléments de preuve par ouï-dire présentés par le sergent-détective Nealon lors de son témoignage ont été dûment soumis au jury par les témoignages directs et recevables d'autres témoins. La plupart des mentions des déclarations de M. Kong faites par le sergent-détective Nealon, par exemple, concordent avec le témoignage direct de M. Kong au procès. Les éléments de preuve par ouï-dire qui n'ont *pas* été soumis au jury au moyen d'autres sources se situaient en marge de la question principale soulevée au procès. L'utilisation par le jury de ces éléments de preuve du fait de la véracité de leur contenu n'aurait pas influé sur le verdict. Par exemple, l'intimé cherche à s'attaquer aux déclarations du sergent-détective Nealon concernant les notes obtenues des policiers qui avaient amorcé l'enquête,

officer stationed at that casino. However, none of this evidence was controversial or contested by the defence at trial, and none pointed to the guilt or innocence of the accused. It simply formed part of the narrative of the investigation, and the jury's knowledge of these events could not have caused any prejudice to the accused. The lack of centrality of the otherwise inadmissible hearsay evidence introduced through Det. Sgt. Nealon's testimony in the absence of a limiting instruction points to the error's minor effect.

[39] Second, it must be conceded that Det. Sgt. Nealon's statement of his opinion of the respondent's guilt was unwarranted and clearly foreclosed by the jurisprudence, due to the danger of the jury uncritically accepting the witness's opinion without drawing their own conclusions about the evidence (e.g. *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 49). However, the expression of this opinion in the absence of a limiting instruction likely had an insignificant impact on the verdict in the context of Det. Sgt. Nealon's testimony and the trial as a whole. Detective Sergeant Nealon was relating to the jury the reasons for which he and his partner changed the focus of their investigation from known loan-shark enforcers to Mr. Van. In so doing, it would be natural for him to suggest that he believed he was pursuing the appropriate leads by investigating Mr. Van. It would come as no surprise to a jury that a police officer will investigate the person that he or she thinks is most likely to be guilty. Furthermore, the trial judge had instructed the jury at numerous points in his charge that it was their opinion of the evidence, and only theirs, that mattered. I trust that they would have understood their role as primary fact finders at trial.

[40] My colleague suggests that Det. Sgt. Nealon's testimony was of particular importance in the trial and states at para. 53 of his reasons that "the case, as left to the jury, in effect pitted the opinion of an experienced and respected police officer against

concernant ses communications avec les sœurs de M. Kong et concernant ses entretiens avec des employés du Casino Niagara et avec un agent de la Police provinciale de l'Ontario en poste au casino. Toutefois, aucun de ces éléments de preuve n'a été controversé ou contesté par la défense au procès ni n'a tendu à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Ils ont simplement été joints au compte-rendu de l'enquête et la connaissance que le jury a eu de ces événements n'aurait pas pu causer un préjudice à l'accusé. Le peu d'importance des éléments de preuve par ouï-dire autrement irrecevables présentés par le sergent-détective Nealon dans son témoignage, en l'absence d'une directive restrictive, tend à confirmer l'incidence minime de l'erreur.

[39] Deuxièmement, il faut reconnaître que l'opinion du sergent-détective Nealon sur la culpabilité de l'intimé était injustifiée et clairement exclue par la jurisprudence en raison du risque que le jury accepte aveuglément l'opinion du témoin sans tirer ses propres conclusions sur la preuve faite (voir *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 49). Toutefois, dans le contexte de la déposition du sergent-détective Nealon et du procès dans son ensemble, cette opinion exprimée en l'absence de directive restrictive ne semble pas avoir eu des conséquences importantes sur le verdict. Le sergent-détective Nealon a fait part au jury des raisons pour lesquelles son confrère et lui ont orienté leur enquête vers M. Van plutôt que de continuer d'explorer la piste d'un attentat par des individus connus comme des hommes de main d'un usurier. Ce faisant, il serait naturel pour lui de laisser entendre qu'il croyait suivre la bonne piste en enquêtant sur M. Van. Le fait qu'un policier enquête sur la personne qu'il soupçonne le plus d'être coupable ne devrait pas plonger les jurés dans l'étonnement. En outre, dans son exposé, le juge du procès a rappelé à de nombreuses reprises aux jurés que seule leur opinion sur la preuve importait. Je ne doute pas que le jury aura compris son rôle de juge principal des faits au procès.

[40] Mon collègue laisse entendre que le témoignage du sergent-détective Nealon tenait une place particulièrement importante dans le procès et il affirme au par. 53 de ses motifs que « la preuve, telle que présentée au jury, opposait [...] l'opinion

the testimony of the accused”. I do not believe that one clear statement of the officer’s opinion and one ambiguous statement of opinion made in the course of a 17-day trial are sufficient to completely alter the nature of the trial as suggested. While Det. Sgt. Nealon was clearly a credible Crown witness, he was not the only Crown witness, nor was he the only police officer who testified to the steps taken during the investigation. I cannot accept that the jury would have attributed such significant weight to Det. Sgt. Nealon’s testimony, regardless of his years of experience or his seat at the counsel table in the courtroom. Again, I by no means wish to be understood as condoning the use of opinion statements in circumstances such as these. However, I fail to see how this particular statement of the officer’s opinion could possibly have affected the verdict when viewed in context.

[41] Third, I respectfully disagree with the majority of the Court of Appeal’s conclusion that Det. Sgt. Nealon’s reference to “information that I received” could have led the jury to believe that he was in possession of inculpatory evidence not presented at trial (para. 31). It is only when read in isolation that Det. Sgt. Nealon’s reference to information he received might have been understood to refer to evidence that was not before the jury. This statement was made on re-examination, after a detailed description of the evidence that had unfolded in the course of the investigation. A reasonable jury would have interpreted his statement to refer not to undisclosed sources, but to the evidence that he had described only moments before, especially given defence counsel’s failure to object to the statement at the time. Again, the jury were properly instructed on numerous occasions to rely only on evidence presented at trial and not to engage in speculation. For instance, the trial judge stated in his charge to the jury:

d’un policier chevronné et respecté au témoignage de l’accusé ». Je ne crois pas qu’une expression d’opinion claire de l’agent et une affirmation ambiguë énoncées dans le cours d’un procès de 17 jours suffisent pour changer complètement la nature de ce procès, comme on le laisse entendre. S’il est clair que le sergent-détective Nealon demeurerait un témoin digne de foi pour le ministère public, il n’était pas le seul témoin du ministère public ni le seul policier à témoigner au sujet des mesures prises au cours de l’enquête policière. Je ne puis admettre que le jury ait attribué une telle importance au témoignage du sergent-détective Nealon, malgré sa longue expérience et le fait qu’il ait pris place à la table de l’avocat du ministère public dans la salle d’audience. Là encore, je ne veux aucunement que mes propos soient mal interprétés. Je n’approuve pas l’utilisation des témoignages d’opinion en pareilles circonstances. Toutefois, je ne vois pas comment, dans ce contexte, cet énoncé en particulier de l’opinion du policier aurait pu influencer sur le verdict.

[41] Troisièmement, en toute déférence, je ne puis accepter la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle la mention, par le sergent-détective Nealon, des [TRADUCTION] « renseignements que j’ai obtenus » aurait pu permettre au jury de croire qu’il avait en sa possession un élément de preuve inculpatoire qui n’avait pas été présenté au procès (par. 31). La mention des renseignements obtenus faite par le sergent-détective Nealon ne pourrait être interprétée comme se rapportant à un élément de preuve non présenté au jury que si elle est examinée hors contexte. Cette déclaration a été faite lors du réinterrogatoire, après la présentation détaillée des éléments de preuve obtenus au cours de l’enquête. Un jury raisonnable n’aurait pas interprété cette déclaration comme faisant référence à des sources anonymes, mais plutôt aux éléments de preuve que le témoin venait juste de présenter, en raison, en particulier, de l’omission de l’avocat de la défense de s’opposer à la déclaration en question à ce moment. Encore une fois, le jury a reçu des directives appropriées à de nombreuses reprises sur son devoir de se fonder seulement sur la preuve présentée au procès et d’éviter de se lancer dans des conjectures. Par exemple, le juge du procès a précisé ce qui suit dans ses directives au jury :

You are entitled to come to some common sense conclusions based on the evidence that you accept, but you must not speculate about what evidence there might have been, or permit yourselves to guess or make up theories without evidence to support them. [A.R., at pp. 1180-81]

Thus, I concur with Winkler C.J.O., dissenting at the Court of Appeal, that it is highly unlikely that the jury would have understood Det. Sgt. Nealon's statement to refer to undisclosed sources, or that they would have relied on this inference in their deliberations.

[42] As for the Crown's question to Det. Sgt. Nealon in which counsel asked if there was anything else concerning the investigation that might "assist the jury in determining the guilt or innocence of the accused", I believe that her choice of words was, while misguided, of little consequence and would not have caused any real prejudice to the accused. The jury would have been aware that she was merely seeking to conclude the examination-in-chief and to ensure that there was nothing the witness had neglected to mention. The suggestion that the jury would use this statement to infer that everything Det. Sgt. Nealon had recounted previously could go to the ultimate issue of guilt is unfounded. Even taken together with the other troubling aspects of Det. Sgt. Nealon's testimony, the lack of a limiting instruction on this issue would not have made any significant difference to the jury's perception of Det. Sgt. Nealon's testimony.

[43] It should be noted that defence counsel failed to object to many of the questions put to Det. Sgt. Nealon, whose answers are now the subject of appeal, and that counsel registered no complaint following the trial judge's charge to the jury in which a limiting instruction was notably absent. A failure to object to an error may suggest that the error was not serious or that it did not result in an unfair trial (*Jacquard*, at para. 38; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58). That said, an error might still be considered serious despite the absence of an objection at trial (*R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 143; *R. v.*

[TRANSLATION] Vous avez le droit de tirer des conclusions sensées à partir de la preuve que vous acceptez, mais vous ne devez pas conjecturer sur la preuve qui aurait pu être présentée ou vous permettre de deviner ou d'inventer des théories sans aucune preuve à l'appui. [d.a., p. 1180-1181]

Ainsi, je souscris à l'opinion du juge en chef Winkler, dissident en Cour d'appel, selon lequel il reste très peu probable que le jury ait pu interpréter la déclaration du sergent-détective Nealon comme un renvoi à des sources anonymes ou qu'il se soit fondé sur cette inférence dans ses délibérations.

[42] Quant à la question que l'avocate du ministère public a posée au sergent-détective Nealon sur l'existence d'autres détails de l'enquête qui puissent [TRANSLATION] « aider le jury à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé », j'estime que son choix de mots, bien que malencontreux, n'avait guère de conséquences et n'aurait causé aucun préjudice réel à l'accusé. Le jury devait sûrement savoir que l'avocate voulait seulement achever l'interrogatoire principal et s'assurer que le témoin n'avait rien omis de mentionner. L'argument selon lequel le jury se servirait de cette déclaration pour inférer que tout ce que le sergent-détective Nealon avait antérieurement relaté pourrait ultimement entraîner un verdict de culpabilité n'est pas fondé. Même considérée conjointement avec les autres aspects problématiques du témoignage du sergent-détective Nealon, l'absence d'une directive restrictive à l'égard de cette question n'aurait eu aucun effet important sur l'impression que le témoignage du sergent-détective Nealon laissait au jury.

[43] Il convient de souligner que l'avocat de la défense a omis de s'opposer à bon nombre des questions posées au sergent-détective Nealon dont les réponses sont maintenant l'objet du présent pourvoi. De même, l'avocat ne s'est pas plaint, par la suite, de l'absence manifeste d'une directive restrictive dans l'exposé du juge au jury. Le défaut de signaler une erreur dans une telle directive peut laisser penser qu'il ne s'agissait pas d'une erreur grave ou que celle-ci n'a pas rendu le procès inéquitable (*Jacquard*, par. 38, et *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58). Cela étant dit, il demeure toujours possible de considérer une erreur

Chambers, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1319-20). In this case, the appellant suggests that defence counsel's failure to object may have been tactical, as the defence would not have wanted to further confine the use to which the officers' testimony, so central to the defence, could be made. However, the majority of the Court of Appeal questioned the logic of this submission, since the trial judge *had* cautioned the jury about the shortcomings of the defence's loan-shark theory. Accordingly, a limiting instruction with respect to the officers' testimony could not have done any further harm to the defence theory. I am inclined to this view myself, and believe that counsel's lack of objection to the errors at trial arose not from a calculated decision, but from the fact that the error was, in the context of the case, not significant.

[44] While this case did involve a contest of credibility between the parties, there were no serious credibility issues raised by the defence evidence. For example, the respondent seeks to impugn Mr. Kong's credibility by pointing to his inability to accurately describe his injuries in a manner consistent with the medical records. The respondent notes that Mr. Kong did not testify that he had been stabbed on the left chest as well as the right, and did not say that he had been stabbed in the abdomen causing harm to his intestines. The medical evidence, however, clearly showed that these injuries had occurred. With respect, I must confess that I find this argument bordering on absurd. Regardless of whether Mr. Kong was fully aware of the extent of his injuries, the injuries themselves are not contested. Moreover, one would not expect the victim of an attack so severe as this to be cognizant of each and every injury he sustained.

[45] For these reasons, I conclude that the trial judge's error in failing to give a limiting instruction on the permissible use of the investigative police evidence was minor. It was unlikely to have caused

comme grave malgré l'absence d'objection au procès (*R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 143, et *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1319-1320). En l'espèce, l'appelante soutient que l'absence d'objection de l'avocat de la défense représente peut-être un choix tactique : il n'aurait pas voulu limiter davantage l'usage possible du témoignage du policier, élément capital de la défense. Toutefois, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont mis en doute la logique de cet argument puisque le juge du procès *avait* mis le jury en garde au sujet des lacunes de la théorie de la défense relative à l'implication d'un usurier. Ainsi, une directive restrictive à l'égard du témoignage du policier n'aurait pu causer aucun nouveau préjudice à la théorie de la défense. Je suis porté à partager cet avis. Selon moi, l'omission de l'avocat de s'opposer aux erreurs au procès ne découle pas d'une décision calculée, mais plutôt du fait que ces erreurs n'étaient pas importantes dans le contexte de l'affaire.

[44] Même si en l'espèce les parties se sont affrontées sur la crédibilité de leur preuve, la preuve de la défense n'a soulevé, néanmoins, aucune question sérieuse de crédibilité. Par exemple, l'intimé cherche à attaquer la crédibilité de M. Kong en signalant qu'il n'a pu décrire ses blessures avec exactitude et d'une manière compatible avec son dossier médical. L'intimé fait remarquer que M. Kong n'a pas déclaré qu'il avait été poignardé au côté gauche de la poitrine comme au côté droit, et qu'il n'a pas dit avoir reçu à l'abdomen un coup de couteau qui lui a perforé l'intestin. Toutefois, la preuve médicale confirmait clairement ces blessures. En toute déférence, je dois souligner que cet argument frôle l'absurdité. Peu importe que M. Kong ait ou non eu pleinement conscience de l'importance de ses blessures, les blessures elles-mêmes ne sont pas contestées. De plus, on ne peut s'attendre à ce que la victime d'une agression d'une telle gravité soit consciente de chacune des blessures subies et des caractéristiques de chacune d'entre elles.

[45] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'erreur commise par le juge du procès en omettant de donner une directive restrictive sur l'utilisation admissible de la preuve fournie par le policier

any real prejudice to the accused and would not have had any effect on the jury's verdict.

E. *The Scope of This Appeal*

[46] The appellant asks this Court to provide guidance on the difficult question of “when, if ever, the defence should be permitted to introduce investigative hearsay evidence to support an allegation that the police investigation of other leads was inadequate” (*Dhillon*, at para. 46). This defence strategy certainly has potential to derail the trial process or even to cause irremediable prejudice to the accused. In *Dhillon*, for instance, the Ontario Court of Appeal held that the Crown’s introduction of bad character evidence of the accused and his family to rebut the defence allegation of inadequate investigation so thoroughly tainted the proceedings that it ordered a new trial. Similarly, in anticipation of the defence’s attack on the integrity of the police investigation in *Mallory*, the Crown led a substantial amount of highly prejudicial hearsay evidence, including evidence of a prior conviction, admissions by the accused and otherwise inadmissible police intelligence information. Of course, the potential for this defence to spiral out of control does not mean that a trial can never function effectively when it is raised by the defence: see *Lane*, at paras. 40-50. But we must remain aware that this defence has the potential to divert criminal trials into blind alleys or to introduce side issues that may prove irrelevant to the central issue of the guilt or innocence of the accused.

[47] In this case, the trial judge’s decision to admit evidence pertaining to the allegation of inadequate investigation was not challenged in the courts below, and the question of its admissibility was not developed by the parties in the current

chargé de l’enquête était mineure. Il était improbable qu’elle cause un préjudice réel à l’accusé et qu’elle ait une incidence sur le verdict du jury.

E. *La portée du présent pourvoi*

[46] L’appelante demande à notre Cour de donner des précisions sur l’épineuse question de savoir [TRADUCTION] « dans quelles circonstances, s’il y a lieu, la défense devrait être autorisée à présenter une preuve par ouï-dire issu d’une enquête policière pour appuyer l’allégation selon laquelle l’enquête policière concernant d’autres pistes était inadéquate » (*Dhillon*, par. 46). Cette stratégie de la défense peut certainement faire dévier le cours du procès ou même causer un préjudice irréparable à l’accusé. Dans l’arrêt *Dhillon*, par exemple, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que la présentation par le ministère public d’une preuve de la mauvaise réputation de l’accusé et de sa famille pour réfuter l’allégation de la défense selon laquelle l’enquête était inadéquate a entaché si complètement les procédures que la cour a ordonné un nouveau procès. Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *Mallory*, en prévision d’une attaque de la défense visant l’intégrité de l’enquête policière, le ministère public a présenté un nombre appréciable d’éléments de preuve par ouï-dire hautement préjudiciables, notamment une preuve d’une déclaration de culpabilité antérieure, des aveux de l’accusé et d’autres renseignements policiers par ailleurs irrecevables en preuve. La possibilité que cette stratégie de la défense dérape ne signifie évidemment pas qu’un procès ne peut fonctionner efficacement lorsque cette stratégie est déployée par la défense : voir *Lane*, par. 40-50. Nous devons toutefois garder à l’esprit que ce type de défense reste susceptible de faire dévier les procès criminels vers des culs-de-sac ou d’y introduire des questions secondaires, qui se révéleront non pertinentes à propos de la question centrale de la culpabilité ou de l’innocence de l’accusé.

[47] En l’espèce, la décision du juge du procès d’admettre la preuve portant sur l’allégation d’enquête policière inadéquate n’a pas été contestée devant les juridictions inférieures et les parties n’ont pas traité la question de sa recevabilité dans le

appeal. For these reasons, this is not an appropriate case in which to provide the parameters for the defence's use of investigative hearsay evidence to support an allegation of inadequate or defective investigation.

V. Conclusion

[48] In sum, the trial judge's error in failing to provide the jury with a limiting instruction concerning the lead investigator's testimony had a sufficiently minor effect that it could not possibly have affected the verdict. Applying s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, I would allow the appeal and restore the respondent's convictions.

[49] The respondent had also appealed his sentence at the Court of Appeal. The majority did not need to address this issue in light of their decision to stay the proceedings. Given this Court's decision to restore the convictions, however, the matter of the sentence appeal must be remitted to the Court of Appeal for full consideration.

The reasons of Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[50] There is no doubt that the victim, Mr. Kong, was viciously attacked. At issue at trial was whether his assailant was the respondent Mr. Duc Van. He testified and called other evidence to support his position that he was not Mr. Kong's attacker. Credibility was thus a critical issue at trial.

[51] The Crown's case included testimony from a senior police officer that, in his opinion, the accused was guilty. The officer's testimony also implied that his opinion was based in part on facts which corroborated Mr. Kong's version of events but which were not before the jury.

présent pourvoi. Pour ces motifs, il n'apparaît pas opportun en l'espèce d'établir les paramètres visant l'utilisation, par la défense, de la preuve par ouï-dire issu de l'enquête en vue d'appuyer une allégation d'enquête policière inadéquate ou déficiente.

V. Conclusion

[48] En résumé, l'erreur que le juge du procès a commise en ne donnant pas au jury de directive restrictive quant au témoignage de l'enquêteur principal n'a entraîné que des conséquences mineures qui n'auraient pu influencer sur le verdict. Appliquant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité de l'intimé.

[49] L'intimé avait également fait appel de la peine devant la Cour d'appel. Les juges majoritaires n'ont pas eu à trancher cette question puisqu'ils ont ordonné l'arrêt des procédures. En raison de la décision de cette Cour de rétablir les condamnations toutefois, la question de l'appel de la peine est renvoyée pour examen à la Cour d'appel.

Version française des motifs des juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[50] Il ne fait aucun doute que la victime, M. Kong, a été agressée brutalement. Au procès, il s'agissait de déterminer si son agresseur était l'intimé, M. Duc Van. Ce dernier a témoigné et a présenté d'autres éléments de preuve pour étayer sa prétention selon laquelle il n'était pas l'agresseur de M. Kong. La crédibilité était donc un enjeu primordial au procès.

[51] La preuve du ministère public comprenait notamment le témoignage d'un policier chevronné indiquant qu'à son avis, l'accusé était coupable. Dans son témoignage, le policier laissait également entendre que son opinion était fondée en partie sur des faits qui corroboraient la version des événements donnée par M. Kong, mais qui n'avaient pas été présentés au jury.

[52] It is common ground that the trial judge erred in law by failing to give the jury proper instructions about the very limited use they could make of this evidence. There is no dispute between the parties that this was no mere minor or trivial error on its face and that the evidence against the accused was not overwhelming. The Crown maintains, however, that this error should be overlooked because there is no reasonable possibility that it made any difference in the jury's decision to convict. I cannot accept this contention.

[53] In a case in which the respondent's and Mr. Kong's credibility was front and centre, the case, as left to the jury, in effect pitted the opinion of an experienced and respected police officer against the testimony of the accused in a way not permitted by law. The key question at trial was whether there was a reasonable doubt on all of the evidence. In my opinion, it cannot be said in that context that it was a harmless error to leave the officer's opinion to the jury without telling them they should give it absolutely no weight. With great respect for those of a contrary view, I would affirm the decision of the majority of the Court of Appeal to that effect and dismiss the appeal.

II. What Is in Issue and What Is Not

[54] The way in which the case comes to us and the Crown's position significantly narrow the issues. It is therefore helpful at the outset to clarify what is and what is not before us for decision.

[55] There is no dispute that the trial judge made a legal error by failing to give the jury instructions required by law about the limited use they could make of the officer's testimony. The sole issue raised by the Crown's appeal as of right is the one on which Winkler C.J.O. dissented in the Court of Appeal: whether the trial judge's erroneous failure to give the required instructions to the jury occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice as set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[52] Nul ne conteste que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de donner au jury les directives appropriées quant à l'utilisation très limitée qu'il pouvait faire de ce témoignage. Les parties s'entendent sur le fait qu'il ne s'agissait pas là d'une simple erreur mineure ou négligeable à première vue et que la preuve présentée contre l'accusé n'était pas accablante. Toutefois, le ministère public soutient qu'il ne faut pas tenir compte de cette erreur car il n'existe aucune possibilité raisonnable qu'elle ait influé sur la décision du jury de prononcer un verdict de culpabilité. Je ne puis retenir cette thèse.

[53] Au procès, la crédibilité de l'intimé et celle de M. Kong étaient au cœur du débat, et la preuve, telle que présentée au jury, opposait d'une manière interdite en droit l'opinion d'un policier chevronné et respecté au témoignage de l'accusé. La question fondamentale au procès était de savoir si l'ensemble de la preuve suscitait un doute raisonnable. À mon avis, on ne saurait affirmer dans ce contexte qu'il s'agissait d'une erreur inoffensive que de soumettre aux jurés l'opinion du policier sans leur dire qu'ils ne devraient y accorder aucune valeur. En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis de confirmer la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel en ce sens et de rejeter le pourvoi.

II. Questions en litige et autres questions

[54] La façon dont l'affaire est venue devant nous et la position du ministère public réduisent sensiblement les questions en litige. Il est donc utile de préciser d'emblée les questions que nous sommes appelés à trancher.

[55] Nul ne conteste que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de donner au jury, comme la loi l'exige, les directives quant à l'utilisation limitée que ce dernier pouvait faire du témoignage du policier. La seule question soulevée dans le pourvoi formé de plein droit par le ministère public est celle sur laquelle le juge en chef Winkler était dissident en Cour d'appel : l'omission fautive du juge du procès de donner au jury les directives nécessaires a-t-elle causé un tort important ou une erreur judiciaire grave au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46?

[56] There is also no dispute about the legal principles governing the application of this section of the *Code*, which is often called the proviso. It is common ground that the proviso may be applied only if the error was harmless in the sense that even without the error, there is no reasonable possibility that the verdict would have been different: see e.g. *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599. There are two types of situations in which an error may be said to have had no effect on the verdict. The first includes both an error that is trivial or minor on its face or minor in its effect, and the second includes cases against the accused that are so overwhelming that any other verdict but a conviction would be impossible. The Crown concedes, and rightly so in my view, that this is neither a case where the error itself was minor on its face, nor one where the evidence was overwhelming.

[57] The issue for us in this case is whether the error, while not minor on its face, is nonetheless harmless because there is no reasonable possibility that it made a difference: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 30; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 2. The Crown's position is that this is the only basis on which the error here may be said to be harmless. As Crown counsel put it in both his oral submissions and in his factum, we are here concerned with an error that is not minor on its face which the Crown submits had minor effects (transcript, at p. 27; A.F., at para. 33).

[58] The parties agree that this error cannot be said to be harmless because it was trivial. Trivial errors are so minor in themselves that they can be said not to have affected the result: see e.g. *Khan*, at paras. 29-30. The Crown not only concedes that the error here was not minor on its face, but submits that that position cannot reasonably be argued. As the Crown put it in its factum (at para. 33): "Because the instruction was omitted entirely,

[56] De plus, nul ne conteste les principes juridiques qui régissent l'application de cette disposition du *Code*, souvent appelée la disposition réparatrice. Il est bien établi que la disposition réparatrice ne peut être appliquée que si l'erreur était inoffensive, en ce sens que même en l'absence de l'erreur, il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eut été différent : voir p. ex. *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599. On peut considérer qu'une erreur n'a pas eu d'incidence sur le verdict dans deux types de situations. La première catégorie englobe tant l'erreur négligeable que l'erreur mineure à première vue ou ayant une incidence mineure, et la seconde comprend les cas où la preuve contre l'accusé est à ce point accablante que nul verdict autre que la déclaration de culpabilité ne serait possible. Le ministère public reconnaît, avec raison à mon avis, qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où l'erreur elle-même était mineure à première vue ni d'un cas où la preuve était accablante.

[57] La question que nous devons trancher en l'espèce est de savoir si l'erreur, bien qu'elle ne soit pas mineure à première vue, reste tout de même inoffensive parce qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable qu'elle ait changé quoi que ce soit : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 30; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, par. 2. Selon le ministère public, il s'agit du seul fondement sur lequel l'erreur en cause peut être qualifiée d'inoffensive. Comme l'avocat du ministère public l'a fait remarquer dans sa plaidoirie et dans son mémoire, nous sommes saisis en l'espèce d'une erreur qui n'est pas mineure à première vue et qui, selon le ministère public, a eu des conséquences mineures (transcription, p. 27; m.a., par. 33).

[58] Les parties conviennent que cette erreur ne saurait être qualifiée d'inoffensive du fait qu'elle serait négligeable. Les erreurs négligeables sont à ce point mineures en soi qu'elles ne peuvent être considérées comme ayant eu une incidence sur le résultat : voir p. ex. *Khan*, par. 29-30. Non seulement le ministère public reconnaît que l'erreur en l'espèce n'était pas mineure à première vue, mais il soutient que cette opinion ne peut être raisonnablement

it cannot be reasonably argued that the error was minor on its face.” (Emphasis added.)

[59] The Crown does not contend that the evidence of the respondent’s guilt was overwhelming. Where there is overwhelming evidence, an error is harmless because, even without it, any verdict other than a conviction would have been impossible in the face of that overwhelming evidence: *Khan*, at para. 31. That, however, is not this case. As Crown counsel conceded during oral submissions and in his factum, “this is not an overwhelming case” and “I don’t argue that it’s an overwhelming case in the sense that even a serious error with serious effects could be cured. It’s not that kind of a case” (transcript, at pp. 6 and 26 (emphasis added); A.F., at para. 46). In my view, this concession was properly made, given the serious credibility issues raised by the defence evidence: see e.g. *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912.

[60] The issue for us to resolve is therefore a narrow one: May the trial judge’s failure to give the required instructions be found to have been harmless because there is no reasonable possibility that it had any effect on the verdict?

[61] To explain why I conclude that this is not the case, I will first place the error in the context of this trial, briefly review the relevant legal principles and then explain why, in my view, there is a reasonable possibility that the wrongly omitted instructions had some effect on the outcome of the trial.

III. The Error in Context

1. *The Factual Context at Trial*

[62] The respondent was convicted of attempted murder, robbery and forcible confinement after a

défendue. Comme il l’a affirmé dans son mémoire (au par. 33) : [TRADUCTION] « Puisque la directive a été complètement omise, on ne saurait raisonnablement prétendre que l’erreur était mineure à première vue. » (Je souligne.)

[59] Le ministère public ne prétend pas que la preuve de la culpabilité de l’intimé était accablante. En présence d’une preuve accablante, une erreur est inoffensive parce que, même sans cette erreur, il aurait été impossible d’obtenir un verdict autre qu’une déclaration de culpabilité en raison de cette preuve accablante : *Khan*, par. 31. Toutefois, ce n’est pas le cas en l’espèce. Comme l’a admis l’avocat du ministère public durant sa plaidoirie et dans son mémoire, [TRADUCTION] « il ne s’agit pas d’une preuve accablante » et « je ne prétends pas qu’il s’agit d’une preuve accablante en ce sens que même une erreur grave entraînant des conséquences graves pourrait être corrigée. Tel n’est pas le cas » (transcription, p. 6 et 26 (je souligne); m.a., par. 46). À mon sens, cette admission a été faite à juste titre compte tenu des questions importantes de crédibilité soulevées par la preuve de la défense : voir p. ex. *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912.

[60] La question que nous devons trancher est par conséquent très circonscrite : l’omission du juge du procès de donner au jury les directives nécessaires peut-elle être jugée inoffensive parce qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable qu’elle ait influé sur le verdict?

[61] Afin d’expliquer pourquoi je conclus par la négative, je vais d’abord situer l’erreur dans le contexte de ce procès; j’examinerai ensuite brièvement les principes juridiques applicables puis j’expliquerai pourquoi, à mon avis, il existe une possibilité raisonnable que l’omission fautive de donner des directives ait influé sur l’issue du procès.

III. L’erreur en contexte

1. *Le contexte factuel établi au procès*

[62] À l’issue d’un procès devant jury qui a duré 17 jours, l’intimé a été reconnu coupable de

17-day jury trial. Not in dispute was that there had been a vicious attack on the victim, Mr. Kong, an attack that he was fortunate to have survived. In issue, however, was whether the respondent was the attacker. Mr. Kong had initially been unable to communicate effectively with the police, who suspected that the crime might have been connected to the collection of debts associated with Mr. Kong's illegal gambling activities. Mr. Kong subsequently identified the respondent as his attacker.

[63] The case therefore turned on credibility: Mr. Kong and the respondent put to the jury two different versions of the events leading up to and including the assault.

[64] Mr. Kong testified that on the night before the assault, he and the respondent had gone to Casino Niagara together in the respondent's van. On the return trip in the early hours of the morning, Mr. Kong testified that the respondent hit him on the head with a hammer but had claimed it was an accident. Later that day, he was stabbed in his apartment and robbed of a substantial quantity of cash. He recounted the assault in great detail, identifying the respondent as the assailant.

[65] The respondent testified and called evidence. His fundamental position was that he had not been the attacker. He admitted to having gone to a casino with Mr. Kong the day before and to having delivered food to him at his apartment on the day of the attack, but he denied any involvement in the crime. His defence suggested that the police had been too hasty in rejecting their initial suspicion that the attack on Mr. Kong was by someone trying to collect gambling debts (the so-called loanshark theory). The respondent also introduced evidence as to his whereabouts on December 21 that contradicted certain aspects of Kong's evidence as to the events that transpired on the day of the crime.

[66] Thus, credibility and existence of reasonable doubt on all of the evidence were the key issues

tentative de meurtre, de vol qualifié et de séquestration. Il n'était pas contesté que M. Kong avait été victime d'une agression brutale à laquelle il a heureusement survécu. Toutefois, la question à trancher était de savoir si l'intimé était l'agresseur. Au début, M. Kong n'était pas en mesure de communiquer efficacement avec la police, qui soupçonnait que le crime pouvait avoir un rapport avec le recouvrement de dettes liées à ses activités de jeu illégales. Par la suite, M. Kong a désigné l'intimé comme étant son agresseur.

[63] Par conséquent, l'issue de l'affaire reposait sur la crédibilité : M. Kong et l'intimé ont présenté au jury deux versions différentes de l'agression et des événements qui y ont mené.

[64] Monsieur Kong a déclaré que la nuit précédant l'agression, l'intimé et lui se sont rendus ensemble au Casino Niagara à bord de la fourgonnette de l'intimé. Monsieur Kong a soutenu que lors du voyage de retour, tôt le matin, l'intimé l'a frappé à la tête avec un marteau mais a prétendu qu'il s'agissait d'un accident. Plus tard le même jour, il a été poignardé dans son appartement et dépouillé d'une quantité importante d'argent comptant. Il a relaté l'agression en détail et a désigné l'intimé comme étant son agresseur.

[65] L'intimé a témoigné et a présenté des éléments de preuve. Il prétendait essentiellement qu'il n'était pas l'agresseur. Il a reconnu être allé au casino avec M. Kong la veille de l'agression et s'être rendu à son appartement pour lui porter de la nourriture le jour de l'agression, mais il a nié avoir participé au crime. Sa défense laissait entendre que les policiers avaient écarté trop rapidement leurs premiers soupçons que l'agression dont M. Kong a été victime avait été commise par quelqu'un qui tentait de recouvrer des dettes de jeu (la thèse de l'usurier). L'intimé a également présenté concernant ses allées et venues le 21 décembre des éléments de preuve qui contredisaient certains éléments de la preuve soumise par M. Kong quant aux événements qui se sont produits le jour du crime.

[66] Ainsi, la crédibilité et l'existence d'un doute raisonnable à l'égard de l'ensemble de la preuve

before the jury: Mr. Kong gave one version of the facts and the respondent gave a markedly different version.

2. *The Problematic Evidence*

[67] The problematic evidence in the case was given by Det. Sgt. Dan Nealon. As set out by Sharpe J.A., writing for the majority of the Court of Appeal (2008 ONCA 383, 92 O.R. (3d) 462, at paras. 21-28), Det. Sgt. Nealon, then a 19-year veteran of the Toronto Police Service, led the investigation together with Det. Craig Morton. Detective Sergeant Nealon's position before the jury was prominent. As the lead investigator assisting the Crown, he was exempted from the order excluding witnesses and, for most of the trial, he sat with the Crown at the counsel table. Detective Sergeant Nealon testified after all but one of the other police officers had given their evidence and immediately before Mr. Kong testified. Detective Sergeant Nealon's evidence added little to the testimony of the other police officers or to the direct evidence of Kong that would follow. The purpose of his evidence appears to have been to explain the steps the police had taken to investigate the attack, and to satisfy the jury that the crime had been properly and thoroughly investigated.

[68] Detective Sergeant Nealon testified that he had reviewed the notes of the other officers involved in the investigation and described the various steps he took to find information about Mr. Kong through Mr. Kong's family, through inquiries at the casino, and through a search for the respondent's van. He explained that, as there initially had been some thought that the attack might have been gang-related, a police guard had been placed at Kong's bedside "in the off-chance that whoever it was that committed this crime had wanted to finish the job off". Detective Sergeant Nealon testified that he spoke to an Ontario Provincial Police ("OPP") officer at the casino who shared "intelligence information" which "more or less corroborated what the victim was telling [him]".

constituaient les questions principales soumises au jury : M. Kong a donné une version des faits et l'intimé a donné une version très différente.

2. *La preuve problématique*

[67] En l'espèce, la preuve problématique a été présentée par le sergent-détective Dan Nealon. Comme l'a indiqué le juge Sharpe, s'exprimant pour les juges majoritaires de la Cour d'appel (2008 ONCA 383, 92 O.R. (3d) 462, par. 21-28), le sergent-détective Nealon, qui était au moment du procès membre du corps policier de Toronto depuis 19 ans, a mené l'enquête avec le détective Craig Morton. Devant le jury, le sergent-détective Nealon occupait un poste de premier plan. À titre d'enquêteur principal du ministère public, il n'était pas assujéti à l'ordonnance d'exclusion des témoins et, pendant la plus grande partie du procès, il a pris place à la table des avocats du ministère public. Le sergent-détective Nealon a été l'avant-dernier policier à témoigner et il a été appelé à la barre juste avant M. Kong. Le témoignage du sergent-détective Nealon n'a presque rien ajouté à celui des autres policiers ou à celui de M. Kong qui l'a suivi à la barre. Il semble qu'il devait expliquer les mesures prises par la police lors de l'enquête sur l'agression, et qu'il devait convaincre le jury que le crime avait fait l'objet d'une enquête adéquate et minutieuse.

[68] Le sergent-détective Nealon a déclaré qu'il avait examiné les notes des autres policiers qui participaient à l'enquête. Il a décrit les diverses mesures prises pour trouver des renseignements concernant M. Kong, auprès des membres sa famille, au casino ainsi que lors de recherches pour retrouver la fourgonnette de l'intimé. Il a expliqué que, comme la police avait d'abord cru que l'agression pouvait être liée à un gang, un policier était de faction auprès de M. Kong [TRADUCTION] « au cas où la personne qui a commis ce crime aurait voulu l'achever ». Le sergent-détective Nealon a déclaré avoir parlé, au Casino, à un policier de la Police provinciale de l'Ontario (« PPO ») qui lui a communiqué des [TRADUCTION] « renseignements de sécurité » qui [TRADUCTION] « corroboraient plus ou moins ce que la victime [lui] disait ».

[69] Significant aspects of Det. Sgt. Nealon's evidence as to how the investigation proceeded were based upon hearsay or unidentified sources. At several points, although he was cautioned not to give hearsay evidence, he related what he had done as a result of obtaining information from various sources, including Mr. Kong. Detective Sergeant Nealon related his efforts to obtain information from Casino Niagara that showed the respondent's history there. He also testified that a police officer had traced the ownership of the respondent's van. He related a second-hand hearsay description of the respondent given to another police officer by a witness.

[70] As he narrated the events of the investigation, Det. Sgt. Nealon indicated that as the various bits of information — some of which he described and some of which the Crown conceded were hearsay and which the jury was told it could not receive — were assembled, the investigation was “looking significantly better” as he and his team honed in on the respondent as Mr. Kong's assailant. At various points in his evidence, Det. Sgt. Nealon offered his personal opinion as to the respondent's guilt: “It was my intention [*sic*] at that point [following an interview with Mr. Kong] that the man responsible for this attack on [Mr. Kong] was a person known as Duc Van, driving a 1987 Dodge Caravan, red in colour, with that licence plate.”

[71] When defence counsel's cross-examination of Det. Sgt. Nealon began probing his investigation and knowledge of Mr. Kong's involvement in illegal gambling and Asian gangs, Crown counsel objected to the potential introduction of hearsay evidence. As a result, defence counsel agreed to restrict his questions to the witness's suspicions about Asian gangs and the steps he took to investigate such suspicions. Detective Sergeant Nealon agreed that one of the photo line-ups shown to Mr. Kong included a man suspected of being a collector

[69] Des aspects importants du témoignage du sergent-détective Nealon quant à la manière dont l'enquête s'est déroulée étaient fondés sur du ouï-dire ou sur des sources non identifiées. À plusieurs reprises, même si on lui avait demandé d'éviter le ouï-dire, il a relaté ce qu'il avait fait après avoir obtenu des renseignements de diverses sources, notamment de M. Kong. Le sergent-détective Nealon a décrit les efforts qu'il a déployés pour obtenir auprès du personnel du Casino Niagara des renseignements démontrant les antécédents de l'intimé à cet endroit. Il a également déclaré qu'un policier avait identifié le propriétaire de la fourgonnette conduite par l'intimé. Il a fait état d'une description de l'intimé qu'un témoin avait donnée à un autre policier, ce qui constitue un double ouï-dire.

[70] Dans son récit des faits de l'enquête, le sergent-détective Nealon a indiqué qu'au moment où lui et les membres de son équipe rassemblaient les différentes bribes d'information, — il a décrit certaines de ces informations et parmi celles-ci, le ministère public a reconnu que certaines constituaient du ouï-dire et l'on a dit au jury de ne pas en tenir compte — l'enquête [TRADUCTION] « progressait considérablement », alors qu'ils estimaient que l'intimé était l'agresseur de M. Kong. À plusieurs reprises au cours de sa déposition, le sergent-détective Nealon a exprimé son opinion personnelle quant à la culpabilité de l'intimé : [TRADUCTION] « À ce moment-là [après une entrevue avec M. Kong], j'avais l'impression que l'homme responsable de cette agression sur [M. Kong] était une personne dénommée Duc Van, qui conduisait une Dodge Caravan 1987 de couleur rouge portant cette plaque d'immatriculation. »

[71] Durant le contre-interrogatoire du sergent-détective Nealon, lorsque l'avocat de la défense a commencé à lui poser des questions sur son enquête et sur ce qu'il savait de la participation de M. Kong à des activités de jeu illégales et à des gangs asiatiques, l'avocat du ministère public s'est opposé à la présentation éventuelle d'une preuve par ouï-dire. Par conséquent, l'avocat de la défense a accepté de limiter la portée de ses questions aux soupçons que le policier entretenait concernant les gangs asiatiques et aux mesures qu'il avait prises

for loansharks and a potential suspect in the case and that one avenue the investigation had followed was the possibility that Mr. Kong had a gambling debt. He agreed that he had received information regarding a story in a Chinese-language newspaper that had caused Mr. Kong fear because it identified him as a victim and published his name and address. Detective Sergeant Nealon also agreed that once Mr. Kong identified the respondent as his assailant, all other investigation stopped and the police focussed on finding the respondent and evidence to corroborate his guilt.

pour vérifier ces soupçons. Le sergent-détective Nealon a reconnu que l'une des séries de photos montrées à M. Kong comprenait la photo d'un homme soupçonné d'être un agent de recouvrement pour des usuriers et un suspect possible dans l'affaire d'agression, et que l'enquête avait porté sur la possibilité que M. Kong ait une dette de jeu. Il a reconnu avoir obtenu des renseignements concernant un article d'un journal publié en chinois qui avait effrayé M. Kong car ce dernier y était désigné comme victime et son nom et son adresse y étaient publiés. Le sergent-détective Nealon a également reconnu qu'une fois que M. Kong eut désigné l'intimé comme étant son agresseur, toutes les autres pistes d'enquête ont été exclues et les policiers se sont mis à la recherche de l'intimé et des éléments de preuve permettant de corroborer sa culpabilité.

[72] The trial judge permitted Crown counsel to revisit on re-examination the reasons for the investigation's focus on the respondent:

[72] Le juge du procès a autorisé l'avocat du ministère public à réexaminer, lors d'un réinterrogatoire, les motifs qui ont poussé les policiers à cibler leur enquête sur l'intimé :

[TRADUCTION]

Q. Why did the information from Mr. Kong narrow your search?

Q. Pour quelle raison les renseignements obtenus de M. Kong ont-ils réduit votre champ de recherche?

A. Following that interview with Mr. Kong and the information that he did give me, over the next twenty hours a lot of information unfolded that allowed me the only path to take, and as a result of all the information that unfolded, and it seemed to me the other paths would be negligible to follow, because as far as I was concerned I was being led down the proper path for this from the information from Jack Kong.

R. À la suite de l'entretien avec M. Kong et avec les renseignements qu'il m'a donnés, au cours des vingt heures qui ont suivi, de nombreux renseignements ont été dévoilés et m'ont indiqué la seule piste à suivre et, en raison de tous ces renseignements, il m'a semblé qu'il ne valait pas la peine de suivre les autres pistes car, à mon sens, les renseignements obtenus de Jack Kong m'avaient mené sur la bonne piste dans ce cas.

Q. All right.

Q. D'accord.

Then I guess, just to not to put too fine a point on it, but the follow-up question, why didn't you continue looking at gangs or loans or loansharks, why didn't you continue down that path?

Alors je suppose, simplement pour ne pas trop entrer dans le détail, mais la question suivante est : pourquoi n'avez-vous pas continué de chercher du côté des gangs, des prêteurs ou des usuriers, pourquoi avez-vous délaissé cette piste?

A. Because, in my opinion, Duc Van is the one that is responsible for this act.

R. Parce que, selon moi, Duc Van est le responsable de cet acte.

Q. Based on?

Q. Vous vous fondez sur?

A. My investigation . . . and information that I received. [Emphasis added; A.R., at pp. 306-7.]

R. Mon enquête [. . .] et les renseignements que j'ai obtenus. [Je souligne; d.a., p. 306-307.]

Detective Sergeant Nealon's evidence, in chief and in re-examination, included both hearsay and police opinion evidence and suggested that his opinion was not based solely on information otherwise before the jury and that such information corroborated Mr. Kong's version of the events.

3. *The Legal Framework*

[73] The Court of Appeal unanimously found that this investigative hearsay and police opinion testimony required limiting instructions. As Sharpe J.A. put it on behalf of the majority (and the dissenting judge, Winkler C.J.O., did not disagree on this point), the trial judge should have cautioned the jury "that this evidence was to be used only as narrative to explain how the investigation had proceeded and that the hearsay and the sources undisclosed to the jury that were used by Nealon to further the investigation, as well as Nealon's opinion, were otherwise inadmissible and did not amount to evidence the jury could use to find that the appellant was guilty of the offences" (para. 30).

[74] Without these instructions, there were two related dangers that would go unaddressed: first, that the jury would improperly use the so-called "investigative hearsay" evidence as evidence of its truth and, second, that the jury would wrongly attach weight to the officer's personal opinion that the respondent was guilty.

[75] In combination, these two problematic aspects were of more concern than either might have been on its own. Each reinforced the other. Detective Sergeant Nealon's opinion likely bolstered Mr. Kong's credibility, as did the implication that Det. Sgt. Nealon relied in forming that opinion on material not before the jury but which corroborated Mr. Kong's evidence. As Sharpe J.A. put it, at para. 31:

Especially troubling is the suggestion created by Nealon's evidence as a whole — and in particular by

Le témoignage du sergent-détective Nealon, tant lors de l'interrogatoire principal que lors du réinterrogatoire, comportait de la preuve par ouï-dire et un témoignage d'opinion. Le sergent-détective Nealon laissait entendre que son opinion n'était pas fondée uniquement sur des renseignements qui avaient été présentés au jury et que ces renseignements venaient corroborer la version des événements faite par M. Kong.

3. *Le contexte juridique*

[73] La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le ouï-dire issu de l'enquête et le témoignage d'opinion du policier nécessitaient une directive restrictive. Comme l'a indiqué le juge Sharpe au nom des juges majoritaires (et le juge en chef Winkler, dissident, ne lui a pas donné tort sur ce point), le juge du procès aurait dû avertir le jury [TRADUCTION] « que ce témoignage n'avait d'utilité qu'à titre de compte rendu explicatif du déroulement de l'enquête, et que le ouï-dire, les sources non révélées au jury dont M. Nealon s'était servi pour faire avancer l'enquête ainsi que l'opinion de ce dernier étaient autrement inadmissibles et ne constituaient pas des éléments de preuve que le jury pouvait utiliser pour conclure à la culpabilité de l'appelant » (par. 30).

[74] Sans ces directives, deux dangers connexes persistaient : premièrement, le jury pouvait utiliser indûment la preuve dite de « ouï-dire issu de l'enquête » comme preuve de sa véracité et, deuxièmement, il pouvait à tort accorder du poids à l'opinion personnelle du policier selon laquelle l'intimé était coupable.

[75] Puisqu'ils se renforçaient mutuellement, ces deux aspects problématiques étaient encore plus préoccupants, cumulés, qu'ils ne pouvaient l'être chacun de son côté. L'opinion du sergent-détective Nealon, tout comme l'insinuation que cette opinion reposait sur des éléments qui n'avaient pas été présentés au jury mais qui corroboraient le témoignage de M. Kong, ajoutaient à la crédibilité de ce dernier. Ainsi que l'a signalé le juge Sharpe au par. 31 de ses motifs :

[TRADUCTION] Je trouve particulièrement troublante l'impression qui se dégage du témoignage de

what he said in re-examination — that as a result of a body of information not disclosed to the jury, he had formed the opinion that the appellant was guilty. Repeated references to information that “unfolded” and to “information that I received” could well have been taken by the jury to suggest that this senior and respected police officer had evidence inculpatory of the appellant that had not been presented at trial. The jury should have been warned against drawing that inference.

4. *The Possible Impact on the Verdict*

[76] As noted, the respondent testified and denied being the attacker. He also called evidence that supported certain aspects of his version of events and was inconsistent with certain aspects of Mr. Kong’s testimony. The jury was properly instructed that even if it did not believe the respondent’s evidence, he should be acquitted if his testimony left them with a reasonable doubt about his guilt or if they entertained a reasonable doubt on the evidence as a whole. Thus, in attempting to determine the effect of the error, one must bear firmly in mind that the question is whether, even had proper instructions been given, there is no reasonable possibility that the jury would have had a reasonable doubt about the respondent’s guilt.

IV. Analysis of the Crown Submissions

[77] Demonstrating that there is no reasonable possibility of a jury having a reasonable doubt in the face of conflicting evidence is no mean feat. But that is what the Crown must do to succeed on this appeal. It attempts to discharge this burden by making five main points. In my respectful view, they do not persuade.

[78] First, the Crown says, in effect, that if proper instructions had been given, they would have been more harmful to the defence than was the omission of the instructions which constitute the error. If this were accepted, it would be concluded that the omission was harmless because proper

M. Nealon dans son ensemble — et spécialement de sa déclaration lors du réinterrogatoire — qu’un ensemble de renseignements non révélés au jury l’avait amené à conclure que l’appelant était coupable. Il était très possible que ses nombreuses mentions des renseignements « dévoilés » ou qu’il avait « obtenus » aient donné à penser au jury que ce policier chevronné et respecté disposait d’éléments de preuve incriminants qui n’avaient pas été présentés au procès. Il aurait fallu mettre le jury en garde contre une telle inférence.

4. *L’incidence possible sur le verdict*

[76] Tel qu’indiqué précédemment, l’intimé a témoigné et il a nié avoir été l’agresseur. Il a également soumis une preuve qui étayait certains aspects de sa version des faits et contredisait certains points du témoignage de M. Kong. Dans ses directives, le juge a correctement indiqué aux jurés qu’ils devaient acquitter l’intimé, même s’ils n’ajoutaient pas foi à la preuve qu’il avait soumise, si son témoignage suscitait dans leur esprit un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité ou si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, un doute raisonnable subsistait dans leur esprit. Afin de déterminer les effets de l’erreur, par conséquent, il s’impose de ne pas perdre de vue que la question à trancher est celle de savoir s’il n’existe aucune possibilité raisonnable que le jury, même instruit correctement, ait eu un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l’intimé.

IV. Analyse des arguments du ministère public

[77] Démontrer qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable qu’un jury ait un doute raisonnable devant des preuves contradictoires relève de l’exploit. Mais c’est ce que doit faire le ministère public pour que son pourvoi soit accueilli. Il tente de s’acquitter de son obligation au moyen de cinq arguments principaux. À mon avis, ces arguments ne sont pas convaincants.

[78] Tout d’abord, le ministère public soutient en fait que la formulation de directives appropriées aurait fait plus de tort à la défense que leur omission qui constitue l’erreur en l’espèce. Si cet argument était retenu, on pourrait déterminer les répercussions de l’omission et il faudrait conclure qu’elle

instructions would have been even less favourable to the defence.

[79] Respectfully, this is no answer to the judge's failure to tell the jury to ignore Det. Sgt. Nealon's opinion that the respondent was guilty. The Crown concedes that one aspect of proper instructions in these circumstances should have brought it home to the jury that the Detective Sergeant's opinion that he arrested the guilty party was not evidence of anything and must be disregarded. This instruction would not have undercut the defence in any respect or been less favourable to the defence than was its omission.

[80] Next the Crown says that the officer's opinion testimony was harmless because the jury would have assumed in any event that he thought the accused was guilty. This argument, in my respectful view, is contrary to long-settled, basic legal principles and in fact underlines the need for the omitted instruction.

[81] The Crown position in my view overlooks a good deal of learning about the dangers of evidence put in the form of opinions. As LeBel J. points out in his reasons at para. 39, the officer's "statement of his opinion of the respondent's guilt was unwarranted and clearly foreclosed by the jurisprudence, due to the danger of the jury uncritically accepting the witness's opinion without drawing their own conclusions about the evidence". This view is supported, among many authorities, by what Major J. said in *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275:

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. [para. 49]

était inoffensive parce que la défense se serait trouvée dans une position encore plus défavorable si les directives appropriées avait été données.

[79] En toute déférence, on ne saurait répondre de la sorte à l'omission du juge d'indiquer au jury de ne pas tenir compte de l'opinion du sergent-détective Nealon selon laquelle l'intimé était coupable. Le ministère public reconnaît qu'une directive appropriée en l'espèce aurait notamment signalé au jury que l'opinion du sergent-détective selon laquelle il avait arrêté le coupable ne prouvait rien et qu'il fallait en faire abstraction. Une telle directive n'aurait causé aucun tort à la défense et elle ne lui aurait pas non plus été moins favorable que l'omission de la donner.

[80] Le ministère public soutient ensuite que le témoignage d'opinion du policier serait inoffensif parce que le jury lui aurait de toute manière imputé l'opinion que l'accusé était coupable. À mon avis, cet argument va à l'encontre de principes élémentaires de droit établis depuis longtemps, et il a plutôt pour effet de souligner la nécessité de la directive qui a été omise.

[81] Il me semble que cet argument du ministère public fait abstraction de nombreuses connaissances acquises au sujet des dangers de la preuve par opinion. Comme le signale le juge LeBel au par. 39 de ses motifs, « l'opinion [du sergent-détective Nealon] sur la culpabilité de l'intimé était injustifiée et clairement exclue par la jurisprudence en raison du risque que le jury accepte aveuglément l'opinion du témoin sans tirer ses propres conclusions sur la preuve faite ». Ce point de vue trouve beaucoup d'appui en jurisprudence, notamment dans les motifs du juge Major dans *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275 :

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. [par. 49]

[82] It is worth remembering that there are at least three dangers in receiving opinion evidence of the sort the officer gave in this case. First, it usurped the function of the jury by drawing critical inferences — a conclusion about the respondent's guilt — from the facts known to the witness. Second, it obscured the factual basis for the conclusions reached. In this case, it was at best unclear and at worst a likely inference that the officer's opinion was based on evidence other than that which had been admitted before the jury. Finally, there was a danger that, given the long experience and excellent career history of Det. Sgt. Nealon, the jury would attach undue weight to his opinion: see, for example, *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at pp. 839-40.

[83] This final point is particularly important in this case. There was a real risk that jurors would put more credence in the improperly offered opinion simply because it came from an experienced and respected police officer. In other words, there is a legitimate concern that the “jury might forego independent analysis of the facts and bow too readily to the opinion of an expert or other influential witness”: *McCormick on Evidence* (6th ed. 2006), vol. 1, at § 12. While of course this opinion was not presented as expert opinion evidence, the dangers noted by Major J. in *D.D.* at para. 53 in that context were also present here:

The primary danger arising from the admission of any opinion evidence is that the province of the jury might be usurped by that of the witness. This danger is especially prevalent in cases of expert opinion evidence. Faced with an expert's impressive credentials . . . , jurors are more likely to abdicate their role as fact-finders and simply attorn to the opinion of the expert in their desire to reach a just result.

[84] As underscored by Sharpe J.A., at the time of the investigation, Det. Sgt. Nealon was a 19-year veteran of the Toronto Police Service. He led the investigation with Det. Morton. Detective Sergeant

[82] Il convient de rappeler qu'il est dangereux à au moins trois égards d'accepter en preuve un témoignage d'opinion comme celui du policier en l'espèce. Premièrement, le policier usurpe la fonction du jury en formulant des conclusions fondamentales — une conclusion concernant la culpabilité de l'intimé — à partir de faits qu'il connaît. Deuxièmement, le témoignage d'opinion obscurcit le fondement factuel des conclusions tirées. En l'espèce, dans le meilleur des cas, il n'était pas certain que l'opinion du policier reposât exclusivement sur des éléments de preuve qui avaient été présentés au jury et, dans le pire des cas, il était probable que ce n'était pas le cas. Enfin, il y avait le danger que la longue expérience et les bons états de service du sergent-détective Nealon inciteraient le jury à attribuer un poids indu à ses opinions : voir, par exemple, *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 839-840.

[83] Ce dernier point revêt une importance particulière en l'espèce. Le risque que le jury accorde plus de crédit à l'opinion irrégulièrement formulée simplement parce qu'elle émanait d'un policier expérimenté et respecté était réel. Autrement dit, on pouvait avec raison craindre que [TRADUCTION] « le jury renonce à analyser les faits de façon indépendante et souscrive trop facilement à l'opinion d'un expert ou d'un autre témoin influent » : *McCormick on Evidence* (6^e éd. 2006), vol. 1, § 12. Cette opinion n'a, bien sûr, pas été soumise comme étant celle d'un expert, mais elle n'en présente pas moins les dangers signalés à cet égard par le juge Major dans *D.D.* au par. 53 :

Le principal danger découlant de l'admission d'un témoignage d'opinion est que les fonctions du jury risquent d'être usurpées par celles du témoin. Ce danger est particulièrement présent dans les cas de témoignages d'opinion d'experts. Devant les qualifications impressionnantes d'un expert [. . .], les jurés sont plus susceptibles d'abandonner leur rôle de juge des faits et de simplement s'en remettre à l'opinion de l'expert dans leur désir d'en venir à un résultat juste.

[84] Comme l'a souligné le juge Sharpe, le sergent-détective Nealon comptait 19 ans de service dans la police de Toronto au moment de l'enquête qu'il menait avec le détective Morton. Le

Nealon testified after all but one of the other police officers and immediately before Kong. He was exempted from the order excluding witnesses and, for most of the trial, he sat with the Crown at the counsel table. His special role in the prosecution and his testimony about the thoroughness of the investigation and how he often worked overtime on this case would have contributed to his credibility before the jury. The jury may well have attached special importance to his evidence. That would also serve to bolster the credibility of the victim, Mr. Kong, and to undermine the credibility of the respondent.

[85] In short, the risks of the jury attaching undue weight to the officer's opinion have long been recognized in the jurisprudence and, on the facts of this case, there was at the very least a reasonable possibility of these risks materializing, absent proper limiting instructions.

[86] Moreover, the Crown's assertion that the jury likely assumed that the investigating officer thought the respondent was guilty serves to underline the need for the limiting instructions rather than to provide an excuse for their omission. The opinions of the police on the question of an accused's guilt have no place in the jury's deliberations. The proposition that the jury would assume the police think that the accused is guilty underlines the need for a limiting instruction, particularly where the police view is presented as opinion evidence.

[87] It is impossible, in my view, to determine the impact of the Detective Sergeant's opinion that the respondent was guilty. And this is all the more true where, as here, the respondent testified, denied his involvement and called evidence in his defence. It is also impossible to know what impact the required instruction to entirely disregard the officer's opinion would have had on the jury. Respectfully, it cannot be said that there is no reasonable possibility that the absence of the instruction affected the outcome of the trial.

sergent-détective a été l'avant-dernier policier à témoigner, et il a été appelé à la barre juste avant M. Kong. Il a été exempté de l'ordonnance d'exclusion des témoins et, pendant la plus grande partie du procès, il a pris place à la table des avocats du ministère public. Le rôle spécial qu'il a joué dans la poursuite et son témoignage au sujet de l'exhaustivité de l'enquête et des heures supplémentaires qu'il y a consacrées ont pu contribuer à fonder sa crédibilité dans l'esprit du jury — lequel a fort bien pu attribuer une importance particulière à son témoignage — ainsi qu'à ajouter à la crédibilité de la victime, M. Kong, et à discréditer l'intimé.

[85] En résumé, la jurisprudence reconnaît depuis longtemps le risque qu'un jury accorde un poids indu aux opinions des policiers et, compte tenu des faits de l'espèce, il existait à tout le moins une possibilité raisonnable que ce risque se concrétise si le juge ne donnait pas les directives restrictives qu'il fallait.

[86] En outre, loin de justifier l'absence de directives restrictives, l'argument du ministère public voulant que le jury aurait vraisemblablement supposé que l'enquêteur croyait l'intimé coupable signale plutôt la nécessité de ces directives. Les opinions de policiers au sujet de la culpabilité d'un accusé n'ont pas leur place dans les délibérations du jury. En faisant valoir que le jury supposerait que, pour les policiers, l'accusé est coupable, on met en évidence la nécessité de donner des directives restrictives, en particulier lorsque le point de vue des policiers prend la forme d'un témoignage d'opinion.

[87] À mon avis, il est impossible de déterminer avec certitude l'incidence qu'a pu avoir l'opinion du sergent-détective Nealon quant à la culpabilité de l'accusé. Ce l'est d'autant plus que l'intimé, en l'espèce, a témoigné, a nié sa participation et a présenté une preuve en défense. Il est également impossible d'établir l'effet qu'aurait pu avoir sur le jury une directive lui indiquant de ne tenir aucun compte de l'opinion du sergent-détective. On ne saurait affirmer qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'absence de directive ait influé sur l'issue du procès.

[88] Detective Sergeant Nealon's testimony in effect conveyed to the jury that he, an experienced and respected police officer, believed Mr. Kong over the respondent. We cannot, in my respectful view, conclude that there is no reasonable possibility that the omitted instructions had no impact on the ultimate determination of guilt.

[89] As a third point, the Crown submits that the concerns of the majority of the Court of Appeal about the officer's evidence being based on material not before the jury were misplaced. The argument is that the jury would have recognized that the officer was simply referring to matters that were in evidence and would not have thought that his opinion was based on material not otherwise before them. Respectfully, I cannot accept this submission.

[90] Detective Sergeant Nealon referred in his evidence to several sources of information that were not otherwise before the jury. He testified, for example, that he reviewed the notebooks of the officers involved up to the point that he took over the investigation. Some of these officers were named, others were not and none of them testified at trial. He testified about his interviews with Mr. Kong's three sisters, none of whom testified. His evidence was that he did this to "get some information about [Mr. Kong] and his background, and any information . . . with respect to [the] offence". He referred to his conversation with an OPP intelligence officer at the casino whose information "more or less corroborated what the victim was telling [him]." He referred to interviews with eight unnamed casino employees and to a videotaped statement he took from Mr. Kong. None of this material was otherwise before the jury. His testimony also included references to a "lot of information", and his opinion that the respondent was the guilty party was based on all of his investigation. His evidence gave the impression that all of the information he received from all of these sources corroborated Mr. Kong's version of the events. The re-examination evidence, which I set out earlier, demonstrates the likelihood that the jury would have understood the officer's opinion to be based on everything he had done,

[88] Pour le jury, il ressortait du témoignage du sergent-détective Nealon qu'un policier expérimenté et respecté croyait M. Kong et non l'intimé. On ne peut, à mon avis, conclure à l'absence de possibilité raisonnable que cette omission n'ait pas pesé dans le prononcé du verdict de culpabilité.

[89] Dans son troisième argument, le ministère public soutient que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de craindre que le témoignage du policier ne soit perçu comme reposant sur des éléments qui n'avaient pas été présentés au jury. Selon cet argument, les jurés auraient considéré que le policier se reportait simplement à des points déjà mis en preuve et n'auraient pas pensé que l'opinion de ce dernier était fondée sur des éléments qui ne leur avaient pas été présentés. Je ne puis accepter cet argument.

[90] Le sergent-détective Nealon a fait mention, dans sa déposition, de plusieurs sources de renseignements dont le jury ne disposait pas. Le témoin a indiqué, par exemple, qu'il avait examiné les carnets de note des policiers responsables de l'enquête avant qu'il la prenne en charge. Il a nommé certains des policiers, mais pas tous, et aucun d'eux n'a témoigné au procès. Il a mentionné ses entretiens avec les trois sœurs de M. Kong, mais aucune n'a été citée comme témoin. Il a déclaré qu'il avait fait cela pour [TRADUCTION] « recueillir des renseignements au sujet de [M. Kong] et de son passé et des renseignements [. . .] concernant l'infraction ». Il a évoqué sa conversation avec un agent du renseignement de la PPO au casino qui lui a fourni des renseignements [TRADUCTION] « corroborant plus ou moins les dires de la victime ». Il a fait état d'entrevues avec huit employés de casino non identifiés ainsi que d'une déclaration de M. Kong qu'il a enregistrée sur vidéo. Rien de cela n'a été autrement présenté au jury. Dans sa déposition, le policier mentionnait aussi de [TRADUCTION] « nombreux renseignements », ainsi que son opinion, fondée sur l'ensemble de son enquête, que l'intimé était le coupable. Il a donné l'impression, par sa déposition, que tous les renseignements provenant de toutes les sources auxquelles il avait puisé corroboraient la version des faits donnée par M. Kong.

including many things that were not in the evidence. His evidence was, in effect, that the officer's opinion that the respondent was guilty was based, as he put it, on "[his] investigation . . . and information that [he] received".

[91] I respectfully agree with the majority of the Court of Appeal that the officer's testimony created the impression that his personal opinion about the respondent's guilt was based in part on a body of information not disclosed to the jury. I would add that some of this information (such as from the OPP intelligence officer) was expressly represented to the jury as corroborating Mr. Kong's version of events while it was implicit in the officer's testimony that other information also had this effect, as for example, the interviews with the three sisters and the eight casino employees.

[92] I conclude that the jury would have had the impression that Det. Sgt. Nealon's opinion about the respondent's guilt and about the credibility of Mr. Kong was based not only on his long experience as a police officer, but also on a body of information not disclosed to them. This impression compounded the seriousness of the omission of proper instructions that his opinion should be given no weight.

[93] Fourth, the Crown submits that the impact of the failure to give the proper limiting instructions was mitigated in this case by other instructions given by the judge. These instructions consist of a single, brief mid-trial instruction given during Det. Sgt. Nealon's testimony in relation to his use of Det. Morton's notes and several instructions that the jury must decide the case on the evidence it saw and heard in the courtroom.

[94] These instructions, in my view, did not mitigate the impact of the error in this case at all.

L'extrait du réinterrogatoire reproduit précédemment est indicatif de la probabilité que le jury comprenne que l'opinion du policier reposait sur tout ce qu'il avait fait, y compris de nombreux éléments qui n'avaient pas été mis en preuve. Il affirmait, en fait, que son opinion que l'intimé était coupable reposait, comme il l'a dit, sur [TRADUCTION] « [son] enquête [. . .] et les renseignements [qu'il] a obtenus ».

[91] Je partage l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel que ce témoignage a donné l'impression que l'opinion personnelle du témoin au sujet de la culpabilité de l'intimé reposait en partie sur un ensemble de renseignements qui n'avaient pas été présentés au jury. J'ajouterais qu'il a expressément été dit au jury que certains de ces renseignements (comme ceux obtenus de l'agent de renseignement de la PPO) corroboraient la version des faits de M. Kong, tandis qu'il ressortait implicitement du témoignage du policier que d'autres renseignements avaient également cet effet, par exemple les entretiens avec les trois sœurs et les huit employés du casino.

[92] Je conclus que les jurés auraient eu l'impression que l'opinion du sergent-détective Nealon au sujet de la culpabilité de l'intimé et de la crédibilité de M. Kong ne reposait pas uniquement sur sa longue expérience dans la police mais également sur un ensemble de renseignements qui ne leur avait pas été présentés. Cette impression ajoutait à la gravité de l'omission d'indiquer dans des directives appropriées qu'il ne fallait pas accorder de poids à cette opinion.

[93] Dans son quatrième argument, le ministère public soutient que d'autres directives du juge ont atténué les effets de son omission de donner les directives restrictives appropriées. Il s'agit en fait d'une seule et brève directive formulée en cours d'instance, se rapportant à l'utilisation par le sergent-détective Nealon, pendant son témoignage, des notes du détective Morton, et de plusieurs directives enjoignant au jury de fonder sa décision sur les éléments de preuve qui lui avait été présentés.

[94] À mon avis, ces directives n'ont absolument pas atténué l'effet de l'erreur en l'espèce. Le

Detective Sergeant Nealon's evidence was of course evidence that the jury saw and heard in the courtroom and fell within the judge's repeated admonition to the jury to consider all of the evidence in reaching their decision.

[95] Finally, the Crown argues that the failure of defence counsel to object should persuade us that the omission of the instruction had no impact on the outcome of the case. I do not accept this view.

[96] The failure to object is, of course, a relevant consideration in assessing the importance of a legal error as seen in the concrete reality of the trial. Thus, as this Court has held, defence counsel's failure to comment at the trial is worthy of consideration: *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 38; see also *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, and *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293. The failure to object may inform a court's conclusion on both the overall accuracy of an instruction and the seriousness and likely impact of the error. It is, however, only one consideration.

[97] The omission of the limiting instructions was a mistake, and there is no plausible argument, in my view, that the substance of the required instructions was addressed in other aspects of the charge. The failure to object, therefore, is of no assistance in determining the overall accuracy of the judge's directions. All other considerations, in my respectful view, support the Crown's concession that this error was serious and, in my view, there are strong reasons to think that the omission had a direct impact on the critical issue of the credibility of the respondent and Mr. Kong. So it becomes a question of whether the failure to object, on its own, should persuade us that there is no reasonable possibility that the error had any impact.

[98] In my respectful view, it should not. The inferences to the contrary are too compelling to allow this one factor to tip the balance.

témoignage du sergent-détective Nealon était à l'évidence un élément de preuve qui avait été présenté au jury, et il était donc visé par les directives répétées du juge selon lesquelles le jury devait fonder sa décision sur la totalité de la preuve.

[95] Enfin, le ministère public plaide l'absence d'objection de la part de l'avocat de la défense et nous invite à en conclure que l'omission de la directive n'a pas influé sur l'issue du procès. Je ne puis accepter ce raisonnement.

[96] Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'importance d'une erreur de droit compte tenu de la réalité concrète d'un procès, l'absence d'objection constitue, naturellement, un facteur pertinent. Notre Cour a indiqué qu'il y avait lieu de prendre en considération l'omission de l'avocat de la défense de faire des commentaires au procès : *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 38; voir aussi *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, et *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293. La conclusion formulée tant à l'égard de l'exactitude générale d'une directive qu'à l'égard des conséquences probables d'une erreur et de la gravité de celle-ci peut faire intervenir l'absence d'objection, mais il ne s'agit là que d'un facteur parmi d'autres.

[97] L'absence de directive restrictive constituait une erreur, et il est impossible, à mon avis, d'affirmer que la substance des directives nécessaires a été communiquée dans d'autres aspects des directives au jury. Par conséquent, le fait qu'il n'y ait pas eu d'objection n'est d'aucun secours pour l'appréciation de l'exactitude générale des directives du juge. Toutes les autres considérations étaient à mon avis la reconnaissance, par le ministère public, qu'il s'agissait d'une erreur grave, et selon moi, on peut sérieusement penser que l'omission a directement influé sur la question cruciale de la crédibilité de l'intimé et de M. Kong. Il faut donc se demander si l'absence d'objection, en elle-même, pourrait nous convaincre qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'erreur ait eu des conséquences.

[98] Selon moi, cette absence d'objection n'est pas convaincante. Les facteurs pointant vers la conclusion contraire sont trop déterminants pour que cette seule considération fasse pencher la balance.

[99] Of course, appellate courts will not look favourably upon counsel who deliberately fail to object to the charge for tactical reasons. However, there is nothing in the record here to indicate that the failure to object was a deliberate strategy. Like Sharpe J.A., for the majority in the Court of Appeal, and LeBel J. in his reasons in this Court, I do not think that the failure to object in this case may reasonably be viewed as a tactical decision by the defence. The trial judge had already cautioned the jury that they were not to use speculation to accept the defence's loanshark theory. A limiting instruction would not have further undermined the position of the defence. And a limiting instruction about the officer's opinion would not have in any respect undermined the defence.

[100] In my opinion, defence counsel's failure to object at trial in this case cannot on its own or in combination with other considerations assist the Crown in discharging its burden of showing that this serious legal error could not reasonably have had any impact on the verdict.

[101] To conclude, the omission of limiting instructions about the officer's opinion evidence, based in part on a body of information not otherwise before the jury, was a serious error that may well have directly affected the jury's assessment of the credibility not only of the respondent but of Mr. Kong. This error was not mitigated by other instructions. A proper instruction about this opinion evidence would not have undermined the defence, and it is impossible to say what impact a proper instruction would have had on the jury's deliberations. Like the majority of the Court of Appeal, I would conclude that the Crown has not discharged its heavy onus of showing that there is no reasonable possibility that the omitted instruction would have made no difference to the outcome of the case.

V. Conclusion

[102] I would dismiss the appeal.

[99] Il est certain que les avocats qui s'abstiennent délibérément de contester une directive pour des raisons d'ordre tactique ne trouvent pas grâce aux yeux des tribunaux d'appel. Rien dans le dossier de la présente espèce n'indique toutefois que l'absence d'objection s'inscrive dans une stratégie calculée. Comme le juge Sharpe, dans les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel, et comme le juge LeBel dans ses motifs, j'estime qu'il n'y a pas lieu de penser que l'absence d'objection participe en l'espèce d'une décision stratégique de la défense. Le juge du procès avait déjà averti le jury qu'il ne devait pas se fonder sur des hypothèses pour accepter la thèse des usuriers soutenue par la défense. Une directive restrictive n'aurait pas affaibli davantage la position de la défense. Et une directive restrictive concernant l'opinion du policier n'aurait d'aucune façon affaibli la défense.

[100] J'estime que, prise isolément ou combinée à d'autres facteurs, l'absence d'objection de l'avocat de la défense au procès ne peut en l'espèce aider le ministère public à s'acquitter du fardeau de prouver que la grave erreur de droit en cause ne pouvait raisonnablement avoir eu de répercussion sur le verdict.

[101] En conclusion, l'omission de donner une directive restrictive au sujet du témoignage d'opinion du policier fondé en partie sur un ensemble de renseignements qui n'avaient pas été présentés au jury constituait une erreur grave tout à fait susceptible d'influer sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité non seulement de l'intimé, mais aussi de M. Kong. La gravité de cette erreur n'a pas été atténuée par d'autres directives. La présentation d'une directive appropriée n'aurait pas causé préjudice à la défense, et il est impossible de dire quel effet une telle directive aurait eu sur les délibérations du jury. Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, j'estime que le ministère public ne s'est pas acquitté de sa lourde obligation de démontrer qu'il n'existe pas de possibilité raisonnable que l'omission de la directive aurait été sans conséquence sur l'issue du procès.

V. Conclusion

[102] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal allowed, BINNIE, FISH, CHARRON and CROMWELL JJ. dissenting.

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

Solicitor for the respondent: Joseph S. Wilkinson, Toronto.

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, FISH, CHARRON et CROMWELL sont dissidents.

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

Procureur de l'intimé : Joseph S. Wilkinson, Toronto.