

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

16-10-CA

MICHAEL BOWLIN

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Bowlin v. R., 2010 NBCA 90

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
December 15, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
2010 NBQB 59

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard and judgment rendered:
October 28, 2010

Reasons delivered:
December 16, 2010

Counsel at hearing:

For the appellant:
Martin D. Fineberg

For the respondent:
Leonard J. MacKay

THE COURT

The appeal is dismissed.

MICHAEL BOWLIN

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Bowlin c. R., 2010 NBCA 90

CORAM :

L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 15 décembre 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2010 NBBR 59

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu et jugement rendu :
Le 28 octobre 2010

Motifs déposés :
Le 16 décembre 2010

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Martin D. Fineberg

Pour l'intimée :
Leonard J. MacKay

LA COUR

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHÊNES, J.A.

I. Introduction

[1] Following a trial by judge and jury, Michael Bowlin was found guilty of trafficking in cocaine, contrary to s. 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. He appeals his conviction on two grounds. First, he alleges the trial judge committed reversible error by failing to follow the prescribed jury charge for circumstantial evidence in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. Second, he submits the judge caused a miscarriage of justice by providing the jury with a partial written instruction after delivering a complete oral instruction.

[2] On October 28, 2008, Mr. Bowlin's appeal was dismissed from the bench with reasons to follow. Here are those reasons.

II. Factual Background

[3] An undercover police agent became a regular customer at a pub in Saint John, N.B. On a few occasions, he asked for and was supplied with cocaine for a sum of \$160.00 from the same waitress. On October 2, 2008, he again asked the waitress for cocaine, and after telling him she had to call someone, she placed two phone calls and then informed the agent the delivery would be made within 15 minutes. Some 30 minutes later, the appellant showed up, came to the bar, grabbed a cup and put something in it. The waitress took the cup from the appellant and placed it under the counter. She addressed him as "Mike" and asked how much she owed him. He told her she was busy and he would take care of business later. Shortly thereafter, the waitress told the agent his "stuff" had arrived and she would look after him as soon as she could. Sometime later, she grabbed something from under the counter where the cup had been placed earlier, entered a washroom, then came out, and delivered the cocaine by inserting it into the agent's package of cigarettes.

[4] At trial, the agent testified he could not identify the object put in the cup. Further, the defense adduced evidence that the waitress and the appellant had been involved in a romantic relationship prior to October 2, 2008, and may well have been living together as a couple on that particular date. This circumstance increased the possibilities of what the appellant might reasonably have delivered to his girlfriend.

[5] The trial judge's instructions to the members of the jury consisted of a complete charge with a comment that they would also be provided with written instructions mainly directed at the "essential elements of the offence".

III. The Trial Judge's Oral and Written Instructions on the Issue of Circumstantial Evidence and Reasonable Doubt

[6] At the hearing, the appellant abandoned the ground of appeal challenging the trial judge's instructions to the jury concerning the appellant's identity as the person who put some object in a cup. Accordingly, the only major question for the jury to decide was whether the Crown had established, beyond a reasonable doubt, that what the appellant had put in the cup was in fact the cocaine that was eventually supplied by the waitress to the undercover agent. That critical connection stands to be established on the basis of circumstantial evidence. In his oral instructions to the jury, the trial judge dealt with the matter in the following terms at different times during his address:

Now, some of you have heard the terms direct evidence and circumstantial evidence. Mr. – Mr. McCracken mentioned – mentioned circumstantial evidence in – in his summation. And as I said to you earlier, and he repeated, you can believe or rely upon either type of evidence as little or as much as the other when you're deciding the case. Sometimes a witness tells us what they personally saw or heard – for – and the example I gave you earlier is when somebody says that it's raining outside, and that is direct evidence. Often, however, witnesses say things from which you are asked to draw certain conclusions, for – and the example again is the witness may say that he or she had seen someone enter the courthouse lobby wearing a raincoat and carrying an umbrella, both dripping wet. If you believe that witness you might conclude that it was raining outside, even though the evidence was indirect, and that's what we call circumstantial evidence. In making your

decision both kinds of evidence count; the law treats both equally. Neither is necessarily better or worse than the other. In each case your job is to decide what conclusions you will reach based on the evidence as a whole, both direct and circumstantial. Again, use your common sense and your experience in assessing the evidence.

[...]

Now, for you to find Mr. Bowlin guilty of trafficking in cocaine the Crown must prove each of these essential elements of that offence beyond a reasonable doubt: First, that Michael Bowlin trafficked in a substance; secondly, that the substance was cocaine; thirdly, that Mr. Bowlin knew that the substance was cocaine; and fourthly, that he intentionally trafficked in cocaine. Now, as I've indicated to you earlier, this is the portion of my charge that I'm going to send to the jury room with you; there will be a copy for each of you. If the Crown has not satisfied you beyond a reasonable doubt of each of these essential elements of the charge, then you must find Mr. Bowlin not guilty of trafficking in cocaine. If the Crown has satisfied you beyond a reasonable doubt of each of these essential elements then you must find him guilty of the charge.

[...]

The defence theory of this case is that the Crown has failed to prove Mr. Bowlin's guilt beyond a reasonable doubt – they – in – in two ways, and they – and they target – first of all they say that the Crown has failed to prove that the accused was in fact the individual referred to as Mike in – in the evidence given by either Corporal MacQueen or Constable Flynn in this matter. So that's identity.

[...]

As Mr. Ritchie also said to you, the – the defence submits that the Crown has failed to prove beyond a reasonable doubt any nexus, any connection, between the alleged delivery of a cup, which may or may not have contained anything, from the – from the individual known as Mike to Tammy Blinn, and the alleged exchange between Corporal MacQueen and Tammy Blinn later that same evening. There – there was a – a time gap of I believe it was 35 minutes from the time Mr. – or – or the – the individual came into the bar, which was 9:10 according to Corporal MacQueen, and the time that cocaine was delivered to Corporal MacQueen, which I believe was 9:45. So, the

defence says there is no actual connection between those two events in any event. So, even if you – even if you don't have a problem with the issue of identity, there – there's not enough proof beyond a reasonable doubt that the cocaine that ended up in the hands of Corporal MacQueen had anything to do with the passing of a cup on – on the bar 35 minutes earlier. Based on that, the – the defence submits that these two issues are law of evidentiary issues for you to decide, and the defence theory is that the Crown hasn't proven either of them beyond a reasonable doubt and either of them – if – if you find – if you agree with either of those submissions by the defence, then you would have to find Mr. Bowlin not guilty.

[...]

There will be – there is a copy of my instructions on the elements of the offence for each of you.

[...]

A controlled substance is any substance that a person cannot legally buy, sell, or possess without government authorization. Cocaine is a controlled substance. The evidence of Corporal MacQueen is that he had asked Ms. Blinn to get some cocaine. [...] At 8:34 p.m. she made a call and then told him that it would be there in about 15 minutes. At about 9:10 p.m., 36 minutes later, Mr. Bowlin came to the tavern, sat at the bar near Ms. Blinn, took a plastic cup and put something in it. Corporal MacQueen didn't know what Mr. Bowlin put in the cup that he gave to Ms. Blinn. Ms. Blinn then put the cup under the counter and came over to Corporal MacQueen and told him that she had his stuff and would get it to him later as she was busy. She then took something from near where she had put the cup behind the bar and went into a washroom. About half an hour later she took Corporal MacQueen's cigarette package and put the substance in it that was later analyzed as cocaine. In considering this element of the offence you must decide whether or not you are satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Bowlin provided the cocaine that Ms. Blinn put in Corporal MacQueen's cigarette package.

On the evidence in this – in this case you should consider whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that what Mr. Bowlin passed to Miss Blinn was cocaine. Mr. Turner's evidence [a defence witness] is that they were romantically involved and at one time lived together, though it's not clear they were doing so on October 2nd,

2008. If you accept that evidence you could conclude that it is also possible that Mr. Bowlin was delivering a prescription for her, or something from her apartment, or that he put a note for her in the cup, or something similar. If it was something like a prescription, that could explain why she asked how much she owed him.

[...]

If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that the substance in which Mr. Bowlin trafficked was cocaine then you must find him not guilty; your deliberations would be over. If you are satisfied beyond a reasonable doubt that the substance was cocaine, you must go on to the next question.

[7] During both the oral and written instructions, the trial judge instructed the jurors that the Crown had to prove, beyond a reasonable doubt, each of the essential elements of the offence before they could reach a guilty verdict. He also explained that if the Crown had not satisfied them beyond a reasonable doubt of each of these essential elements, they had to find the appellant not guilty of trafficking in cocaine.

IV. The Appellant's Arguments Concerning the Jury Charge on Circumstantial Evidence and Reasonable Doubt

[8] The appellant contends that in a case where one of the main questions to be determined is whether an accused performed the "act" of delivering the cocaine (in other words, whether the appellant actually put cocaine, rather than some other inoffensive object, in the cup that the waitress placed under the counter), it is an error of law for the trial judge to fail to instruct the jury "that they [have] to be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference or explanation that they could draw from the circumstantial evidence [is] that the appellant [is] guilty". In support of this proposition, the appellant relies upon *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42:

We have long departed from any legal requirement for a "special instruction" on circumstantial evidence, even where the issue is one of identification: *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860. The essential component of an

instruction on circumstantial evidence is to instill in the jury that in order to convict, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference that can be drawn from the circumstantial evidence is that the accused is guilty. Imparting the necessary message to the jury may be achieved in different ways: *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at para. 20. See also *R. v. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361, at paras. 108-10; *R. v. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380 (Ont. C.A.), at para. 29. [para. 33]

The appellant argues it is not sufficient to instruct a jury that it can only convict if satisfied beyond a reasonable doubt that each essential element of the offence has been proven; in addition, it should be told that circumstantial evidence can only satisfy a juror beyond a reasonable doubt if guilt were the only reasonable inference to be drawn from the proven facts.

[9] In this case, the trial judge explained the difference between direct and circumstantial evidence, but at no time did he inform the jury that it had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference or explanation it could draw from the circumstantial evidence was that the appellant had put cocaine in the cup. On that point, the trial judge did refer the jury to the evidence that the appellant and the waitress were involved in a romantic relationship, that it was open to the jury to “conclude that it is also possible that Mr. Bowlin was delivering a prescription for her, or something from her apartment, or that he put a note for her in the cup, or something similar”, and that “[i]f it was something like a prescription, that could explain why she asked how much she owed him”. Those remarks were closely followed by the following instructions: “If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that the substance in which Mr. Bowlin trafficked was cocaine, then you must find him not guilty; your deliberations would be over”, but “[i]f you are satisfied beyond a reasonable doubt that the substance was cocaine, you must then go on to the next question”.

V. Analysis and Decision

A. *The charge on the issue of circumstantial evidence*

[10] The appellant's argument before us is nothing less than an attempt to have this Court adopt a formulaic approach to a jury instruction in cases where the Crown relies upon circumstantial evidence to prove an essential element consisting of an "act" of the accused (as opposed to proving criminal intent). That approach has long been discarded in favour of one that accords considerable discretion to the trial judge to deal with cases grounded on circumstantial evidence in terms of the general principles of reasonable doubt (see *R. v. Tombran*, [2000] O.J. No. 273 (C.A.) (QL), at para. 29).

[11] It is true that in *R. v. Griffin*, at para. 33, trial judges are informed that "the essential component of an instruction on circumstantial evidence is to instill in the jury that in order to convict, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference that can be drawn from the circumstantial evidence is that the accused is guilty". As far as the appellant is concerned, this is an indication that those words, or words to that effect, must be used when instructing the jury on circumstantial evidence. However, the Court in *Griffin* goes on to explain that "[i]mparting the necessary message to the jury may be achieved in different ways" and specifically refers with obvious approval to the language used in *R. v. Fleet*, [1997] O.J. No. 4553 (C.A.) (QL), at para. 20; *R. v. Guiboche*, 2004 MBCA 16, [2004] M.J. No. 43 (QL), at paras. 108-10; and *R. v. Tombran*, at para. 29.

[12] *Fleet*, *Guiboche* and *Tombran*, and the specific paragraphs in those three cases mentioned by Charron J. in *Griffin*, inform us of the "different ways" to achieve the stated objective. In *Fleet*, the Court held:

Thus, the trial judge, reviewing the evidence and setting out the position of the defence and relating the substantial parts of the evidence to that position, may frame the requisite instruction in the manner he or she considers most appropriate in the circumstances, for example, by:

a) charging the jury in accordance with the traditional language of proof beyond a reasonable doubt (per Laskin C.J.C. in *Cooper*);

b) charging the jury in accordance with that language and pointing out to the jury the other inferences that the defence says should be drawn from the evidence and the necessity to acquit the accused if any of those inferences raises a reasonable doubt (as the trial judge did in *Cooper* in the final portion of his recharge); or

c) charging the jury that it must be satisfied beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused is the only reasonable inference to be drawn from the proven facts (per Ritchie J. in *Cooper* ...) [para. 20].

[13] In my respectful view, the trial judge chose to charge the jury in accordance with the traditional language of proof beyond a reasonable doubt. But in so doing, he also pointed out to the jury that other possible inferences could be drawn from the evidence, (i.e. prescription drugs or other inoffensive objects), and that if those other inferences raised a reasonable doubt about whether the object placed in the cup was cocaine they must acquit. That approach is the one described in clause b) referred to in paragraph 20 of *Fleet* and one that, in my view, is given unequivocal approval in *Griffin*.

[14] This ground of appeal is without merit.

B. *The alleged error of providing the jury with a partial written instruction*

[15] The appellant's main contention, relying on *R .v. Allen*, 1999 BCCA 117, [1999] B.C.J. No. 488 (QL), is that “in providing the jury with a portion of the instructions to the jury, that portion being in writing, had the effect of causing the jury of paying more attention to the instructions as opposed to all of the oral instructions provided to it” (para. 63 of Appellant’s Submission). With all due respect, there is no merit in that contention for many reasons.

[16] One is entitled to question the advantages of providing the jury with written instructions in addition to a complete and well thought out oral charge given just

minutes earlier, particularly in a trial like this one which was neither complex nor lengthy. That being said, the jurors were alerted on two different occasions to the fact they were going to be provided with a written copy of the part of the oral instructions dealing only with the essential elements of the offence, which would outline how they might consider these elements in an orderly manner.

[17] The appellant concedes the trial judge also told the jurors that they had an obligation to take into account the entire body of evidence as well as the two sets of instructions. Perhaps more importantly, the appellant failed in his attempt to convince us that the oral and written instructions contained any reversible errors, which was not the case in *Allen*. In that case, the written instructions contained a critical error as opposed to the error-free oral instructions. It is in that context that the Court in *Allen* expressed the view that “one cannot be confident that the jury would not pay more attention to the instructions in writing as opposed to oral instructions” (para. 8).

[18] In the case at hand, the appellant took no issue with the written instructions to be provided to the jury and there is absolutely nothing before us to support the view that the jury may have been misled by the written instructions provided on the essential elements of the offence. I am of the view that the instructions to the jury, oral and written, provided the jury with all they needed to understand the nature of their task and how to carry it out. There is nothing before us to suggest that the appellant might have suffered some prejudice as a result of providing the jury with such written instructions.

[19] There have undoubtedly been cases and there will continue to be cases where prejudice can be shown by a decision to provide the jury with a written portion only of the oral instructions. This was not such a case.

[20] Parenthetically, it should be mentioned that the written instructions provided to the jury have found their way in the Appeal Book and before this Court through a process that is not authorized. Indeed, contrary to the instruction of this Court in *Winmill v. R.*, 2008 NBCA 88, 338 N.B.R. (2d) 328, at paras. 1 and 34 (Richard J.A. writing for the Court), an exact copy of the written instructions provided to the jury were

not made part of the trial record so as to dispel any uncertainty that might arise on appeal. The need for a permanent record of written materials provided to jurors cannot be overemphasized (see also *R. v. McNeil*, [2006] O.J. No. 3989 (C.A.) (QL)). Fortunately for all of us, the Crown and the defence agreed that the written instruction contained in the Appeal Book is in fact a copy of what the trial judge provided to the jury.

[21] During the hearing, we also informed the appellant we saw no merit in the last argument raised in his submission – that the appellant had assuredly suffered some prejudice because of several references by the trial judge in his oral instructions identifying the appellant as a person who “trafficked in cocaine”. Bearing in mind that the appellant was charged with trafficking in cocaine, it is not surprising that at certain moments during the oral instructions dealing with the essential elements of the offence that the appellant would be referred to as one who trafficked in cocaine. On this point, the trial judge made the following relevant remarks which constitute a complete answer to the appellant’s concerns:

Now, when I say as I go through this that he trafficked in cocaine, I’m not telling you that that’s what he did, but by the time you get to this question, if you do get to this question, you’ll have already decided the previous questions, and one of them would be that he trafficked in cocaine. [...] So, please don’t take me wrong when I say that in these instructions [...].

VI. Disposition

[22] The trial judge followed the correct principles set out by the Supreme Court of Canada in *Griffin* for delivering an oral charge to the jury on circumstantial evidence. He committed no reversible error by not holding to the formula detailed in *Hodge’s Case*, nor did he cause a miscarriage of justice by including partial written

instructions to the jury in addition to his complete oral instructions. For the above reasons, the appeal was dismissed from the bench.

LE JUGE DESCHÊNES

I. Introduction

[1] À l'issue d'un procès devant juge et jury, Michael Bowlin a été déclaré coupable de trafic de cocaïne, infraction prévue au par. 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Il interjette appel de cette condamnation en invoquant deux moyens. Premièrement, il soutient que le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en omettant de donner au jury les directives concernant la preuve circonstancielle énoncées dans *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. Deuxièmement, il avance que le juge du procès a provoqué un déni de justice en donnant des instructions écrites partielles au jury après lui avoir donné des instructions verbales complètes.

[2] Le 28 octobre 2008, la Cour a rejeté l'appel de M. Bowlin séance tenante avec motifs à suivre. Voici donc ces motifs.

II. Les faits

[3] Un agent d'infiltration, soit un policier banalisé, est devenu un client régulier d'un pub à Saint John, au Nouveau-Brunswick. À quelques reprises, il a demandé et obtenu de la cocaïne pour la somme de 160 \$ en s'adressant à la même serveuse. Le 2 octobre 2008, il a de nouveau demandé de la cocaïne à la serveuse qui lui a dit qu'elle devait appeler quelqu'un. Elle a fait deux appels téléphoniques et a ensuite informé l'agent que la livraison prendrait environ 15 minutes. Quelque 30 minutes plus tard, l'appelant est arrivé, est allé au bar, a pris une tasse et y a glissé quelque chose. La serveuse a pris la tasse que tenait l'appelant et l'a placée sous le comptoir. Elle s'est adressée à lui en employant le prénom Mike et lui a demandé combien elle lui devait. Il lui a dit qu'elle était occupée et qu'il règlerait cela plus tard. Peu de temps après, la serveuse a dit à l'agent que sa [TRADUCTION] « marchandise » était arrivée et qu'elle s'occuperait de lui dès qu'elle le pourrait. Un peu plus tard, elle a pris quelque chose sous

le comptoir, au même endroit où elle avait placé la tasse précédemment, et elle est allée dans les toilettes, puis en est ressortie et a remis la cocaïne à l'agent en l'insérant dans le paquet de cigarettes de celui-ci.

[4] Au procès, l'agent a témoigné qu'il ne pouvait pas identifier l'objet inséré dans la tasse. De plus, la défense a présenté une preuve selon laquelle la serveuse et l'appelant entretenaient une relation amoureuse avant le 2 octobre 2008 et vivaient probablement ensemble comme couple à cette date particulière. Cette circonstance crée d'autres possibilités quant à ce que l'appelant aurait raisonnablement pu livrer à sa copine.

[5] Les instructions que le juge du procès a données aux membres du jury consistaient en un exposé complet. De plus, il a informé les jurés que des instructions écrites concernant principalement les « éléments essentiels de l'infraction » leur seraient aussi fournies.

III. Les instructions verbales et écrites du juge du procès sur la question de la preuve circonstancielle et du doute raisonnable

[6] À l'audience, l'appelant a abandonné le moyen d'appel par lequel il contestait les instructions que le juge du procès avait données au jury concernant son identification comme étant la personne ayant mis un objet quelconque dans une tasse. Par conséquent, la seule question importante à trancher par le jury était celle de savoir si le ministère public avait établi, hors de tout doute raisonnable, que ce que l'appelant avait mis dans la tasse était en fait la cocaïne que la serveuse avait par la suite remise à l'agent d'infiltration. Ce lien déterminant devait être établi sur la foi de la preuve circonstancielle. Dans ses instructions de vive voix au jury, le juge du procès a abordé la question en ces termes à différents moments de son exposé :

[TRADUCTION]

Maintenant, certains d'entre vous ont entendu les termes « preuve directe » et « preuve circonstancielle ». M. – M. McCracken a parlé – a parlé de preuve circonstancielle dans – dans ses conclusions finales. Et, comme je vous l'ai dit précédemment, et comme il l'a répété, vous pouvez

croire ou utiliser l'un tout aussi bien que l'autre de ces types de preuve pour prendre votre décision. Parfois, un témoin nous dit ce qu'il a vu ou entendu personnellement – par – et l'exemple que je vous ai donné plus tôt où quelqu'un dit qu'il pleut dehors est celui de la preuve directe. Souvent, toutefois, les témoins disent des choses à partir desquelles on vous demande de tirer certaines conclusions, par – et l'exemple est encore celui où le témoin dit qu'il avait vu quelqu'un entrer dans le hall du palais de justice avec un imperméable et un parapluie sur lesquels la pluie ruisselait. Si vous croyez ce témoin, vous pourriez conclure qu'il pleuvait dehors, même si la preuve était indirecte, et c'est ce que l'on appelle de la preuve circonstancielle. Dans votre décision, les deux types de preuve comptent; le droit les traite de manière égale. Aucune des deux n'est nécessairement meilleure ou moins bonne que l'autre. Dans chaque cas, votre tâche consiste à décider quelles conclusions vous tirerez compte tenu de la preuve dans son ensemble, tant la preuve directe que la preuve circonstancielle. Je vous le répète, faites appel à votre bon sens et à votre expérience dans l'appréciation de la preuve.

[...]

Maintenant, pour que vous puissiez déclarer M. Bowlin coupable de trafic de cocaïne, le ministère public doit prouver chacun des éléments essentiels de cette infraction hors de tout doute raisonnable : à savoir, premièrement, que Michael Bowlin a fait le trafic d'une substance; deuxièmement, que cette substance était de la cocaïne; troisièmement, que M. Bowlin savait que la substance était de la cocaïne; et, quatrièmement, qu'il faisait intentionnellement le trafic de la cocaïne. Maintenant, comme je vous l'ai mentionné plus tôt, je vais envoyer cette partie de mon exposé à la salle des jurés; vous en aurez chacun une copie. Si le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable de l'existence de chacun des éléments essentiels de l'infraction, vous devrez alors déclarer M. Bowlin non coupable de l'infraction de trafic de cocaïne. Si le ministère public vous a convaincus hors de tout doute raisonnable de l'existence de chacun des éléments essentiels, vous devrez alors le déclarer coupable de l'infraction.

[...]

Suivant la théorie de la défense dans la présente affaire, le ministère public n'a pas réussi à prouver la culpabilité de M. Bowlin hors de tout doute raisonnable – elle – de – de

deux façons, et elle – et elle cible – avant tout la défense affirme que le ministère public n'a pas réussi à prouver que l'accusé était en fait la personne désignée comme étant Mike dans – dans le témoignage du caporal MacQueen ou du gendarme Flynn dans la présente affaire. Il s'agit de la question de l'identification.

[...]

Comme M. Ritchie vous l'a également dit, la – la défense soutient que le ministère public n'a pas réussi à prouver hors de tout doute raisonnable l'existence d'un lien entre la remise d'une tasse, pouvant contenir ou ne pas contenir quelque chose, qui aurait été faite par – par la personne connue comme étant Mike à Tammy Blinn, et l'échange qui aurait eu lieu entre le caporal MacQueen et Tammy Blinn plus tard ce soir-là. Il – il y a eu un – un intervalle de, je crois, 35 minutes entre le moment où M. – ou – ou la – la personne est entrée dans le bar, soit à 21 h 10 selon le caporal MacQueen, et le moment où la cocaïne a été remise au caporal MacQueen, soit, je crois, à 21 h 45. Donc, la défense affirme qu'il n'existe aucun lien réel entre ces deux faits quoi qu'il en soit et que, même si la – même si la question de l'identification ne vous pose aucun problème, il – il n'y a pas suffisamment de preuve pour établir hors de tout doute raisonnable que la cocaïne que le caporal MacQueen a obtenue avait quelque chose à voir avec la remise d'une tasse – au bar 35 minutes plus tôt. Compte tenu de cela, la – la défense soutient que ces deux questions sont des questions liées au droit de la preuve que vous devez trancher et que, selon sa théorie, le ministère public n'a prouvé ni l'un ni l'autre de ces éléments hors de tout doute raisonnable et l'un ou l'autre – si – si vous êtes d'avis – si vous souscrivez à l'un ou l'autre de ces arguments de la défense, vous devrez alors déclarer M. Bowlin non coupable.

[...]

Il y aura – il y aura une copie de mes instructions concernant les éléments de l'infraction pour chacun de vous.

[...]

Une substance désignée est une substance qu'une personne ne peut acheter, vendre ou posséder légalement sans l'autorisation du gouvernement. La cocaïne est une substance désignée. Selon ce que le caporal MacQueen a

déclaré dans son témoignage, il a demandé à M^{me} Blinn de lui procurer un peu de cocaïne. [...] À 20 h 34, elle a fait un appel et lui a dit que la marchandise serait livrée dans environ 15 minutes. Vers 21 h 10, soit 36 minutes plus tard, M. Bowlin est arrivé à la taverne, il s'est assis au bar près de M^{me} Blinn, il a pris une tasse en plastique et il y a mis quelque chose. Le caporal MacQueen n'a pas vu ce que M. Bowlin a mis dans la tasse qu'il a remise à M^{me} Blinn. M^{me} Blinn a alors mis la tasse sous le comptoir et elle est allée voir le caporal MacQueen et lui a dit qu'elle avait sa marchandise et qu'elle s'occuperait de lui plus tard parce qu'elle avait du travail. Elle a ensuite pris quelque chose près de l'endroit où elle avait mis la tasse derrière le bar et elle est allée aux toilettes. Environ une demi-heure plus tard, elle a pris le paquet de cigarettes du caporal MacQueen et y a mis la substance qui a été identifiée comme étant de la cocaïne lors de l'analyse effectuée plus tard. En examinant cet élément de l'infraction, vous devez décider si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que c'est M. Bowlin qui a fourni la cocaïne que M^{me} Blinn a mise dans le paquet de cigarettes du caporal MacQueen.

Sur la foi de la preuve présentée en l'espèce, vous devriez examiner la question de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que ce que M. Bowlin a remis à M^{me} Blinn était de la cocaïne. Dans son témoignage, M. Turner [un témoin à décharge] a affirmé que les deux entretenaient une relation amoureuse et qu'ils avaient déjà vécu ensemble, quoiqu'on ne sache pas vraiment si c'était bien le cas le 2 octobre 2008. Si vous acceptez ce témoignage, vous pourriez conclure qu'il est également possible que M. Bowlin lui ait remis un médicament d'ordonnance ou quelque chose qui provenait de son appartement ou qu'il ait mis dans la tasse une note qui lui était destinée ou quelque chose du genre. S'il s'agissait de quelque chose comme un médicament d'ordonnance, cela pourrait expliquer pourquoi elle lui a demandé combien elle lui devait.

[...]

Si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que la substance dont M. Bowlin a fait le trafic était de la cocaïne, vous devez le déclarer non coupable. Vos délibérations seraient alors terminées. Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que la substance en question était de la cocaïne, vous devez passer à la question suivante.

[7] Le juge du procès a informé les jurés dans ses instructions verbales et écrites que le ministère public devait prouver chacun des éléments essentiels de l'infraction imputée hors de tout doute raisonnable pour qu'ils puissent parvenir à un verdict de culpabilité. Il a également expliqué que, si le ministère public ne les avait pas convaincus hors de tout doute raisonnable de l'existence de chacun des éléments essentiels, ils devaient déclarer l'appelant non coupable de l'infraction de trafic de cocaïne.

IV. Les arguments de l'appelant concernant l'exposé du juge au jury sur la preuve circonstancielle et le doute raisonnable

[8] L'appelant soutient que, dans une affaire où l'une des principales questions à trancher est celle de savoir si un accusé a commis l'« acte » de livrer la cocaïne (autrement dit, si l'appelant a effectivement mis la cocaïne, et non un autre objet inoffensif, dans la tasse que la serveuse a déposée sous le comptoir), le juge du procès commet une erreur de droit s'il n'informe pas les jurés [TRADUCTION] « qu'ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion ou explication rationnelle qu'ils pourraient tirer de la preuve circonstancielle est que l'appelant est coupable ». À l'appui de cette proposition, l'appelant invoque l'arrêt *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42 :

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

L'appelant avance qu'il n'est pas suffisant d'informer un jury qu'il ne peut prononcer un verdict de culpabilité que s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que chacun des éléments essentiels de l'infraction a été prouvé; il est aussi nécessaire de l'informer que la preuve circonstancielle ne saurait le convaincre hors de tout doute raisonnable que si la culpabilité est la seule conclusion raisonnable à tirer des faits prouvés.

[9] Dans la présente affaire, le juge du procès a expliqué la différence entre la preuve directe et la preuve circonstancielle. Toutefois, il n'a jamais informé le jury qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion ou explication rationnelle qui pouvait être tirée de la preuve circonstancielle était que l'appelant avait mis la cocaïne dans la tasse. Sur ce point, le juge du procès a fait référence à la preuve suivant laquelle l'appelant et la serveuse entretenaient une relation amoureuse et il a mentionné au jury qu'il lui était loisible de [TRADUCTION] « conclure qu'il est également possible que M. Bowlin lui ait remis un médicament d'ordonnance ou quelque chose qui provenait de son appartement ou qu'il ait mis dans la tasse une note qui lui était destinée ou quelque chose du genre » et que [TRADUCTION] « [s]'il s'agissait de quelque chose comme un médicament d'ordonnance, cela pourrait expliquer pourquoi elle lui a demandé combien elle lui devait ». Ces remarques étaient suivies de près par la directive suivante : [TRADUCTION] « Si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que la substance dont M. Bowlin a fait le trafic était de la cocaïne, vous devez le déclarer non coupable. Vos délibérations seraient alors terminées. » Mais il a ajouté : [TRADUCTION] « Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que la substance en question était de la cocaïne, vous devez passer à la question suivante. »

V. Analyse et décision

A. *L'exposé du juge sur la question de la preuve circonstancielle*

[10] L'argument plaidé par l'appelant n'est rien moins qu'une tentative visant à faire en sorte que la Cour adopte l'application d'une formule en matière d'exposé au jury dans des affaires où le ministère public s'appuie sur de la preuve circonstancielle pour prouver un élément essentiel consistant en un « acte » commis par l'accusé (par opposition à la preuve de l'intention criminelle). Cette approche a depuis longtemps été

écartée au profit d'une démarche qui accorde au juge du procès un pouvoir discrétionnaire considérable en ce qui a trait aux principes généraux du doute raisonnable pour trancher les affaires fondées sur de la preuve circonstancielle (voir *R. c. Tombran*, [2000] O.J. No. 273 (C.A.) (QL), au par. 29).

[11] Il est vrai que, dans *R. c. Griffin*, au par. 33, la Cour suprême signale aux juges de procès que « [l']élément essentiel d'une directive en matière de preuve circonstancielle consiste à faire comprendre aux jurés que, pour prononcer un verdict de culpabilité, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle est que l'accusé est coupable ». En ce qui concerne l'appelant, cela indique que ces mots, ou des mots à cet effet, doivent être employés dans les instructions données au jury sur la preuve circonstancielle. Toutefois, la Cour suprême dans l'arrêt *Griffin* poursuit en expliquant qu'« [i]l y a différentes façons de communiquer ce message aux jurés » et elle fait référence plus particulièrement, en l'approuvant de toute évidence, à la formulation employée dans *R. c. Fleet*, [1997] O.J. No. 4553 (C.A.) (QL), au par. 20; *R. c. Guiboche*, 2004 MBCA 16, [2004] M.J. No. 43 (QL), aux par. 108 à 110; et *R. c. Tombran*, au par. 29.

[12] Les décisions *Fleet*, *Guiboche* et *Tombran* et les paragraphes particuliers cités par la juge Charron dans l'arrêt *Griffin* nous éclairent sur les « différentes façons » d'atteindre l'objectif énoncé. Dans l'arrêt *Fleet*, la Cour a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Ainsi, le juge du procès, en examinant la preuve, en cernant la position de la défense et en établissant un parallèle entre les parties essentielles de la preuve et cette position, peut formuler la directive nécessaire de la manière qu'il ou elle considère la plus appropriée eu égard aux circonstances, par exemple :

a) en donnant au jury des instructions suivant la formulation traditionnelle sur la preuve hors de tout doute raisonnable (le juge en chef Laskin dans *Cooper*);

b) en donnant au jury des instructions suivant cette formulation et en rappelant au jury les autres conclusions qui, selon la défense, devraient être tirées de la preuve et la

nécessité d'acquitter l'accusé si l'une de ces conclusions soulève un doute raisonnable (comme le juge du procès l'avait fait dans *Cooper*, dans la dernière partie de son nouvel exposé au jury);

c) en informant le jury dans ses instructions qu'il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que la culpabilité de l'accusé est la seule conclusion raisonnable à tirer des faits prouvés (le juge Ritchie, dans *Cooper* [...]). [par. 20]

[13] À mon humble avis, le juge du procès a choisi de donner des instructions au jury suivant la formulation traditionnelle sur la preuve hors de tout doute raisonnable. Toutefois, en le faisant, il a également rappelé au jury que d'autres conclusions pouvaient être tirées de la preuve (à savoir qu'il pouvait s'agir d'un médicament d'ordonnance ou d'autres objets inoffensifs) et que si ces autres conclusions soulevaient un doute raisonnable sur la question de savoir si l'objet placé dans la tasse était de la cocaïne, ils devaient acquitter le prévenu. Cette démarche est celle décrite au point b) du par. 20 de l'arrêt *Fleet*, laquelle constitue une démarche qui, à mon avis, a été approuvée de manière non équivoque dans *Griffin*.

[14] Ce moyen d'appel est sans fondement.

B. *L'erreur alléguée d'avoir fourni au jury une directive écrite partielle*

[15] L'appelant soutient principalement, en s'appuyant sur *R. c. Allen*, 1999 BCCA 117, [1999] B.C.J. No. 488 (QL), que [TRADUCTION] « lorsque le juge a fourni par écrit au jury une partie des instructions qu'il avait reçues, cela a eu pour effet que le jury a davantage prêter attention à cette partie plutôt qu'à l'ensemble des instructions verbales qu'il avait reçues » (par. 63 du mémoire de l'appelant). En toute déférence, cet argument n'a aucun fondement pour plusieurs raisons.

[16] Il est permis de mettre en doute les avantages de fournir des instructions écrites au jury, en plus d'un exposé oral complet et bien raisonné donné seulement quelques minutes auparavant, tout particulièrement dans le cas d'un procès comme celui-ci qui n'était ni complexe ni long. Cela dit, les jurés ont été informés à deux occasions différentes qu'ils recevraient des instructions écrites concernant cette partie des

instructions verbales portant exclusivement sur les éléments essentiels de l'infraction, lesquelles instructions donneraient un aperçu de la façon dont ils pourraient examiner ces éléments d'une manière ordonnée.

[17] L'appelant reconnaît que le juge du procès a également dit aux jurés qu'ils avaient l'obligation de tenir compte de l'ensemble de la preuve et des instructions verbales et écrites. Qui plus est, l'appelant a échoué dans sa tentative de convaincre la Cour que les instructions verbales et écrites contenaient des erreurs justifiant l'infirmité de la décision, ce qui n'était pas le cas dans *Allen*. Dans cette affaire, les instructions écrites contenaient une erreur très importante, contrairement aux instructions verbales qui étaient exemptes d'erreurs. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Allen* s'est dite d'avis que [TRADUCTION] « il n'était pas certain que le jury ne prêterait pas davantage attention aux instructions écrites plutôt qu'aux instructions verbales » (par. 8).

[18] Dans la présente affaire, l'appelant n'a pas contesté les instructions écrites fournies au jury et rien au dossier ne corrobore la thèse suivant laquelle le jury pourrait avoir été induit en erreur par les instructions écrites fournies et portant sur les éléments essentiels de l'infraction. Je suis d'avis que les instructions verbales et écrites fournissaient aux jurés tout ce dont ils avaient besoin pour comprendre la nature de leur tâche et comment l'accomplir. La Cour n'a été saisie d'aucun élément de preuve laissant croire que l'appelant a subi un préjudice du fait que le jury s'est vu fournir ces instructions écrites.

[19] Il ne fait aucun doute qu'il y a eu et qu'il y aura des cas où l'existence d'un préjudice peut être établie à la suite d'une décision de fournir sous forme écrite au jury une partie seulement des instructions données de vive voix. Ce n'était pas le cas en l'espèce.

[20] Incidemment, il devrait être mentionné que les instructions écrites fournies au jury se sont retrouvées dans le cahier d'appel et que notre Cour en a été saisie par suite d'un processus non autorisé. En fait, contrairement à la directive de notre Cour dans *Winmill c. R.*, 2008 NBCA 88, 338 R.N.-B. (2^e) 328, aux par. 1 et 34 (le juge Richard au nom de la Cour d'appel), une copie exacte des instructions écrites fournies au jury n'a pas

été versée au dossier de la cour d'instance inférieure afin de dissiper toute incertitude susceptible d'être soulevée en appel. On ne saurait trop insister sur la nécessité de tenir de façon permanente un registre des documents écrits fournis au jurés (voir également *R. c. McNeil*, [2006] O.J. No. 3989 (C.A.) (QL)). Heureusement pour nous tous, le ministère public et la défense ont convenu que les instructions écrites contenues dans le cahier d'appel sont en fait une copie de ce que le juge du procès a fourni au jury.

[21] Au cours de l'audience, nous avons également informé l'appelant que nous étions d'avis que le dernier argument soulevé dans son mémoire, selon lequel il avait sans aucun doute subi un préjudice parce que le juge du procès l'avait désigné plusieurs fois dans ses instructions verbales comme une personne qui [TRADUCTION] « a fait le trafic de la cocaïne », était sans fondement. Compte tenu du fait que l'appelant a été accusé de trafic de cocaïne, il n'est pas surprenant que, à certains moments, durant les instructions verbales concernant les éléments essentiels de l'infraction qu'il soit désigné comme une personne qui a fait le trafic de la cocaïne. Sur ce point, le juge du procès a fait les remarques pertinentes suivantes qui constituent une réponse complète aux préoccupations de l'appelant :

[TRADUCTION]

Maintenant, lorsque j'affirme dans mon exposé qu'il a fait le trafic de la cocaïne, je ne vous dis pas que c'est ce qu'il a effectivement fait mais, lorsque vous arriverez à cette question, si jamais vous y arrivez, vous aurez déjà tranché les questions précédentes et l'une d'elles consistera à décider s'il a fait le trafic de la cocaïne. Donc, ne vous méprenez pas lorsque je dis que, dans mes instructions [...].

VI. Dispositif

[22] Le juge du procès a suivi les bons principes, énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Griffin*, en ce qui concerne les instructions orales à donner au jury lorsqu'il est question de preuve circonstancielle. Il n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision en n'optant pas pour la formule avancée dans l'affaire *Hodge's Case* et il n'a pas provoqué un déni de justice en donnant des instructions écrites partielles au jury après lui avoir donné des instructions verbales complètes. Pour les raisons qui précèdent, notre Cour a débouté l'appelant séance tenante.