



DAVID DONALD TANASICHUK

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Tanasichuk v. R., 2010 NBCA 68

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from conviction by the Court of Queen's
Bench following trial before a judge and jury:
April 22, 2009

History of Case :

Decision under appeal :
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 16 and 17, 2010

Judgment rendered:
September 23, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Quigg

DAVID DONALD TANASICHUK

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Tanasichuk c. R., 2010 NBCA 68

CORAM :

L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel de la déclaration de culpabilité prononcée
par la Cour du Banc de la Reine au terme d'un
procès devant juge et jury :
Le 22 avril 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Les 16 et 17 février 2010

Jugement rendu :
Le 23 septembre 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant :

David Donald Tanasichuk appeared in person

For the respondent:

William B. Richards

John Henheffer

THE COURT

The appeal from conviction is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant:

David Donald Tanasichuk a comparu en personne

Pour l'intimée :

William B. Richards

John Henheffer

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

BELL J.A.

I. Introduction

[1] On January 26, 2003, the appellant reported to the police that his wife, Maria Tanasichuk, was last seen on January 12 of that year. On May 20, 2003, a sawed-off .22 calibre rifle was found in the woods in an area behind the Portage Restaurant in Miramichi. On June 28, 2003, Ms. Tanasichuk's fully-clothed decomposed body was found covered in brush in a wooded area behind the same restaurant.

[2] The appellant was eventually charged with first degree murder, an offence set out in s. 235(1) of the *Criminal Code*, 1985, R.S.C., c. C-46. On February 10, 2005, a jury found him guilty of the offence as charged, for which he was sentenced to the mandatory term of life imprisonment. Mr. Tanasichuk appealed. In a decision reported as *R. v. Tanasichuk*, 2007 NBCA 76, (2007), 321 N.B.R. (2d) 44, (*Tanasichuk I*), the Court allowed the appeal, overturned the conviction and ordered a new trial. On April 22, 2009, a jury again found the appellant guilty of murder in the first degree. Mr. Tanasichuk again appeals against conviction.

[3] The case against the appellant was entirely circumstantial.

[4] The appellant raises numerous grounds of appeal, which can be condensed into the following:

1. The trial judge erred in failing to provide a two-stage instruction to the jury, as it relates to post-offence conduct and other evidence demonstrating lies;
2. His right to a fair trial was breached when the investigating police officer, Sgt. Brian Cummings, who

had already testified, a) interviewed a potential witness during a *voir dire*, and b) relayed information about the appellant to a potential witness; and

3. The trial judge erred in failing to hold a *voir dire* in order to determine whether there existed independent evidence of fabrication before admitting post-offence conduct of the appellant and third-party evidence demonstrating the appellant lied on earlier occasions.

[5] For the reasons set out below I would dismiss the appeal.

A. *Two-stage instruction regarding post-offence conduct and other evidence demonstrating lies*

[6] The appellant says the trial judge erred by failing to provide a two-stage instruction to the jury, as it relates to post-offence conduct and other evidence which purports to demonstrate he lied on earlier occasions concerning the circumstances of the offence. The two-stage instruction he claims is necessary is one in which the jury is first informed that it must be satisfied the accused lied about some relevant fact and was not merely mistaken and, second, that the evidence of lies does not constitute an inference of guilt unless there is independent evidence of fabrication or concoction for the purpose of escaping criminal liability for the offence charged. The appellant draws a parallel between the jury instruction necessary for evidence demonstrating lies and a false alibi. Although I am not satisfied the purported lies told by the appellant in this case rise to the defence of alibi, I agree with his contention that a two-stage jury instruction is required. The jury instruction required in the case of a false alibi is clear. If an alibi (the lie) is disbelieved and rejected, it cannot be used to infer guilt unless there is independent evidence of concoction or deliberate fabrication for the purpose of escaping criminal liability for the offence charged. This approach is summarized in *R. v. O'Connor (P.)*

(2002), 62 O.R. (3d) 263, [2002] O.J. No. 4410 (C.A.) (QL), a case in which the defence of alibi was raised:

It is well settled that there is a distinction between an alibi that is disbelieved and, therefore, rejected and an alibi that is found to be concocted or deliberately fabricated. The former has no evidentiary value; the latter can constitute evidence from which an inference of guilt may be drawn: *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, 163 C.C.C. (3d) 129 at pp. 148-52; *R. v. Coutts* (1998), 40 O.R. (3d) 198, 126 C.C.C. (3d) 545 (C.A.) (leave to appeal dismissed), [1998] S.C.C.A. No. 450 (Quicklaw); and *R. v. Blazeiko* (2000), 48 O.R. (3d) 652, 145 C.C.C. (3d) 557 (C.A.). In *R. v. Hibbert*, Arbour J. made it clear at p. 151 C.C.C. that "[e]ven if an alibi is advanced by the accused himself and is rejected, the finding that the alibi is untrue cannot serve to corroborate or complement the case for the prosecution, let alone permit an inference that the accused is guilty." However, where the Crown adduces evidence from which it can be inferred that an accused fabricated an alibi, that evidence is capable of supporting an inference of guilt. [para. 17]

[7] After summarizing much of the evidence in which the appellant provided apparently contradictory versions of events, the trial judge instructed the jury as follows:

THE COURT: [...] Therefore, members of the jury, it is for you to consider whether those statements, which I've reviewed and there may be others but the ones that I have reviewed, made by Mr. Tanasichuk allegedly, in light of all of the evidence which was presented in this case lead you to conclude that David Tanasichuk was being untruthful when he made them. Untruthful as opposed to him simply being confused or mixed up due to his drug use or embarrassed due to the fact that he was having marital difficulties and perhaps didn't want to reveal them. If after a full consideration of all of the evidence you do come to the conclusion that you disbelieve those statements as to Maria's whereabouts when she left, where she went, etcetera, if you disbelieve those statements or in other words you decide that he was lying, I want to direct you that this in itself does not provide affirmative evidence which the Crown can use in advancing its case. It is not

evidence that the Crown can rely on in proving their case. In other words, the lies do not provide evidence of his guilt. However, having said that, it may constitute evidence going to his guilt if you find that there is independent evidence from the circumstances surrounding the making of the statements and the nature of the statements themselves, which may lead you to believe that these statements were not only lies but that they were deliberately fabricated. The independent evidence that I am describing or I am speaking of is that evidence – is not, is not, I repeat, that evidence that discredits or contradicts the statements he gave, which may have led you to the belief that he was lying. Specifically, for instance, the testimony of Amanda Mallaley. I'm sorry that I keep saying Mallaley, Amanda Malley or the evidence of the Cathy Perry, that is the evidence, if you did decide to accept it, that may lead you to conclude, and it's always up to you, that Mr. Tanasichuk was lying. But the independent evidence that I'm talking about is the evidence arising from the circumstances which prevailed, the circumstances which surrounded the making of the statements and that can provide independent evidence that will be up to you as well.

[...]

You may also consider the nature of the respective statements provided by Mr. Tanasichuk. There were details, consider whether they were details as to the time, place and circumstances surrounding her disappearance, as well as any other evidence you consider independent and pertinent to the issue of whether the statements in question were deliberately fabricated by him in order to mislead or with the intent to divert or deflect suspicion from himself. Should you make that determination and that is your determination to make one way or another but if you make the determination that David Tanasichuk fabricated or concocted the statements that he made concerning Maria's whereabouts, then and only then you will be able to use this as evidence together with all of the other evidence presented in this case in deciding whether the Crown has proven Mr. Tanasichuk's guilt beyond a reasonable doubt. So in closing on that issue, members of the jury, evidence of post-offence conduct like any piece of circumstantial evidence can be subject to competing interpretations. Like competing interpretations it is up to you to draw the inferences that you think are appropriate from the evidence.

Thus consider the Crown's evidence as well as any explanations which the evidence may disclose to you as to why this would have been done. You should reserve your final judgment about the meaning of David Tanasichuk's conduct, post-offence conduct after the timeframe in question until all of the evidence has been considered in the normal course of your deliberations. Simply put, this post-offence conduct must be weighed by you in light of all the evidence to determine whether the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt. [...] [transcript April 20, 2009, pp. 123-127]

[Emphasis added.]

[8] I am of the view the presiding judge's instruction is a full answer to the appellant's claim that she failed to provide a two-stage instruction. On two occasions in the above excerpt, the presiding judge reminds the jury that evidence of lies is not to be used by them, unless independent evidence of fabrication or concoction exists. In addition, she gives examples of what would constitute independent evidence of concoction.

B. *Trial fairness*

(1) Interview of witness by Sergeant Cummings

[9] Erica Foley testified at the appellant's first trial. In the course of the second trial she advised Crown counsel she had new information which she had not previously disclosed. Sergeant Brian Cummings, one of the lead investigators who had already testified, was subject to recall, and was aware of a witness exclusion order. He met with Ms. Foley for purposes of taking her new statement. The presiding judge criticized this practice. She said:

THE COURT: [...] – there's at least one aspect of the circumstances surrounding this late disclosure that gives rise to a concern about the fairness of the trial. And that is that the statement was taken by a police officer in this case who was one of the, if not the principal investigator in this

case, and this statement was taken when he was the subject to a witness exclusion order and he had also been stood down. Certainly this is a practice that should be strongly discouraged. I find that it was inappropriate. [...] [transcript April 8, 2009, pp. 9-10]

[10] The presiding judge's observations were made in the course of a *voir dire* to determine whether a portion of Ms. Foley's proposed testimony regarding her interaction with the appellant should be put to the jury. The presiding judge concluded part of the proposed testimony raised the issue of bad character and ruled it was too prejudicial to be admitted into evidence. As a result, the Crown chose not to call Ms. Foley.

[11] Regardless of one's view about the appropriateness of Sgt. Cummings' continued efforts to investigate the matter, I fail to appreciate how trial fairness is impacted by evidence which is not led, and a potential witness not called. I would conclude this ground of appeal is without merit.

(2) Sgt. Cummings' sharing of personal information about the appellant

[12] The appellant contends trial fairness was also affected because Sgt. Cummings informed a potential witness that he [the appellant] had bragged about having "ripped the witness off on a pound of weed." Apparently, upon being informed about such claims, the witness was willing to testify about a drug deal that took place in Saint John between him and the appellant. That testimony would have demonstrated to the jury that the appellant, contrary to his earlier assertions, was in Saint John for a purpose other than to look for his missing spouse.

[13] The presiding judge ruled the proposed testimony would elicit bad character evidence and refused to admit it. Once again, I fail to see how evidence, even if obtained by some tainted process, which is not at all evident in this case, can impact upon

trial fairness if it is ruled inadmissible by the presiding justice. This ground of appeal must also fail.

C. *Must the Crown establish independent evidence of fabrication or concoction at a voir dire before the presiding judge may permit evidence (post-offence conduct and third party) demonstrating lies to go to the jury?*

[14] The appellant's arguments with respect to this third ground bring into sharp focus the extent to which the presiding judge should be permitted to usurp the function of the jury. The appellant's submissions, if accepted, would result in inordinate delays and the potential usurpation of the jury's function.

[15] The appellant contends that no evidence, whether it is his own post-offence conduct or evidence from third parties, which demonstrates he lied about the circumstances of the offence, should have been permitted to go to the jury without the Crown having first established, on a *voir dire*, independent evidence of fabrication. Although 14 statements made by the appellant (three to persons in authority and 11 to others) were subjected to *voir dire*s, no *voir dire* was held to establish independent evidence of fabrication. In fact, the following excerpts from the *voir dire* transcripts and the pre-charge conference demonstrate the presiding judge was of the view the issue of fabrication could be left to the close of the case:

THE COURT: The other thing just as I was reading through that was coming to mind was the characterization in the brief of the voluntary statement/post offence conduct.

[...]

[...] the next heading [is] voluntary statement/fabrication.
[...] I'm just telling you the possibilities because I have not decided what I'm going to do with these statements and I won't decide until the very end.

[...]

MR. MUNRO [DEFENCE COUNSEL]: Well, Madame Justice, actually just to comment on that because I was thinking the same thing and you actually mentioned it at the outset of this *voir dire*, I think it was last week [...] saying [...] it's an argument at the end of the day [for] a jury to determine [the] weight given to a particular position. [transcript, Aug. 28, 2008, pp. 245-246]

[Emphasis added.]

[16] After the close of both the Crown and defence cases on April 14, 2009, the following exchange, once again, demonstrates that Crown, defence and the presiding judge were all of one mind, in that the search for independent evidence of concoction must occur at the close of the case in order that the jury can be properly instructed:

THE COURT: They [the Court in *Tanasichuk I*] intimate that the – there was a – an error in the jury charge and that lying – that – that – that the jury should have been told that even if you find, or even if you conclude that there are lies, that you can only go further and draw an inference of guilt from those lies if there is concoction or fabrication.

MR. RICHARDS: Right.

THE COURT: And that you need the independent evidence of concoction or –

MR. RICHARDS: Right.

[...]

THE COURT: Well how – how – how broad are you saying that that extends? That the – independent evidence of – of concoction and fabrication?

MR. RICHARDS: What I –

THE COURT: What is your independent [...] evidence? [transcript pp. 38, 40]

[Emphasis added.]

[17] When the presiding judge asked the Crown to identify its “independent evidence,” she signalled she had not heretofore directed her mind to the issue of independent evidence of concoction or fabrication.

[18] The evidence admitted at trial (including post-offence conduct and third party evidence) demonstrated, among other things, the following (In this summary I use the name “Maria” in place of Ms. Tanasichuk. I mean no disrespect to either the appellant or Ms. Tanasichuk but am simply using the nomenclature employed by the various witnesses whose testimony is being summarized, which language was also employed by the appellant in his arguments before the Court.):

- On January 16, 2003, at approximately 2:00 p.m. Donald Malley observed the appellant at the intersection of a street and an all terrain vehicle/snowmobile trail which led to the back of the Portage Restaurant, an area the appellant and Maria were known to frequent when travelling on their all-terrain vehicles. Mr. Malley had known the appellant for twenty years. Mr. Malley stopped, sounded his horn and waved at the appellant but received no response. According to Mr. Malley the appellant just stared straight ahead.
- On January 16, the appellant informed Darlene Gertley that Maria had “gone to a christening with Cathy and Pauline, or Sandy and Pauline.” Maria had two friends who lived together, Sandra Daigle and Pauline Foley. Ms. Daigle testified that neither she nor Ms. Foley attended a christening or baby shower with Maria at any time.
- Between January 10 and January 16, the appellant sold or pawned jewelry which was the same as, or similar to, Maria’s jewelry. The appellant later told police that Maria had taken her jewelry with her when she left for Saint John.

- On January 19, the appellant informed Darlene Gertley that “Maria had taken a bus to Saint John that afternoon ‘to some Cathy girl’s house.’” Cathy Perry, who had been a friend of Maria’s when she lived in Saint John, testified that Maria phoned on January 10 but she never saw or heard from her again and they had made no plans to meet.
- On January 20, the appellant informed Ms. Gertley that Maria had “just left yesterday.”
- On January 21, 2003, the appellant informed Ms. Robichaud, his addiction counselor, that Maria had gone to Saint John for the week.
- On January 22, Ms. Gertley observed “B.J.’s devil doll” lying on the bed. Ms. Gertley was aware of the significance of the doll to Maria (it belonged to her late son), and that Maria had said she would “never leave home without it.” In responding to an inquiry made by Ms. Gertley about the “devil doll,” the appellant slammed the door shut and said “that’s not the B.J. devil. It’s a teddy bear from the kids upstairs.” The appellant later admitted to police that the devil doll observed by Ms. Gertley was indeed the doll that belonged to Maria.
- The appellant informed Ms. Gertley sometime between the 24th and 26th of January that Maria had been missing since January 12. This contradicted his earlier statements that she had been missing since the 19th. Furthermore, when Ms. Gertley confronted the appellant that Maria could not have been missing since the 12th, because he (the appellant) had told her that Maria had gone to a christening with Sandy or Pauline on the 16th, the appellant responded that that was not true. He claimed he had actually said that Maria had gone to “Amanda Malley’s baby shower.” The respondent led evidence that

Amanda Malley's baby shower was held on November 4, 2002, several months before Maria went missing.

- On or about January 24, the appellant sold Maria's three-wheeler to Mr. Brian Smith for \$400.00.
- On January 24, the appellant told Maria's sister, Sharon Carroll that Maria was not home because his addiction counselor had recommended a period of six or seven days apart. The addiction counselor testified she had never made such a recommendation.
- On January 25, in response to an inquiry by one Lisa Marie Haché, the appellant advised that Maria had left on the 20th of January. In response to Ms. Haché's question about whether he had heard from Maria, the appellant started to cry and said "how the f...in' would I like it if every time I went to the bathroom to have a shit and somebody was there to watch you, and every time the f...in' phone rang and Darren (Lisa's husband) would ask me who was it and where are you going and...."
- On January 25, the appellant sold a lady's diamond ring to Richard Chapman. The ring was later identified as being the same as Maria's.
- On January 26, the appellant called Joanne Young Gallant, a dispatcher for the Miramichi Police Force, and informed her that Maria had been missing since January 14. The appellant informed Ms. Gallant they were having troubles and Maria was going via bus to a friend's place in Saint John. In total, the appellant provided four different dates for Maria's disappearance: January 12, 14, 19 and 20.
- On January 26, the appellant, in response to a question posed by Cst. Seeley, acknowledged he had not seen his spouse since January 12. He informed her that his counselor had suggested that they take

some time apart, and that Maria had gone to see her friend Cathy in Saint John.

- The appellant, in response to a follow-up inquiry from Cst. Seeley, confirmed that Maria had gone missing on January 12. Cst. Seeley had felt it necessary to verify the date, since the original report to the communication staff at the Miramichi Police Force indicated Maria had been missing since January 14.
- Dave Crase of Global News interviewed the appellant in late January of 2003. The appellant indicated he had travelled to Saint John to look for his wife. The interview was aired on the late evening news of January 28, 2003.
- On January 27, the appellant again confirmed that Maria had been missing since January 12, a statement which conflicts with Ms. Gertley's testimony that she had seen Maria on January 13, and had spoken to her on January 14 and 15.
- The appellant informed police that, on January 11, he called Maria from a pay phone in the foyer of the Chatham Atlantic Super Value to see if she wanted him to pick up anything. She told him that she did not need anything. The respondent led evidence that there was only one pay phone in the foyer of the store; however, telephone records reveal that no phone calls were made in the month of January from the Super Value pay phone to the Tanasichuk residence.
- The appellant told police that Maria indicated she would be gone for about a week and that she would not call him. She also advised that she was looking forward to seeing her former brother-in-law, Timmy, and her friend Cathy. The respondent led evidence that Maria's former brother-in-law was Tim Rackley who lives in Saint John, and

that he and Maria had remained close friends. Tim Rackley testified he had not heard from Maria, and that if she had come to Saint John she would have looked him up, as she always had in the past.

- The appellant informed the police that on January 12 he worked on his three-wheeler at Donny Trevor's house and arrived home at approximately 5:00 p.m. Maria was gone when he arrived. He stated that he is certain the last time he saw her was on January 12.
- The appellant acknowledged that the Red Devil teddy bear that Darlene Gertley saw on January 22 was in fact Maria's son's "devil doll".
- The appellant advised the police that Maria wore a lot of jewelry and she did not leave behind any that she normally wears. He indicated that he believed that she would have been wearing between 15 to 20 rings when she left. The respondent led evidence that similarly described jewelry had been sold or pawned.
- The appellant stated that he tried to contact Maria via telephone around January 16, both locally and by long distance. Telephone records reveal that no long distance calls were placed from the Tanasichuk residence after January 15 until the afternoon of January 26.
- After advising Leslie Allen that "they are getting close, we've got to move the body, they are going to find her," the appellant telephoned Ms. Allen the next day to advise that he was joking around. The respondent led evidence that when the appellant made that statement, the police were searching in the general area where Maria was eventually found.

[19] An accused's post-offence conduct (including statements) can demonstrate he or she lied on an earlier occasion. Similarly, evidence from third parties can demonstrate an accused lied. The issue on this appeal is whether a *voir dire* must be held to establish independent evidence of fabrication before evidence demonstrating the lies is admitted at trial. The two leading cases on post-offence conduct are *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, [1994] S.C.J. No. 5 (QL) and *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, [1998] 2 S.C.J. No. 57 (QL), both of which were penned by Major, J. In *Arcangioli* the accused was seen leaving the scene of the crime. He admitted the *actus reus* of a crime (common assault by punching) arising from an incident where several people assaulted the victim, but denied the offence with which he was charged (aggravated assault by stabbing). Major, J. concluded the jury should have been instructed that the flight from the scene could not be attributed to the offence being tried and therefore raised no inference of guilt. The evidence of flight, which was admitted without a *voir dire*, therefore attracted a no-probative value instruction from the presiding judge.

[20] In *White* the accused were charged with murder. They sought a no-probative value instruction in relation to their post-offence conduct, which included flight and concealment. They argued their conduct was equally consistent with parole violations and bank robberies unrelated to the murder charge. In *White*, Major, J. noted that the issue in that case was the accused identity as killers and not their degree of fault. As a result there was no need for a no-probative value instruction. In the present case, while unrelated to the appeal as framed, I note that the appellant's identity as the killer is the issue. Based upon *White*, it would follow that the post-offence conduct at issue in this case would not, regardless of this Court's conclusion on the issue raised on appeal, attract a no-probative value instruction. As was the case in *Arcangioli*, I note the trial judge in *White* did not hold a *voir dire* to determine whether there was independent evidence of fabrication before admitting the post-offence conduct. The law with respect to the admissibility of post-offence conduct evidence, including evidence that the accused lied, is summarized in *White*:

Evidence of post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence. In

some cases it may be highly incriminating, while in others it might play only a minor corroborative role. Like any piece of circumstantial evidence, an act of flight or concealment may be subject to competing interpretations and must be weighed by the jury, in light of all the evidence, to determine whether it is consistent with guilt and inconsistent with any other rational conclusion.

It has been recognized, however, that when evidence of post-offence conduct is introduced to support an inference of consciousness of guilt it is highly ambiguous and susceptible to jury error. As this Court observed in *Arcangioli*, the danger exists that a jury may fail to take account of alternative explanations for the accused's behaviour, and may mistakenly leap from such evidence to a conclusion of guilt. In particular, a jury might impute a guilty conscience to an accused who has fled or lied for an entirely innocent reason, such as panic, embarrassment or fear of false accusation. Alternatively, the jury might determine that the conduct of the accused arose from a feeling of guilt, but might fail to consider whether that guilt relates specifically to the crime at issue, rather than to some other culpable act. [paras. 21-22]

[Emphasis added.]

[21] In neither *Arcangioli*, nor *White*, did the Court mention the need to subject to a *voir dire*, post-offence conduct demonstrating the accused lied. However, one can conclude from the following excerpt from *White* that the Court anticipated the establishment of a threshold before which the presiding judge is permitted to instruct the jury regarding lies and the evidence demonstrating the lies:

Whether a jury should be permitted to consider evidence of post-offence conduct will depend on the facts of each case. The question that should be asked at the outset is: What does the Crown seek to prove by means of the evidence? An admission by the accused may have the effect of narrowing the issue in dispute considerably, as was the case in *Arcangioli*. If, as a result of such an admission, the accused's conduct can no longer be attributed to the offence being tried rather than some other offence, then the jury should be so instructed. The evidence of post-offence conduct may still be used by the jury for other purposes

where appropriate, for example to connect the accused to the scene of the crime or to a piece of physical evidence, or to undermine the credibility of the accused generally.

As a general rule, it will be for the jury to decide, on the basis of the evidence as a whole, whether the post-offence conduct of the accused is related to the crime before them rather than to some other culpable act. It is also within the province of the jury to consider how much weight, if any, such evidence should be accorded in the final determination of guilt or innocence. For the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of the jury's exclusive fact-finding role. Consequently, a "no probative value" instruction like the one required in *Arcangioli* will be called for only in limited circumstances. [paras. 26-27]

[Emphasis added.]

[22] The appellant cites *O'Connor* and *Tanasichuk I* in support of his contention that the threshold determination must be made following a *voir dire* in the absence of the jury. I note, however, that Major J. cautions presiding judges against usurping the role of the jury. I also note that in *O'Connor*, the Court makes no reference to either *White* or *Arcangioli* where *voir dire*s were clearly not required. The appellant contends the following excerpt from the reasons for decision in *Tanasichuk I* supports his view that a *voir dire* is required:

In a jury trial, this rule of evidence requires a trial judge to make a threshold determination that there is independent evidence upon which a jury could find the exculpatory statement to have been concocted before the jury can be invited to draw an inference of consciousness of guilt. If the admissibility issue is resolved in favour of the Crown, it becomes incumbent on the trial judge to properly instruct the jury on the use that can be made of the evidence.

On the admissibility issue, the difficulty is often to determine what may constitute independent evidence of fabrication [...]. [paras. 63 and 64]

[Emphasis added.]

[23] The appellant contends that the admissibility issue referred to by Richard, J.A. must be resolved prior to the evidence being called. That, according to him, can only be accomplished by way of a *voir dire*. The question which arises as a result of *Tanasichuk I* is whether the trial judge is required to make a threshold determination of whether there is independent evidence of concoction before the evidence demonstrating lies is admitted, or whether the threshold determination can be made prior to providing instructions to the jury at the close of the case.

[24] I am satisfied that the “admissibility issue” referred to by the Court in *Tanasichuk I* is synonymous with the “threshold determination” referred to earlier in the same paragraph [63]. The threshold determination which the presiding judge must make is one of assessing whether there is “some evidence” upon which the trier of fact could conclude there exists independent evidence of concoction. After having reviewed the whole of the evidence, if the presiding judge is so satisfied, it is incumbent upon him or her to provide the two-stage instruction referred to earlier in these reasons. If the presiding judge is not satisfied there is some independent evidence of concoction he or she must advise the jury that the evidence of lies cannot be used to infer guilt.

[25] I am of the view the approach taken by the presiding judge in this case is consistent with the law set out in *Arcangioli*, *White*, and *Tanasichuk I*. Having concluded there existed some independent evidence of concoction following her discussions with counsel in the pre-charge conference, she put the evidence demonstrating the appellant had lied and the independent evidence of concoction to the triers of fact. Appropriately, it was for them to ultimately decide both of those issues.

D. *Summary*

[26] I am satisfied, based upon all of the above, that it is not necessary to hold a *voir dire* for purposes of establishing the existence of independent evidence of fabrication before admitting post-offence conduct or other evidence that demonstrates the accused lied on an earlier occasion. Such matters may be dealt with when the presiding judge

instructs the jury at the close of the case. To conclude otherwise would permit the trier of the law to withhold evidence from the trier of fact, evidence the Crown considers relevant, before the close of the Crown's case and prior to any knowledge of whether the accused intends to testify. Should the Crown's case not live up to expectations, it would be incumbent upon the presiding judge to caution the jury that evidence of lies, absent independent evidence of fabrication, is not evidence from which they can infer guilt. Obviously, the evidence of those lies can still be used to neutralize exculpatory statements of the accused. Any potential juror confusion arising from such an approach would be no more problematic than that which would flow from a no-probative value instruction of the type provided in *Arcangioli*.

E. *Disposition*

[27]

I would dismiss the appeal from conviction.

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] Le 26 janvier 2003, l'appelant a signalé à la police que son épouse, Maria Tanasichuk, était disparue depuis le 12 janvier de la même année. Le 20 mai 2003, un fusil à canon tronqué de calibre 22 a été trouvé dans les bois situés derrière le restaurant Portage à Miramichi. Le 28 juin 2003, le corps en décomposition de M^{me} Tanasichuk, entièrement vêtu, a été découvert, couvert de broussailles, dans un secteur boisé derrière le même restaurant.

[2] L'appelant a par la suite été accusé de meurtre au premier degré, infraction décrite au par. 235(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le 10 février 2005, un jury l'a déclaré coupable de l'infraction dont il avait été inculpé et il a été condamné à la peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité. M. Tanasichuk a interjeté appel. Dans une décision répertoriée sous l'intitulé *Tanasichuk c. R.*, 2007 NBCA 76, 321 R.N.-B. (2^e) 44 (*Tanasichuk I*), la Cour a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le 22 avril 2009, un jury l'a de nouveau déclaré coupable de meurtre au premier degré. M. Tanasichuk interjette appel encore une fois de cette déclaration de culpabilité.

[3] La preuve contre l'appelant était entièrement circonstancielle.

[4] L'appelant soulève de nombreux moyens d'appel qui peuvent se résumer comme suit :

1. La juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives en deux temps en ce qui

concerne la preuve de la conduite postérieure à l'infraction et la preuve de mensonges.

2. Son droit à un procès équitable a été violé lorsque le policier chargé de l'enquête, le sergent Brian Cummings, qui avait déjà témoigné : a) a interrogé un témoin éventuel au cours d'un voir-dire; b) a communiqué des renseignements concernant l'appelant à un témoin éventuel.
3. La juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas un voir-dire pour déterminer s'il existait une preuve indépendante de fabrication avant d'admettre la preuve concernant la conduite de l'appelant après l'infraction et la preuve de tiers démontrant que l'appelant avait déjà menti auparavant.

[5] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis de rejeter l'appel.

A. *Directives en deux temps concernant la preuve de la conduite postérieure à l'infraction et la preuve de mensonges*

[6] L'appelant soutient que la juge du procès a fait erreur en ne donnant pas au jury des directives en deux temps en ce qui concerne la preuve de la conduite postérieure à l'infraction et la preuve censée démontrer qu'il avait menti à d'autres occasions concernant les circonstances de l'infraction. Selon lui, les directives en deux temps sont nécessaires et forment un processus où le jury est informé en premier lieu qu'il doit être convaincu que l'accusé a menti à propos de certains faits pertinents et ne s'est pas simplement trompé et, en deuxième lieu, que la preuve des mensonges ne constitue pas une inférence de culpabilité à moins qu'il n'existe une preuve indépendante de fabrication ou d'invention dans le but d'éviter la responsabilité criminelle pour

l'infraction imputée. L'appelant établit un parallèle entre la directive au jury qui s'impose à l'égard de la preuve de mensonges et un faux alibi. Bien que je ne sois pas convaincu que les prétendus mensonges de l'appelant en l'espèce permettent d'invoquer la défense d'alibi, je souscris à son affirmation suivant laquelle des directives en deux temps sont nécessaires. La directive au jury qui s'impose dans le cas d'un faux alibi est claire. Si un alibi (le mensonge) n'est pas tenu pour vrai et est rejeté, il ne peut être utilisé pour inférer la culpabilité à moins qu'il n'existe une preuve indépendante d'invention ou de fabrication délibérée dans le but d'éviter la responsabilité criminelle pour l'infraction imputée. Cette démarche est résumée dans *R. c. O'Connor* (2002), 62 O.R. (3d) 263, [2002] O.J. No. 4410 (C.A.) (QL), une affaire dans laquelle la défense d'alibi a été soulevée.

[TRADUCTION] Il est bien établi qu'il existe une distinction entre un alibi auquel on n'ajoute pas foi et qui est donc rejeté et un alibi dont on conclut qu'il a été inventé ou délibérément fabriqué. Le premier n'a aucune valeur probante alors que le deuxième peut constituer un élément de preuve sur lequel s'appuyer pour tirer une inférence de culpabilité :¹ *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, 163 C.C.C. (3d) 129, aux pages 148 à 152 (C.S.C.); *R. c. Coutts* (1998), 40 O.R. (3d) 198, 126 C.C.C. (3d) 545 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée), [1998] C.S.C.R. n° 450 (QL); et *R. c. Blazeiko* (2000), 48 O.R. (3d) 652, 145 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Ont.). [...] Dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, la juge Arbour a clairement dit, [au par. 62, R.C.S.], que « [m]ême si l'alibi est invoqué par l'accusé lui-même et est rejeté, la conclusion que l'alibi est faux ne peut pas servir à corroborer ou à compléter la preuve de la poursuite ni, à plus forte raison, permettre d'inférer que l'accusé est coupable ». Toutefois, lorsque le ministre public produit un élément de preuve à partir duquel il est permis d'inférer qu'un accusé a fabriqué un alibi, cet élément de preuve peut étayer une inférence de culpabilité.

[Par. 17]

[7] Après avoir résumé une bonne partie de la preuve dans laquelle l'appelant a fourni des versions apparemment contradictoires des faits, la juge du procès a expliqué ce qui suit au jury :

[TRADUCTION]

LA COUR : [...] Par conséquent, membres du jury, il vous revient d'examiner la question de savoir si ces déclarations, que j'ai passées en revue, et il se peut qu'il y en ait d'autres, mais celles que j'ai passées en revue, qui auraient été faites par M. Tanasichuk, à la lumière de toute la preuve présentée dans la présente affaire, vous amènent à conclure que David Tanasichuk mentait lorsqu'il les a faites, à savoir qu'il mentait et qu'il n'était pas simplement embrouillé ou désorienté parce qu'il consommait de la drogue ou embarrassé parce qu'il avait des problèmes conjugaux et que, peut-être, il ne voulait pas les révéler. Si, après avoir bien examiné toute la preuve, vous parvenez à la conclusion que vous ne croyez pas ces déclarations quant aux allées et venues de Maria, à savoir quand elle est partie, où elle est allée, etc., si vous ne croyez pas ces déclarations ou si, en d'autres termes, vous croyez qu'il mentait, je veux vous informer que cela ne constitue pas en soi une preuve de corroboration que le ministère public peut utiliser pour faire progresser sa cause. Il ne s'agit pas d'une preuve sur laquelle le ministère public peut s'appuyer pour prouver sa cause. Autrement dit, les mensonges ne constituent pas la preuve de sa culpabilité. Ceci dit, cela peut toutefois constituer une preuve menant à sa culpabilité si vous concluez qu'il existe une preuve indépendante, découlant des circonstances qui ont donné lieu à la fabrication des déclarations et de la nature des déclarations elles-mêmes, qui peut vous amener à croire que ces déclarations n'étaient pas seulement des mensonges mais aussi qu'elles ont été délibérément fabriquées. La preuve indépendante que je décris ou dont je vous parle est une preuve – n'est pas, n'est pas, je le répète, une preuve qui discrédite ou contredit les déclarations qu'il a faites, qui peut vous avoir amenés à croire qu'il mentait. Plus particulièrement, par exemple, le témoignage d'Amanda Mallaley – je suis désolée, je continue de dire Mallaley – Amanda Malley ou celui de Cathy Perry, soit la preuve, si vous avez décidé en fait de l'accepter, qui peut vous amener à conclure, et c'est toujours une décision qui vous revient, que M. Tanasichuk mentait. Mais la preuve indépendante dont je parle est la preuve qui découle des circonstances qui existaient à l'époque, des circonstances qui ont donné lieu aux déclarations et qui peuvent fournir une preuve indépendante si vous décidez qu'il en est ainsi également.

[...]

Vous pouvez également examiner la nature de chacune des déclarations faites par M. Tanasichuk. Des précisions ont été apportées. Vérifiez s'il s'agissait de précisions qui ont été apportées quant au moment, à l'endroit et aux circonstances de sa disparition, tenez compte aussi de toute autre preuve que vous considérez indépendante et pertinente quant à la question de savoir si les déclarations en question ont été fabriquées délibérément par l'accusé afin de tromper ou dans le but de détourner les soupçons. Si vous décidez que tel est le cas, et il vous revient de décider si tel était le cas ou non, mais si vous décidez que David Tanasichuk a fabriqué ou inventé les déclarations qu'il a faites concernant les allées et venues de Maria, dans ce cas, et dans ce cas seulement, vous pourrez les utiliser comme preuve avec tous les autres éléments de preuve présentés dans la présente affaire pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Tanasichuk est coupable. Donc, en terminant, membres du jury, la preuve relative à la conduite postérieure à l'infraction, comme tout élément de preuve circonstancielle, peut faire l'objet d'interprétations divergentes. Comme dans le cas des interprétations divergentes, il vous revient de tirer de la preuve les inférences que vous croyez appropriées. Ainsi, vous pouvez tenir compte de la preuve du ministère public, ainsi que des explications que la preuve peut révéler quant à la raison pour laquelle il aurait agi ainsi. Vous devriez réserver le jugement définitif concernant la signification de la conduite de David Tanasichuk, la conduite postérieure à l'infraction, après la période en question, jusqu'à ce que vous ayez examiné toute la preuve dans le cours normal de vos délibérations. En termes simples, vous devez évaluer la conduite postérieure à l'infraction à la lumière de toute la preuve pour déterminer si le ministère public a établi le bien-fondé de sa cause hors de tout doute raisonnable. [...]
[Transcription, 20 avril 2009, pages 123 à 127.]
[Je souligne.]

- [8] Je suis d'avis que les directives de la juge président le procès constituent une réponse complète à la prétention de l'appelant selon laquelle elle n'avait pas donné de directives en deux temps. À deux occasions dans l'extrait ci-dessus, la juge rappelle aux membres du jury qu'ils ne doivent pas utiliser la preuve des mensonges, à moins

qu'il n'existe une preuve indépendante de fabrication ou d'invention. De plus, elle donne des exemples de ce qui constitue une preuve indépendante d'invention.

B. *Équité du procès*

(1) Interrogation du témoin par le sergent Cummings

[9] Erica Foley a témoigné au premier procès de l'appelant. Au cours du deuxième procès, elle a informé l'avocat du ministère public qu'elle avait de nouveaux renseignements qu'elle n'avait pas divulgués précédemment. Le sergent Brian Cummings, l'un des principaux enquêteurs qui avait déjà témoigné, était susceptible d'être rappelé et il savait qu'une ordonnance d'exclusion comme témoin le visait. Il a rencontré M^{me} Foley pour recueillir sa nouvelle déclaration. La juge président le procès a réprouvé cette façon de procéder. Elle a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR : [...] – Il y a au moins un aspect des circonstances de cette dernière divulgation qui soulève un doute quant à l'équité du procès, à savoir que la déclaration a été recueillie par un policier qui, en l'espèce, était l'un des principaux enquêteurs, sinon le principal enquêteur, dans la présente affaire. Cette déclaration a été recueillie au moment où il était visé par une ordonnance d'exclusion comme témoin et après qu'il eut témoigné. Il s'agit certainement d'une façon de procéder qui doit être fortement découragée. J'estime qu'il n'y avait pas lieu de procéder ainsi. [...] [Transcription du 8 avril 2009, pages 9 et 10.]

[10] La juge a formulé ces observations au cours d'un voir-dire visant à déterminer si une partie du témoignage éventuel de M^{me} Foley concernant ses échanges avec l'appelant devait être soumise au jury. Elle a conclu qu'une partie du témoignage éventuel soulevait la question de la mauvaise moralité et elle a décidé qu'il serait trop préjudiciable de l'admettre en preuve. Par conséquent, le ministère public a choisi de ne pas citer M^{me} Foley à comparaître.

[11] Indépendamment de toute opinion concernant la pertinence des efforts continus du sergent Cummings pour enquêter sur l'affaire, je ne peux concevoir comment une preuve qui n'est pas présentée et comment un témoin éventuel qui n'est pas cité à comparaître peuvent avoir une incidence sur l'équité du procès. Je suis d'avis que ce moyen d'appel est sans fondement.

(2) Communication par le sergent Cummings de renseignements personnels concernant l'appelant

[12] L'appelant prétend que le procès n'était pas équitable également parce que le sergent Cummings a informé un témoin éventuel qu'il [l'appelant] s'était vanté d'avoir [TRADUCTION] « escroqué le témoin sur une livre de marijuana ». Apparemment, après avoir été informé de ces allégations, le témoin était disposé à témoigner au sujet d'une transaction de drogue qui avait eu lieu à Saint John entre lui et l'appelant. Ce témoignage aurait démontré au jury que l'appelant, contrairement à ses assertions antérieures, était à Saint John pour autre chose que pour chercher son épouse disparue.

[13] La juge président le procès a décidé que le témoignage éventuel permettrait d'obtenir la preuve de mauvaise moralité et elle a refusé de l'admettre. Je le répète, je ne vois pas comment une preuve, même si elle a été obtenue à l'occasion d'un processus vicié, qui n'est pas du tout évident dans le cas qui nous occupe, peut avoir une incidence sur l'équité du procès si elle est déclarée inadmissible par la juge président le procès. Ce moyen d'appel ne peut également pas être retenu.

C. *Le ministère public doit-il établir une preuve indépendante de fabrication ou d'invention à un voir-dire avant que le juge président le procès ne permette que la preuve démontrant les mensonges (conduite postérieure à l'infraction et tiers) soit soumise au jury?*

[14] Les arguments de l'appelant concernant le troisième moyen mettent en évidence la question de savoir dans quelle mesure le juge président le procès doit pouvoir usurper le rôle du jury. Les observations de l'appelant, si elles étaient acceptées, entraîneraient des retards excessifs et l'usurpation éventuelle du rôle du jury.

[15] L'appelant soutient qu'aucune preuve démontrant qu'il a menti au sujet des circonstances de l'infraction, que ce soit celle relative à sa conduite après l'infraction ou celle provenant de tiers, n'aurait dû être présentée au jury sans que le ministère public n'ait d'abord établi, à l'occasion d'un voir-dire, une preuve indépendante de fabrication. Bien que 14 déclarations de l'appelant (trois faites à des personnes en autorité et 11 faites à d'autres personnes) aient fait l'objet de voir-dire, aucune audience de voir-dire n'a été tenue pour établir une preuve indépendante de fabrication. En fait, les extraits suivants des transcriptions des voir-dire et de la discussion préalable aux directives au jury démontrent que la juge qui présidait le procès était d'avis que la question de la fabrication pouvait être examinée une fois la preuve close.

[TRADUCTION]

LA COUR : L'autre chose qui m'a traversée l'esprit en lisant était la qualification, dans le mémoire, de la déclaration volontaire et de la conduite postérieure à l'infraction.

[...]

[...] l'en-tête suivant [est] déclaration volontaire/fabrication. [...] Je vous mentionne simplement les possibilités parce que je n'ai pas décidé ce que je vais faire avec ces déclarations et je ne prendrai pas de décision avant la toute fin.

[...]

M. MUNRO [AVOCAT DE LA DÉFENSE] : Bien, Madame la juge, pour formuler des observations à ce sujet, parce que je pensais la même chose et que vous en avez fait état d'entrée de jeu dans le présent voir-dire, je pense que c'était la semaine dernière [...], en disant [...] qu'il s'agissait en fin de compte d'un argument [pour] qu'un jury détermine [le] poids accordé à une position particulière. [Transcription, 28 août 2008, pages 245 et 246.] [Je souligne.]

[16] L'échange suivant qui a eu lieu après que le ministère public et la défense eurent fini de présenter leur preuve le 14 avril 2009 démontre que le ministère public, la

défense et la juge qui présidait le procès étaient tous du même avis, à savoir que la recherche d'une preuve indépendante d'invention doit se faire une fois la preuve close afin que le jury puisse être bien instruit :

[TRADUCTION]

LA COUR : Ils [la Cour dans *Tanasichuk I*] ont laissé entendre que le – qu'il y avait un – une erreur dans l'exposé du juge au jury et que ces mensonges – que – que – qu'on aurait dû mentionner aux membres du jury que, même si vous estimez, ou même si vous concluez que l'accusé a menti, vous ne pouvez tirer une inférence de culpabilité de ces mensonges que s'il y a fabrication ou invention.

M. RICHARDS : D'accord.

LA COUR : Et que la preuve indépendante d'invention est nécessaire sinon –

M. RICHARDS : D'accord.

[...]
LA COUR : Bien dans quelle mesure – dans quelle mesure – dans quelle mesure dites-vous que cela s'applique? Que la – preuve indépendante de – d'invention et de fabrication?

M. RICHARDS : Ce que je –

LA COUR : Quelle est votre preuve indépendante [...]?
[Transcription, pages 38 et 40.] [Je souligne.]

[17] Lorsque la juge a demandé au ministère public de présenter sa « preuve indépendante », elle a signalé qu'elle ne s'était pas jusque là penchée sur la question de la preuve indépendante d'invention ou de fabrication.

[18] La preuve admise au procès (notamment celle relative à la conduite postérieure à l'infraction et celle provenant de tiers) démontrait, entre autres choses, ce qui suit (dans ce résumé, j'utilise le prénom « Maria » pour désigner M^{me} Tanasichuk, non par manque de respect pour l'appelant ou M^{me} Tanasichuk; je reproduis simplement

les mots employés par les divers témoins dont le témoignage est résumé, lesquels correspondent également à ceux employés par l'appelant dans ses arguments présentés à la Cour) :

- Le 16 janvier 2003, à environ 14 h, Donald Malley a aperçu l'appelant à l'intersection d'une rue et d'une piste pour véhicules tout-terrain et pour motoneiges qui mène à l'arrière du restaurant Portage, un secteur qu'on savait que l'appelant et Maria fréquentaient lorsqu'ils se promenaient en véhicule tout-terrain. M. Malley connaissait l'appelant depuis 20 ans. M. Malley a immobilisé son véhicule, a klaxonné et salué l'appelant mais celui-ci ne lui a fait aucun signe en réponse. Selon M. Malley, l'appelant regardait droit devant lui.
- Le 16 janvier, l'appelant a informé Darlene Gertley que Maria était [TRADUCTION] « partie à un baptême avec Cathy et Pauline, ou Sandy et Pauline ». Maria avait deux amies qui vivaient ensemble, Sandra Daigle et Pauline Foley. M^{me} Daigle a témoigné que ni elle ni M^{me} Foley n'étaient déjà allées avec Maria à un baptême ou à une fête pour souligner une naissance prochaine.
- Entre le 10 et le 16 janvier, l'appelant a vendu ou mis en gage des bijoux qui étaient identiques ou semblables à ceux que portait Maria. L'appelant a dit plus tard à la police que Maria avait emporté ses bijoux avec elle lorsqu'elle était partie à Saint John.
- Le 19 janvier, l'appelant a informé Darlene Gertley que [TRADUCTION] « Maria avait pris l'autobus pour aller à Saint John cette après-midi-là pour aller “chez une certaine Cathy” ». Cathy Perry, qui était une amie de Maria lorsqu'elle vivait à Saint John, a témoigné que Maria lui avait téléphoné le 10 janvier

mais qu'elle ne l'avait pas vue et n'avait pas entendu parler d'elle après et qu'elles n'avaient pas prévu se rencontrer.

- Le 20 janvier, l'appelant a informé M^{me} Gertley que Maria venait [TRADUCTION] « de partir hier ».
- Le 21 janvier 2003, l'appelant a informé M^{me} Robichaud, sa conseillère aux Services de traitement des dépendances, que Maria était partie à Saint John pour la semaine.
- Le 22 janvier, M^{me} Gertley a aperçu le [TRADUCTION] « petit ourson-démon de B.J. » sur le lit. M^{me} Gertley connaissait l'importance de cet ourson pour Maria (il avait appartenu à son défunt fils) et elle savait que Maria avait dit qu'elle [TRADUCTION] « ne quitterai[t] jamais la maison sans lui ». Lorsque M^{me} Gertley a cherché à en savoir plus sur l' [TRADUCTION] « ourson-démon », l'appelant a claqué la porte de la chambre et lui a dit : [TRADUCTION] « Ce n'est pas le démon de B.J. C'est un ours en peluche qui appartient aux enfants qui vivent au-dessus ». L'appelant a avoué ultérieurement à la police que l'ourson-démon que M^{me} Gertley avait aperçu était bel et bien celui qui appartenait à Maria.
- L'appelant a informé M^{me} Gertley, entre le 24 et le 26 janvier, que Maria était disparue depuis le 12 janvier, ce qui contredisait ses déclarations antérieures selon lesquelles elle était disparue depuis le 19 janvier. En outre, lorsque M^{me} Gertley a rappelé à l'appelant que Maria ne pouvait être disparue depuis le 12 janvier parce qu'il lui avait dit que Maria était allée à un baptême avec Sandy ou Pauline le 16 janvier, l'appelant a répondu que ce n'était pas vrai. Il a prétendu qu'il avait en fait dit que Maria était allée à la [TRADUCTION] « réception-cadeaux pour le bébé d'Amanda Malley ». L'intimée a

présenté des éléments de preuve démontrant que cette réception-cadeaux avait eu lieu le 4 novembre 2002, soit plusieurs mois avant que Maria ne soit portée disparue.

- Le 24 janvier, ou vers cette date, l'appelant a vendu le trois-roues de Maria à M. Brian Smith pour la somme de 400 \$.
- Le 24 janvier, l'appelant a dit à la soeur de Maria, Sharon Carroll, que Maria n'était pas à la maison parce que sa conseillère aux Services de traitement des dépendances avait recommandé qu'ils s'éloignent l'un de l'autre pendant six à sept jours. La conseillère a témoigné qu'elle n'avait jamais fait pareille recommandation.
- Le 25 janvier, en réponse à une question d'une certaine Lisa Marie Haché, l'appelant a affirmé que Maria était partie le 20 janvier. Lorsque M^{me} Haché lui a demandé s'il avait eu des nouvelles de Maria, l'appelant s'est mis à pleurer et lui a dit [TRADUCTION] « Est-ce que tu aimerais ça, maudite merde, si chaque fois que tu allais aux toilettes pour chier, quelqu'un était là pour te surveiller ou si chaque fois que le putain de téléphone sonnait, Darren (le mari de Lisa) te demandait qui c'était et où tu vas et ... ».
- Le 25 janvier, l'appelant a vendu une bague à diamants pour dame à Richard Chapman. Il a plus tard été établi que cette bague était identique à celle de Maria.
- Le 26 janvier, l'appelant a appelé Joanne Young Gallant, répartitrice au Service de police de Miramichi, pour l'informer que Maria était disparue depuis le 14 janvier. L'appelant a dit à M^{me} Gallant qu'ils avaient des problèmes et que Maria avait pris l'autobus pour se rendre chez une amie à Saint John. L'appelant a fourni quatre dates de disparition différentes au total, à savoir les 12, 14, 19 et 20 janvier.

- Le 26 janvier, l'appelant, en réponse à une question posée par l'agente Seeley, a déclaré qu'il n'avait pas vu son épouse depuis le 12 janvier. Il l'a informée que sa conseillère avait recommandé qu'ils s'éloignent l'un de l'autre pendant un certain temps et que Maria était partie rendre visite à son amie Cathy à Saint John.
- L'appelant, en réponse à une question de suivi de l'agente Seeley, a confirmé que Maria était disparue le 12 janvier. L'agente croyait qu'il était nécessaire de vérifier la date, puisque le rapport initial du personnel des communications du Service de police de Miramichi indiquait que Maria était disparue depuis le 14 janvier.
- Dave Crase de Global News a fait une entrevue avec l'appelant à la fin de janvier 2003. L'appelant a dit qu'il était allé à Saint John pour essayer de trouver sa femme. L'entrevue a été diffusée au bulletin de nouvelles de fin de soirée le 28 janvier 2003.
- Le 27 janvier, l'appelant a confirmé de nouveau que Maria était disparue depuis le 12 janvier, une déclaration qui ne concorde pas avec le témoignage de M^{me} Gertley. Celle-ci a affirmé qu'elle avait vu Maria le 13 janvier et qu'elle lui avait parlé les 14 et 15 janvier.
- L'appelant a informé la police que, le 11 janvier, il a appelé Maria depuis un téléphone public situé dans l'entrée du magasin Atlantic Super Value de Chatham pour voir si elle voulait qu'il emporte quelque chose. Elle lui a dit qu'elle n'avait besoin de rien. L'intimée a présenté une preuve démontrant qu'il n'y avait qu'un seul téléphone public dans l'entrée de ce magasin; or, les relevés téléphoniques révèlent qu'aucun appel téléphonique n'a été fait à la résidence des Tanasichuk depuis ce téléphone pendant le mois de janvier.
- L'appelant a déclaré à la police que Maria avait dit qu'elle serait partie pendant environ une semaine et qu'elle ne l'appellerait pas. Elle

lui avait également dit qu'elle espérait rendre visite à son ancien beau-frère, Timmy, et à son amie Cathy. L'intimée a présenté une preuve démontrant que l'ancien beau-frère de Maria était Tim Rackley qui vit à Saint John et que lui et Maria étaient restés de bons amis. Tim Rackley a témoigné qu'il n'avait pas eu de nouvelles d'elle et que, si elle était venue à Saint John, elle serait passée le voir, comme elle l'avait toujours fait auparavant.

- L'appelant a informé la police que, le 12 janvier, il a travaillé sur son trois-roues à la résidence de Donny Trevor et qu'il est rentré à la maison vers 17 h. Maria était partie lorsqu'il est rentré. Il a déclaré qu'il était certain que c'était le 12 janvier qu'il l'avait vue pour la dernière fois.
- L'appelant a avoué que l'ourson-démon rouge que Darlene Gertley a vu le 22 janvier était effectivement celui du fils de Maria.
- L'appelant a informé la police que Maria portait beaucoup de bijoux et qu'elle n'avait laissé à la maison aucun de ceux qu'elle portait habituellement. Il a dit qu'il croyait qu'elle portait de 15 à 20 bagues lorsqu'elle est partie. L'intimée a présenté une preuve démontrant que des bijoux répondant à une description semblable avaient été vendus ou mis en gage.
- L'appelant a déclaré qu'il avait essayé de joindre Maria par téléphone vers le 16 janvier, en faisant des appels locaux et interurbains. Les relevés téléphoniques indiquent qu'aucun appel interurbain n'a été effectué à la résidence des Tanasichuk entre le 15 janvier et l'après-midi du 26 janvier.
- Après avoir dit à Leslie Allen : [TRADUCTION] « Ils se rapprochent. Nous devons déplacer le corps. Ils vont la trouver », il lui a téléphoné le lendemain pour lui dire qu'il plaisantait. L'intimée a présenté des

éléments de preuve démontrant que, lorsqu'il a fait cette déclaration, la police faisait des recherches dans le secteur où Maria a ultérieurement été trouvée.

[19] La conduite postérieure à l'infraction (y compris des déclarations) peut démontrer que l'accusé a déjà menti auparavant. De même, la preuve provenant de tiers peut démontrer qu'un accusé a menti. La question en litige dans le présent appel est de savoir si une audience de voir-dire doit être tenue pour établir une preuve indépendante de fabrication, avant que la preuve des mensonges ne soit admise au procès. Les deux principales décisions qui traitent de la conduite postérieure à l'infraction sont *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, [1994] A.C.S. n° 5 (QL), et *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, [1998] 2 A.C.S. n° 57 (QL), toutes les deux rédigées par le juge Major. Dans *Arcangioli*, l'accusé avait été aperçu au moment où il quittait le lieu du crime. Il a avoué l'*actus reus* d'un crime (voies de fait simples à coups de poing) commis lors d'un incident où plusieurs personnes avaient agressé la victime, mais il a nié avoir commis l'infraction dont il était accusé (voies de fait graves à coups de couteau). Le juge Major a conclu que le jury aurait dû être informé que la fuite des lieux du crime ne pouvait être imputée à l'infraction jugée et que, par conséquent, aucune conclusion de culpabilité ne pouvait en être tirée. La preuve de la fuite, qui avait été admise sans la tenue d'un voir-dire, devait donc faire l'objet d'une directive du juge au jury portant qu'elle n'avait aucune valeur probante.

[20] Dans *White*, les accusés ont été inculpés de meurtre. Ils voulaient que le jury soit informé que leur comportement postérieur à l'infraction, qui comprenait la fuite et la dissimulation, n'avait aucune valeur probante. Ils ont soutenu que leur comportement s'expliquait également par l'inobservation des conditions de leur mise en liberté et par la perpétration des vols de banque, lesquels n'avaient aucun lien avec l'accusation de meurtre. Dans *White*, le juge Major a souligné que la question en litige dans cette affaire était de savoir si les accusés étaient les auteurs du meurtre et non quel était leur degré de culpabilité. Par conséquent, il n'y avait pas lieu que le juge du procès donne au jury une directive portant que l'élément de preuve considéré n'avait aucune

valeur probante. Dans la présente affaire, même si elle n'a pas de lien avec l'appel tel qu'il est formulé, la question de savoir si l'appelant est l'auteur du meurtre est le point litigieux. Si l'on tient compte de l'arrêt *White*, il s'ensuit que la conduite postérieure à l'infraction en cause dans la présente affaire ne ferait pas l'objet d'une directive au jury portant qu'elle n'a aucune valeur probante, indépendamment de la conclusion de la Cour sur la question soulevée en appel. Tout comme ce fut le cas dans *Arcangioli*, le juge du procès dans *White* n'a pas tenu d'audience de voir-dire pour déterminer s'il existait une preuve indépendante de fabrication avant d'admettre la preuve de la conduite postérieure à l'infraction. La règle de droit quant à l'admissibilité de cette preuve, notamment la preuve que l'accusé a menti, est résumée comme suit dans *White* :

La preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle. Dans certains cas, elle peut être très incriminante, et dans d'autres, elle peut ne jouer qu'un rôle secondaire de corroboration. Comme tout élément de preuve circonstancielle, la fuite ou la dissimulation peut se prêter à des interprétations divergentes et doit être appréciée par le jury à la lumière de l'ensemble de la preuve pour déterminer si elle est compatible avec la culpabilité de l'accusé et incompatible avec toute autre conclusion rationnelle.

Il est toutefois reconnu que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction présentée à l'appui d'une conclusion de conscience de culpabilité crée une grande ambiguïté et est susceptible d'induire le jury en erreur. Comme l'a signalé notre Cour dans l'arrêt *Arcangioli*, le jury risque de ne pas prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé et de se servir à tort de cet élément de preuve pour conclure immédiatement à la culpabilité. En particulier, le jury pourrait attribuer une conscience de culpabilité à une personne qui a fui ou qui a menti pour un motif parfaitement innocent, telle la panique, la gêne ou la crainte d'être accusée à tort. Le jury pourrait aussi conclure que le comportement de l'accusé était imputable à un sentiment de culpabilité sans se demander si ce sentiment de culpabilité est lié au crime dont il est inculqué, et non à un autre acte coupable. [Par. 21 et 22] [Je souligne.]

[21] Ni dans *Arcangioli* ni dans *White*, la Cour n'a mentionné qu'il y avait lieu de soumettre à un voir-dire la conduite postérieure à l'infraction démontrant que l'accusé avait menti. Toutefois, il est possible de conclure à partir de l'extrait suivant de *White* que la Cour a prévu l'établissement d'un critère préliminaire où le juge qui préside le procès peut donner au jury des directives concernant les mensonges et la preuve démontrant les mensonges :

La question de savoir s'il faut autoriser le jury à tenir compte du comportement de l'accusé après l'infraction dépend des faits de chaque espèce. Il faut tout d'abord se demander ce qui suit : que tente d'établir le ministre public grâce à cet élément de preuve? Un aveu de l'accusé peut réduire considérablement la portée de la question en litige, comme dans l'affaire *Arcangioli*. Lorsque, en raison d'un aveu, le comportement de l'accusé ne peut être imputé à l'infraction faisant l'objet du procès, plutôt qu'à une autre, le jury doit recevoir des directives en ce sens. La preuve relative au comportement après l'infraction peut néanmoins servir à d'autres fins, dans les cas qui s'y prêtent, notamment pour relier l'accusé aux lieux du crime ou à un élément de preuve matérielle, ou encore, pour miner la crédibilité de l'accusé en général.

En règle générale, il appartient au jury de déterminer, eu égard à l'ensemble de la preuve, si le comportement de l'accusé après l'infraction est lié au crime qui lui est reproché, plutôt qu'à un autre acte coupable. Il est également du ressort du jury de déterminer le poids qu'il convient d'accorder à cette preuve aux fins de rendre ultimement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. Dans la plupart des cas, le juge du procès qui s'immisce dans ce processus usurpe le rôle de juge des faits exclusivement dévolu au jury. Par conséquent, une directive selon laquelle un élément de preuve n'a « aucune valeur probante », comme celle exigée dans l'arrêt *Arcangioli*, ne s'impose que dans certaines circonstances particulières.

[Par. 26 et 27] [Je souligne.]

[22] L'appelant cite *O'Connor* et *Tanasichuk I* à l'appui de l'allégation suivant laquelle la détermination préalable doit avoir lieu à la suite d'un voir-dire en l'absence du

jury. Je note toutefois que le juge Major met les juges en garde contre l'usurpation du rôle du jury. Je note également que, dans *O'Connor*, la Cour ne fait référence ni à *White* ni à *Arcangioli* où il n'y avait manifestement pas lieu de procéder à un voir-dire. L'appelant prétend que l'extrait suivant des motifs de la décision *Tanasichuk I* corrobore l'opinion suivant laquelle un voir-dire est nécessaire en l'espèce :

Dans un procès devant jury, cette règle de preuve exige que le juge du procès décide au préalable qu'il existe une preuve indépendante sur laquelle le jury pourrait s'appuyer pour conclure que la déclaration disculpatoire a été inventée avant que le jury puisse être invité à tirer une inférence de conscience coupable. Si la question de l'admissibilité est tranchée en faveur du ministère public, il incombe au juge du procès de donner au jury des directives appropriées sur l'utilisation qui peut être faite de la preuve en question.

En ce qui concerne la question de l'admissibilité, la difficulté consiste souvent à déterminer en quoi peut consister une preuve de fabrication indépendante. [...] [Par. 63 et 64] [Je souligne.]

[23] L'appelant affirme que la question de l'admissibilité abordée par le juge Richard doit être réglée avant que la preuve ne soit produite. Selon lui, cette question ne peut être réglée qu'au moyen d'un voir-dire. La question soulevée en raison de *Tanasichuk I* est celle de savoir si le juge du procès est tenu de déterminer au préalable s'il existe une preuve indépendante d'invention avant que la preuve des mensonges ne soit admise ou si la décision préalable peut être prise avant de donner des directives au jury une fois la preuve close.

[24] Je suis convaincu que la « question de l'admissibilité » abordée par la Cour dans *Tanasichuk I* correspond à la décision préalable dont il a été question dans l'extrait cité précédemment. La décision préalable que le juge qui préside le procès doit prendre est une décision où il doit évaluer s'il existe [TRADUCTION] « une preuve » sur la foi de laquelle le juge des faits pourrait conclure qu'il existe une preuve indépendante d'invention. Après avoir examiné la preuve dans son ensemble, si le juge qui préside le

procès est convaincu que cette preuve existe, il lui incombe de donner au jury les directives en deux temps dont il a été question précédemment dans les présents motifs. S'il n'est pas convaincu qu'il existe une preuve indépendante d'invention, il doit aviser le jury que la preuve des mensonges ne peut être utilisée pour inférer la culpabilité.

[25] Je suis d'avis que la démarche adoptée par la juge dans la présente affaire est compatible avec la règle de droit énoncée dans *Arcangioli, White et Tanasichuk I.* Après avoir conclu qu'il existait une preuve indépendante d'invention suite à la discussion préalable aux directives avec les avocats, elle a soumis aux juges des faits la preuve démontrant que l'appelant avait menti et la preuve indépendante d'invention. Comme il convenait, il leur revenait de trancher de manière définitive ces deux questions.

D. *Résumé*

[26] Je suis convaincu, compte tenu des motifs qui précèdent, qu'il n'est pas nécessaire de tenir une audience de voir-dire pour établir l'existence d'une preuve indépendante de fabrication avant d'admettre la preuve relative à la conduite postérieure à l'infraction ou d'autres éléments de preuve qui démontrent que l'accusé a déjà menti auparavant. Ces questions peuvent être réglées lorsque le juge qui préside le procès donne des directives au jury une fois la preuve close. Conclure autrement autoriserait le juge du droit à ne pas soumettre au juge des faits une preuve que le ministère public croit pertinente, avant que celui-ci n'ait terminé la présentation de sa preuve et avant de savoir si l'accusé a l'intention de témoigner. Si la preuve du ministère public n'avait pas l'effet prévu, il incomberait au juge présidant le procès d'avertir le jury que la preuve des mensonges, sans preuve indépendante de fabrication, n'est pas une preuve sur la foi de laquelle la culpabilité peut être inférée. Évidemment, la preuve des mensonges peut néanmoins être utilisée à l'encontre des déclarations disculpatoires de l'accusé. Toute confusion éventuelle chez les jurés découlant de pareille démarche ne poserait pas plus de difficultés que celle découlant d'une directive, du type de celle donnée dans *Arcangioli*, portant que l'élément de preuve considéré n'a aucune valeur probante.

E. *Dispositif*

[27] Je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité.